



UNIVERSIDADE
FUMEC

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 17 | 2022
Número 1

REITORIA

Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão:

Prof. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo

Prof. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

Coordenador do Programa de Mestrado na área de concentração Instituições Sociais, Direito e Democracia:

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FUMEC

Rua Cobre, 200, Cruzeiro Belo Horizonte/MG – CEP 30310-190

Tel (31) 3228-3090 – Site: www.fumec.br

REVISTA MERITUM COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM

Prof. Adriano da Silva Ribeiro (Editor Adjunto e Responsável Técnico)

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

REVISORES E TRADUTORES DE INGLÊS

Site: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/>

E-mail: revistameritum@fumec.br

BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC

Priscila Reis (Coord. de Área, Doutoranda em SIGC)

PROJETO GRÁFICO

Therus Santana

EDITORAÇÃO

Tecnologia da Informação

Creative Commons License

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC / Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. - v. 17, no. 1
(jan./abr. 2022)- . - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v.

Quadrimestral
ISSN 2238-6939 (Online)

1. Direito. I. Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde.

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta
e exclusiva responsabilidade de seus autores

Conselho Editorial

Adolfo Ingácio Calderón, Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC Campinas)

Arno Dal Ri Jr, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

César Augusto Baldi, Universidad Pablo Olavide (UPO), Sevilha, Espanha

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Erica Palmerini, Scuola Superiore Sant'Anna (SSSUP), Pisa, Itália

Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

Jan Peter Schmid, Instituto Max Planck (MPI), Alemanha

Jean-Christophe Merle, Faculdade de Filosofia da Universidade de Saarbrücken, Alemanha

José Filomeno de Moraes Filho, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Joaquim Carlos Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Jorge Renato dos Reis, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Kennedy Kihangi Bindu, Université Libre des Pays des Grands Lacs (ULPGL) – República Democrática do Congo

Manuel David Masseno, Instituto Politécnico de Beja (IPBeja), Universidade de Porto (UP), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nattan Nisimbat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

Otávio Luiz Rodrigues Junior, Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)

Paula Nunes Correia, Universidade de Macau (UM), Macau, China

Raymundo Juliano Rego Feitosa, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

SUMÁRIO/SUMMARY

Artigos

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E JUDICIÁRIO: A GRANDE RUPTURA DE PARADIGMAS NAS
DECISÕES JUDICIAIS.....9

*ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE JUDICIARY BRANCH: THE
GREAT RUPTURE OF PARADIGMS IN JUDICIAL DECISIONS*

Mateus de Oliveira Fornasier
Rafael Soccol Sobreiro
Marco Antonio Compassi Brun

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FENÔMENO SOCIAL VS. APLICAÇÃO DO
FENÔMENO PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA CRÍTICA À
ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO30

*CONSTITUTIONAL MUTATION AS A SOCIAL PHENOMENON VS. ITS
APPLICATION BY BRAZILIAN SUPREME COURT: A CRITIQUE TO THE DEFENSE OF
EXPANDING GENERAL BINDING EFFECTS TO CONCRETE JUDICIAL REVIEW*

Ingrid Thayná de Freitas Acácio
Eduardo Rocha Dias

FUNÇÃO LEGISLATIVA E A LEGÍSTICA: A EFETIVIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO E A
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....49

*LEGISLATIVE FUNCTION AND LEGISPRUDENCE: THE EFFECTIVENESS OF THE
LEGISLATIVE PROCEDURE AND THE JUDICIALIZATION OF POLITICS*

Letícia Ribeiro
Beatriz Ribeiro
Sérgio Henriques Zandona Freitas

AS CONTRIBUIÇÕES DO CONSTRUTIVISMO POLÍTICO E DA RAZÃO PÚBLICA
RAWLSIANA PARA A CONSTITUIÇÃO DE CIDADES INTELIGENTES E INCLUSIVAS.....67

*THE CONTRIBUTIONS OF POLITICAL CONSTRUCTIVISM AND RAWLSIAN PUBLIC
REASON TO THE CONSTITUTION OF SMART AND INCLUSIVE CITIES*

Elenise Felzke Schonardie
Késia Mabilia Campana

O INSTITUTO DO RECALL À LUZ DA DOUTRINA UTILITARISTA, DE JEREMY BENTHAM, E
CASOS PARADIGMÁTICOS87

*THE RECALL INSTITUTE IN THE LIGHT OF THE UTILITY DOCTRINE,
BY JEREMY BENTHAM, AND PARADIGMATIC CASES*

Ana Larissa da Silva Brasil
Gabriele Aparecida de Souza e Souza
Francisco Quintanilha Verás Neto

POSSIBILIDADE DE CLASSIFICAÇÃO DA VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA EM UM NOVO
DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL ATUAL*101

*POSSIBILITY OF CLASSIFICATION OF THE VIOLATION OF DUTY OF
GOOD FAITH ON A NEW DAMAGE IN LIABILITY CURRENT*

Edney Alessandro Portaluppi
Carla Bertoncini

UM OLHAR SOBRE A LEI DE MEDIAÇÃO (LEI Nº 13.140/2015): A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*	114
<i>A VIEW ON THE MEDIATION STATUTE (STATUTE NO. 13.140/2015): THE CONFLICT RESOLUTION BY PUBLIC ADMINISTRATION</i>	
Marcos Paulo de Alvarenga Pinto	
COMPLIANCE E INTEGRIDADE EMPRESARIAL – A VALORAÇÃO ÉTICA NA GOVERNANÇA CORPORATIVA*	129
<i>COMPLIANCE AND BUSINESS INTEGRITY - THE ETHICAL VALUE IN CORPORATE GOVERNANCE</i>	
Helton Júnio da Silva	
A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE: UMA ANÁLISE DOS CRIMES AMBIENTAIS NO CONTEXTO DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM EM BRUMADINHO/MG*	146
<i>THE ENVIRONMENTAL CRIMES LAW AND THE PRINCIPLE OF PROTECTING DEFICIENT PROTECTION: AN ANALYSIS OF ENVIRONMENTAL CRIMES IN THE CONTEXT OF THE COLLAPSE OF THE DAM IN BRUMADINHO/MG</i>	
Marcos Paulo Andrade Bianchini Giselle Marques de Araújo Ademir Kleber Morbeck de Oliveira	
INCENTIVO À INOVAÇÃO PARA AS MICROEMPRESAS: REFLEXÕES A PARTIR DA HERMENÊUTICA CONSTRUTIVISTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	159
<i>PROMOCIÓN A LA INNOVACIÓN PARA LAS PEQUEÑAS EMPRESAS: REFLEXIONES DESDE LA HERMENÉUTICA CONSTRUCTIVA DEL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO</i>	
Daniela Ramos Marinho Gomes Vivianne Rigoldi	
GOVERNANÇA CORPORATIVA: MATERIALIZAÇÃO ÉTICO-NORMATIVA NO CONTEXTO GLOBALIZANTE.....	172
<i>CORPORATE GOVERNANCE: ETHICAL-NORMATIVE MATERIALIZATION IN THE GLOBALIZING CONTEXT</i>	
Renata Albuquerque Lima Átila de Alencar Araripe Magalhães Ana Larissa Delmiro Fernandes	
DA CONVENÇÃO E DO REGIMENTO OU REGULAMENTO DE SHOPPING CENTER: ASPECTOS MATERIAIS E REGISTRAIS E SEUS REFLEXOS PROCESSUAIS EM DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS	189
<i>CONVENTION AND SHOPPING CENTER RULES OR REGULATIONS: MATERIAL AND REGISTRY ASPECTS AND THEIR PROCEDURAL REFLECTIONS ON INDIVIDUAL AND COLLECTIVE DEMANDS</i>	
Aurélio Joaquim da Silva Leonardo Macedo Poli	
A VALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS TRABALHISTAS: ANÁLISES PONTUAIS E IMPRESCINDÍVEIS	213
<i>THE VALIDITY OF THE COMMITMENT CLAUSE OF ARBITRATION IN LABOR CONTRACTS: PUNCTUAL AND ESSENTIAL ANALYZES</i>	
Cláudio Jannotti da Rocha Maria Júlia Ferreira Mansur Daniella Gonçalves Stefanelli	
TRABALHO INFANTO-JUVENIL NO FUTEBOL E O CASO DOS JOGADORES DO FLAMENGO: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	231
<i>CHILD LABOR IN SOCCER AND THE CASE OF FLAMENGO'S PLAYERS: AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF INTEGRAL PROTECTION</i>	
Versalhes Eno Nunes Ferreira Vanessa Rocha Ferreira Érica de Kássia Costa da Silva	

A BASE LEGAL DO LEGÍTIMO INTERESSE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS251 <i>THE LEGAL BASIS OF THE LEGITIMATE INTEREST IN THE GENERAL PERSONAL DATA PROTECTION LAW</i> João Vitor Marques Fernandes Adriano da Silva Ribeiro	
MACROCRIMINALIDADE COMO OBSTÁCULO À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....271 <i>MACROCRIMINALITY AS AN OBSTACLE TO SOCIAL RIGHTS ACHIEVEMENT</i> Augusto Martinez Perez Filho Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro Ricardo Augusto Bonotto Barboza	
DO DIÁLOGO MULTICULTURAL A PARTIR DO ENSINO DOS DIREITOS HUMANOS NA EDUCAÇÃO ESCOLAR.....286 <i>MULTICULTURAL DIALOGUE FROM THE EDUCATION OF HUMAN RIGHTS IN SCHOOL EDUCATION</i> Rafaelle Franchini Caio Eduardo Costa Cazelatto Valéria Silva Galdino Cardin	
QUANDO A DEMOCRACIA ENCONTRA O CONSTITUCIONALISMO: A DUPLA FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUNIDENSE304 <i>WHEN DEMOCRACY ENCOUNTERS CONSTITUTIONALISM: THE DOUBLE FACE OF THE AMERICAN CONSTITUTION</i> Matheus Conde Pires Jairo Lima	
AS DECISÕES DOS JUÍZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS SÃO RACISTAS? – UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE DECISÕES JUDICIAIS, INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E RACISMO ESTRUTURAL*323 <i>ARE THE DECISIONS OF BRAZILIAN JUDGES AND COURTS RACIST? – A CRITICAL ANALYSIS OF COURT DECISIONS, LEGAL INTERPRETATION AND STRUCTURAL RACISM</i> Vitor Gonçalves Machado Américo Bedê Freire Junior	
SISTEMA MULTIPORTAS: VIAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA342 <i>MULTIPORT SYSTEM: WAYS OF ACCESS TO JUSTICE IN ADDRESSING GENDER VIOLENCE AND DOMESTIC VIOLENCE</i> Jaqueline Beatriz Griebler Rosane Teresinha Carvalho Porto Joice Graciele Nielsson	
Comentários Jurisprudenciais	
TRANSFEMINICÍDIO E DIREITOS DA PERSONALIDADE: O CASO VICKY Y OUTRAS VS. HONDURAS JULGADO PELA CORTE INTERAMERICANA E OS IMPACTOS JURÍDICOS NO BRASIL.....361 <i>TRANSFEMINICIDE AND PERSONALITY RIGHTS: THE CASE VICKY AND OTHERS VS. HONDURAS JUDGED BY THE INTER-AMERICAN COURT AND THE LEGAL IMPACTS IN BRAZIL</i> Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro Flavia Kriki de Andrade Renan Cícero Tanaka de Araújo Cruz	
A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46-7, OS CORREIOS E AS EMPRESAS DE LOGÍSTICA378 <i>THE ARGUTION OF BREACH OF FUNDAMENTAL PRECEPT 46-7, THE MAIL AND LOGISTICS COMPANIES</i> Emerson Ademir Borges de Oliveira Ronan Medeiros Martins	

EDITORIAL

O Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC (mestrado) apresenta a Revista *Meritum*, periódico tradicional e referência no Direito (Qualis-Capes B1), à comunidade acadêmica, com a missão de ser instrumento efetivo para a divulgação de trabalhos científicos desenvolvidos no Brasil e no exterior, em consonância com as linhas de pesquisa "Autonomia Privada, Regulação e Estratégia" e "Esfera Pública, Legitimidade, Controle".

O perfil ascendente e a qualidade do Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC foram atestadas pela avaliação procedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (quadriênio 2013/2016), na qual obteve nota 4 (quatro).

A revista *Meritum* se caracteriza por divulgar o conhecimento gerado de investigações jurídicas que contribuam para a formação de profissionais com consciência jurídica crítica, habilitados não somente para o exercício da técnica-jurídica, como para pensar o Direito em seus aspectos científico, filosófico, histórico, sociológico e político.

De maneira crítica, autônoma e plural, neste número são abordados diversos temas e problemas do universo jurídico relacionados ao Estado Democrático de Direito e à efetivação de direitos. Busca-se analisar e debater perspectivas que auxiliem a interpretar criticamente nossa contemporaneidade e os desafios que dela advêm.

A propósito da edição 1 de 2022, os artigos submetidos à Revista *Meritum* vol. 17, foram avaliados pela Coordenação Editorial, que examinou a adequação à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares e avançados, dentre outros. Na sequência, cada texto foi remetido a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer.

Na oportunidade, os Editores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa da Universidade FUMEC e, em especial, a todos os autores que participaram da presente publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas
Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro
Coordenação Editorial

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E JUDICIÁRIO: A GRANDE RUPTURA DE PARADIGMAS NAS DECISÕES JUDICIAIS

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE JUDICIARY BRANCH: THE GREAT RUPTURE OF PARADIGMS IN JUDICIAL DECISIONS

MATEUS DE OLIVEIRA FORNASIER¹

RAFAEL SOCCOL SOBREIRO²

MARCO ANTONIO COMPASSI BRUN³

RESUMO

Este artigo objetiva compreender as possibilidades apresentadas por uma IA no papel de juiz ou uma cooperação entre humano e máquina, com traços nas experiências e adaptações para poder enfrentar os questionamentos decorrentes. Apontam-se os impactos decorrentes da ruptura de paradigmas nas decisões judiciais moduladas por IA, que desafiarão o Judiciário, o meio jurídico e a sociedade. O ponto central do texto é a discussão sobre possibilidades de substituição do juiz humano pela IA nas decisões judiciais. O estabelecimento e a avaliação dos benefícios, os impactos e as limitações que surgem da inserção e revolução sociotecnológica também são pontuados. Metodologicamente, trata-se de pesquisa exploratória, cujo método de procedimento é o hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e transdisciplinar, e técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Tecnologia; Inteligência artificial; Poder Judiciário; Decisão judicial; Direitos humanos.

ABSTRACT

This article aims to understand the possibilities of an AI in the role of a judge or a cooperation between human and machine, with traces in experiences and adaptations in order to face the resulting questions. The impacts arising from the rupture of paradigms in court decisions modulated by AI are pointed out, which will challenge the Judiciary, the legal environment and society. The central point of the text is the discussion about possibilities of replacing the human judge by AI in judicial decisions. The establishment and evaluation of benefits, impacts and limitations arising from the insertion and socio-technological revolution are also pointed out. Methodologically, it is an exploratory research, with hypothetical-deductive procedural method, qualitative and transdisciplinary approach, and literature review research technique.

Keywords: Technology; Artificial intelligence; Judiciary branch; Judicial decision; Human rights.

1 Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, Brasil), com Pós-Doutorado em Direito pela University of Westminster (Reino Unido). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/3316861562386174>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-1617-4270>.

2 Doutorando em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI).

3 Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI).

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FORNASIER, Mateus de Oliveira; SOBREIRO, Rafael Soccol; BRUN, Marco Antonio Compassi. Inteligência artificial e Judiciário: a grande ruptura de paradigmas nas decisões judiciais. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 9, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8760>.

1. INTRODUÇÃO

Ao compreender e estabelecer que a integração da inteligência artificial no meio jurídico já está em curso, em uma realidade contínua, inclusive no Brasil, pode-se questionar, de forma ainda mais intensa, a possibilidade de se ter um juiz robô ou, pelo menos, decisões judiciais integralmente auxiliadas por uma máquina. Entretanto, ao construir esses cenários, seja através da observação prática, seja através de projeções, percebe-se que novas consequências e problemáticas técnicas (em decorrências das limitações da IA), processuais (em razão dos princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico), éticas (devido a incapacidade intuitiva e subjetiva da máquina em relação ao humano) e práticas (por suas barreiras e obstáculos funcionais) começam a surgir.

A partir desse panorama, torna-se imprescindível discorrer sobre as hipóteses de um juiz IA ou uma função cooperativa entre humano e máquina, com traços nas experiências e adaptações, principalmente nacionais, para poder enfrentar os questionamentos decorrentes. Além disso, importante expor os impactos decorrentes da ruptura de paradigmas nas decisões judiciais moduladas por IA, que devem moldar os novos modelos e procedimentos, além de criar desafios ao Poder Judiciário, ao meio jurídico e, conseqüentemente, à sociedade.

Nesta senda, o problema que motivou esta pesquisa pode ser expresso no seguinte questionamento: apesar do atual estágio tecnológico e das limitações técnicas e principiológicas existentes, a substituição do juiz humano pela IA nas decisões judiciais já é possível nos tribunais? Como hipótese, tem-se que o uso e aplicação da IA já presente nas decisões judiciais, bem como em outras tarefas do Poder Judiciário mostram indubitáveis benefícios e potenciais que podem, e até devem ser usados contra a morosidade, burocracia e engessamento judicial. Contudo, tais afirmações não se revelam suficientemente capazes para tornar a IA uma atividade-fim, isto é, substituir completamente o magistrado humano; tendo em vista que a fase decisória comporta procedimento complexo, com relatório, fundamentação e dispositivo, os quais demandam, ao menos teoricamente, uma análise para além da aplicação legal, intuitiva, transparente, argumentativa e com apreciação holística, especialmente do contexto social envolvido e das alteridades humanas das partes.

A partir dessas considerações iniciais, entende-se em hipótese e conclusão prévia pela impossibilidade de substituição do juiz humano pela IA nas decisões judiciais. O resultado apresentado decorre, principalmente, em razão das limitações técnicas e principiológicas verificadas na tecnologia que se encontra em incipiente inserção. Em essência, muito embora os benefícios recebidos através da aplicação da IA manifestem-se como uma solução para muitos dos problemas do Poder Judiciário, os contrastes da máquina com os princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do devido processo legal definem e exigem que a utilização da IA seja aproveitada como ferramenta suporte, em função cooperativa e colaborativa com a atuação jurisdicional.

Para compreender, portanto, a entrada e utilização da IA nas decisões judiciais e concluir sobre o seu escopo de atuação, faz-se necessário expor a organização principiológica do Direito, sobretudo sua incidência no ato resolutório e, além disso, analisar a elaboração decisória (pronunciamentos do juiz). Com isso, pretende-se estabelecer e avaliar os benefícios, os impactos, as consequências e as limitações que surgem durante esse processo de inserção e revolução sociotecnológica que já está em andamento.

Este artigo tem como objetivo geral compreender as possibilidades apresentadas por uma IA no papel de juiz ou uma cooperação entre humano e máquina, com traços nas experiências e adaptações para poder enfrentar os questionamentos decorrentes. Para a consecução de tal objetivo, dividiu-se o seu desenvolvimento em três seções, cada qual correspondente a um objetivo específico seu. Nesta senda, a sua primeira seção apresenta comparativos entre o juiz humano e uma eventual IA ocupando o papel de juiz. Já a sua segunda parte comenta os requisitos da legislação processual civil brasileira atual acerca do uso da IA na decisão judicial. Por fim, sua terceira seção apresenta o paradigma cooperativo entre IA e humano na decisão judicial, em detrimento da substituição do humano por IA.

Metodologicamente, trata-se de pesquisa exploratória, cujo método de procedimento é o hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e transdisciplinar, e técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

2. O HUMANO E A IA COMO JUÍZES DE DIREITO

O juiz é aquele que julga ou aquele que diz o Direito. Sua história foi construída em diferentes contextos, povos, épocas e noções de justiça. Em muitas ocasiões, teve sua atuação de forma extremamente precária e informal, como uma figura que solucionava os conflitos de acordo com a moral, os costumes ou de maneira arbitrária, até a chegada dos avanços modernos e contemporâneos, com uma evolução estrutural em todo o Estado e o meio jurídico.

Na atualidade, superado o entendimento superficial de que o juiz é “a boca que pronuncia a lei” (CARDOSO, 2007), ele se tornou uma das partes da “tríplice” formação processual (autor, réu, juiz), dotado de princípios e incumbências que servem, para além de apenas resolver a lide, para decidir de forma adequada e em consonância com o ordenamento, com observância aos princípios processuais e constitucionais, e aos Direitos Humanos. A contemporânea compreensão do que significa o magistrado para o Direito decorre do árduo movimento em direção à democracia, assim como da construção de Estados de Direito. Ademais, em relação ao ordenamento pátrio, o Código de Processo Civil (2015) também se estabelece como importante ferramenta para a validação do juiz como é hoje, isto é, natural, imparcial e competente, conforme preceitua o art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal (1988). Nesse sentido, complementam Zaneti Jr. e Pereira:

O Código de Processo Civil exige uma compreensão operacional na aplicação do direito, ou seja, toda e qualquer decisão deve levar em consideração a convivência harmônica entre os planos infraconstitucional e constitucional (art. 1.º). Desta maneira, o Código de Processo Civil não mais transige com interpretações arbitrárias, solipsistas e descontextualizadas da ordem jurídica, compromete-se, ao contrário, com a solução realista-moderada e responsável da interpretação [...] (ZANETI JUNIOR; PEREIRA, 2016, p. 10).

Apesar dos evidentes avanços já havidos, o juiz e todo o Poder Judiciário se encontram constantemente envolvidos em crises e turbulências, seja internamente (em decisões conflituosas e contrárias ao ordenamento), seja externamente (com a morosidade e a ineficiência processual), o que amplifica o descontentamento jurídico e social. Em decorrência desses e, também, outros fatores, como a própria evolução tecnológica, a IA surge como meio e

resposta para reencaixar a função do juiz e a seara das decisões judiciais nas demandas da sociedade e do Direito (ANDRADE, 2020, p. 317).

A IA, enquanto atividade-meio, tem tornado possíveis relevantes mudanças e avanços nos tribunais, ainda que de maneira incipiente. A celeridade e a eficiência processual são duas das principais exemplificações que a revolução 4.0 proporciona ao meio judicial, uma vez que a “[...] IA é capaz de decidir sobre casos simples com muito mais rapidez e precisão do que um ser humano jamais poderia, aumentando assim a eficiência judicial” (BUOCZ, 2018, p. 57). Além disso, tem-se que a integração dessa tecnologia também deve proporcionar uma uniformização nas decisões – outro fator extremamente criticado pelo ecossistema jurídico em relação aos Tribunais –, o que possui o condão de impactar positivamente na segurança jurídica, pois aumenta a previsibilidade e torna a jurisprudência mais consistente (ROQUE; DEL BEL, 2019, p. 395).

No entanto, todo o complexo meio tecnológico da IA ainda se manifesta como uma novidade ao ser humano, o qual não a entende por completo (YUDKOWSKY, 2008, p. 1), ao menos por enquanto. Dessa forma, as crescentes propostas de tornar a IA uma atividade-fim e, em consequência, delegar à máquina as funções de juiz e da realização de decisões judiciais mostra-se incompatível na esfera técnica, ética e, sobretudo, na esfera processual, com contrastes incisivos em princípios consagrados e fundamentais. Em essência, o atual estágio evolutivo dessa tecnologia não permite a substituição de humanos magistrados por máquinas inteligentes ainda, uma vez que “[...] o trabalho de um bom juiz consiste em uma mistura de habilidades incluindo pesquisa, linguagem, lógica, resolução criativa de problemas e habilidades sociais” (BUOCZ, 2018, p. 46).

O ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à esfera do processo e das decisões judiciais, é fortemente estruturado e regido por princípios processuais e constitucionais, os quais servem como diretrizes gerais que orientam a ciência jurídica (GONÇALVES, 2019, p. 60), bem como pilares para a devida adequação judicial ao Estado Democrático de Direito. A partir desse cenário, apesar de a inserção da IA nas decisões judiciais potencializar e capacitar maior observância e cumprimento a alguns princípios, como o da razoável duração do processo (ANDRADE, 2020, p. 330), outros se manifestam em total contraste e oposição ao processo de inserção de máquinas inteligentes (no estágio em que se encontram) na fase decisória. Desta forma, ao compreender que os princípios fundamentais devem ser analisados e respeitados em conjunto, cria-se uma barreira sólida e necessária no caminho da IA em direção à “cadeira do julgador”.

A introdução da IA como uma atividade-fim nas decisões judiciais, isto é, na qualidade de juiz robô (FORSTER; BITENCOURT; PREVIDELLI, 2018, p. 190), portanto, esbarra em duas importantes vias principiológicas: i) as que incidem no processo; e ii) as que incidem na figura do juiz. No primeiro caso, torna-se revelante destacar os valores do princípio do devido processo legal, o qual tem sua consagração no fundamental art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (1988) e serve como base para a derivação dos demais princípios (GONÇALVES, 2019, p. 61). O princípio do devido processo legal é a caução que assegura os Direitos Fundamentais e é a certeza do respeito às leis e garantias processuais em todas as fases do processo, em especial, na decisória. Para Pedrina (2019, p. 1596-1597), a inserção de algoritmos de inteligência artificial e da aplicação do *machine learning* na produção de sentenças viola diretamente o princípio do devido processo legal (LEONARDO; ESTEVÃO, 2020, p. 13; PORTO, 2019,

p. 165), visto que os procedimentos realizados pela máquina constituem certo segredo industrial, os quais tornam impossível o ato de contraditar os dados, uma vez que nem sequer se tem ciência de quais são.

Em sentido direto, a deficiência da IA em explanar de forma adequada a metodologia utilizada para chegar à determinada decisão manifesta, também, violação ao princípio da publicidade dos atos processuais e ao princípio do contraditório. No primeiro, o Código de Processo Civil de 2015, com amparo constitucional, dispõe, no art. 189 que, salvo exceções pontuais, “os atos processuais serão públicos [...]” (BRASIL, 2015). A partir disso, exige-se transparência e publicização (CARLSON, 2017, p. 324) de todos os atos, inclusive das decisões, as quais não são garantidas, como regra, pela IA, apesar da capacidade e velocidade que esta possui (BUOCZ, 2018, p. 52). No segundo caso, a problemática se repete, no entanto com impactos redobrados, pois a falta de transparência ou dificuldade interpretativa nos procedimentos da IA, nesse caso, impede o ato de cientificar as partes da decisão e, em consequência, cerceia a possibilidade da respectiva defesa, isto é, de contestar os fundamentos de fato e de direito que motivaram a resolução de determinada lide (NUNES; MARQUES, 2018, p. 9).

O princípio do contraditório que, de forma essencial, marca a união das normas fundamentais do processo (art. 9º do CPC) com os princípios constitucionais (art. 5º, LV, CRFB), conforme estabelece o art. 1º do CPC, transcende para além de uma diretriz, isto é, constitui uma ferramenta de garantia aos Direitos Humanos⁴ e à democracia. Dessa forma, opõe-se ao autoritarismo e às decisões discricionárias, as quais, em *ultima ratio*, são decisões integralmente contrárias ao Direito. Nesse sentido, o contraditório manifesta-se como um meio pelo qual se assegura as partes a possibilidade de serem ouvidas e, conseqüentemente, manifestarem suas razões. Em última instância, o contraditório é a “[...] oportunidade de resistir à pretensão formulada pelo adversário [...]” (GONÇALVES, 2019, p. 64) e, em especial, às decisões judiciais.

Portanto, a presença da garantia do contraditório, com a ampla defesa, presume que seja possibilitado à parte as condições adequadas para ter conhecimento e, assim, contraditar aquilo que discorda (GONÇALVES, 2019, p. 62). Para que isso se concretize, por conseguinte, deve o juiz ter clareza e transparência em seus procedimentos, fator que apenas o ser humano possui, porquanto as tomadas de decisões derivadas de IA, seja por *machine learning* ou *deep learning*, são revestidas de padrões complexos, procedidos de lógica matemática e algorítmica para chegar a um resultado predeterminado (SOURDIN, 2018, p. 1128) e, em vista disso, a IA é incapaz de produzir valor argumentativo e resolutório para o Direito e para as partes no processo. Assim, tem-se que uma máquina artificialmente inteligente na função do juiz apenas simula uma tomada de decisão e, em decorrência disso, ela

[...] processa sinais (dados), não significados (conteúdo). As inferências que faz são baseadas em funções matemáticas que otimizam a relação matemática entre pontos de dados em certos tipos de texto jurídico [...]. [...] [Ela] não argumenta [...], ela mede e processa elementos de seu uso de linguagem natural, fornecendo assim *feedback* sobre padrões potencialmente relevantes. Alimenta-se da argumentação jurídica e da tomada de decisão e não agrega argumentos próprios, a não ser a rearticulação numérica e as funções matemáticas que ligam os pontos (HILDEBRANDT, 2017, p. 13, tradução nossa).⁵

4 Vide art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica (1969)

5 Texto original: “it processes signs (data) not meaning (content). The inferences it makes are based on mathematical functions that optimize the mathematical relationship between data points in certain types of legal text [...]. [...] does not argue [...], it measures and processes elements of their usage of natural language, thus providing feedback on potentially relevant

Assim, depreende-se que um sistema de IA desenvolvido para a tomada de decisão judicial imperativamente deve possuir a capacidade de explicar sua ação e seus procedimentos. Do contrário, será um risco em potencial ao julgamento justo e, conseqüentemente, haverá a violação direta ao princípio do contraditório (DYMITRUK, 2019b, p. 39).

Ao finalizar a explanação sobre os contrastes e oposições que um hipotético juiz IA autônomo causa em princípios que incidem no processo, mostra-se importante analisar o seu impacto em face do princípio da isonomia, o qual, conforme art. 7º do CPC, assegura “[...] às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais [...]” (BRASIL, 2015). A condição isonômica do processo advém da igualdade constitucional e, por vezes, não encontra sua concretização na prática, seja por parte do juiz, seja por parte do legislador, ambos humanos e, portanto, carregados de sentimentos, emoções e viés. A partir desse cenário, a inserção da IA julgadora manifesta-se, em perfunctória análise, como garantia ao princípio da isonomia, uma vez que seus sistemas são entendidos como imparciais e objetivos (ARAUJO, 2020, p. 614), justamente pela máquina ser isenta do subjetivismo humano. Entretanto, uma apreciação mais aprofundada indica que as decisões judiciais realizadas por uma IA irão considerar dados humanos sobre o tema, os quais podem ou não estar carregados de viés (vide COMPAS),⁶ o que fragiliza o tratamento isonômico. Em essência, uma “[...] máquina de inteligência de nível humano permanecerá falível pelas mesmas razões pelas quais os próprios seres humanos são falíveis (BRENNAN-MARQUEZ; HENDERSON, 2019, p. 146). Nesse sentido, o processo decisório com o uso da inteligência artificial na atividade-fim, isto é, sem supervisão humana, também pode causar discriminação prejudicial se o sistema aprender a partir de dados discriminatórios de treinamento, pois os dados de treinamento podem ser tendenciosos quando representam decisões humanas discriminatórias. Dessa forma, como o sistema aprende a partir de dados, se os dados de treinamento forem tendenciosos, o mesmo ocorrerá com o sistema, que poderá reproduzir o viés.

No segundo caso, ou seja, nos princípios que se encontram mais próximos da atuação do juiz propriamente dita, destaca-se o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII e XXXVII, CF/88) e a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88). O princípio do juiz natural estabelece a imparcialidade do juiz e presume o julgamento por figura competente e em órgão já existente, com a impossibilidade de modificação *a posteriori* (GONÇALVES, 2019, p. 76), sendo vedada a criação de tribunais de exceção (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 206). Esse princípio visa a duas importantes proteções: i) a garantia contra arbitrariedades; e ii) a preservação da imparcialidade do magistrado na prolação de decisões judiciais. Para que seja assegurada e concretizada essa sujeição principiológica processual e constitucional, necessário, portanto, um juiz humano na função, uma vez que, na “[...] atividade jurisdicional, [...] a humanidade e seus conseqüentes sentimentos são predicados desejáveis aos julgadores” (FORSTER; BITENCOURT; PREVIDELLI, 2018, p. 193-194). Assim, tem-se que é a partir da humanidade e capacidade de pensamento contextualizado que o juiz compreende seu escopo jurisdicional, o que torna imprescindível sua manutenção.

patterns. It feeds on legal argumentation and decision making and does not add its own arguments, other than the numerical rearticulation and mathematical functions that connect the dots”.

6 *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* – COMPAS é um sistema utilizado por justiças criminais espalhadas pelos Estados Unidos com a finalidade de detectar as chances e avaliar as probabilidades de reincidência e novas práticas delitivas por parte de criminosos com base em questionamentos pessoais, o que influencia diretamente na decisão e dosimetria da pena por parte do magistrado. O viés algorítmico foi notificado inúmeras vezes, em especial pela pesquisa realizada pela ProPublica e publicada por Angwin *et al* (2016), que identificou atos racistas nas apreciações e resultados da máquina, a qual, consideravelmente, elevava o risco de possíveis novos crimes cometidos por pessoas negras, em relação às pessoas brancas, ainda que em casos extremamente similares ou até mesmo com evidências menos conclusivas.

A IA, indubitavelmente, traz novas possibilidades e potencializa o meio jurídico e o Poder Judiciário como um todo, inclusive nas decisões judiciais, a qual serve de auxílio aos magistrados, o que implica em maior celeridade e eficácia processual. Entretanto, as leis, o Direito e a própria tecnologia são criações humanas e, em razão disso, devem ser comandadas e impulsionadas pelos seres humanos (MOSES; ZALNIERIUTE, 2020, p. 8; ZANETI JUNIOR; PEREIRA, 2016, p. 23). A ideia dos Direitos Fundamentais, em outras palavras, é a ideia de que a “[...] natureza repele tudo aquilo que é artificial, excepcional” (FORSTER; BITENCOURT; PREVIDELLI, 2018, p. 194). Nesse sentido, a utilização de um juiz IA viola diretamente o princípio ao juiz natural, uma vez que, nesse caso, o juiz robô seria um julgador de exceção. A partir disso, a aplicação ilimitada da IA (principalmente nos sistemas de auto aprendizado) em decisões judiciais causaria, além do enfraquecimento da garantia contra eventual arbitrariedade, uma afronta de forma direta aos preceitos constitucionais. Não diferente ocorre com a preservação da imparcialidade do juiz, tendo em vista que esse princípio prevê independência, pressuposto que a máquina, em condições de funcionamento seguro, não possui.

A Constituição Federal (1988), por meio do art. 93, IX, estabelece que serão públicos todos os julgamentos que sobrevierem de algum dos órgãos do Poder Judiciário e, ademais, todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade. Por meio do referido dispositivo, além de se estabelecer a publicidade dos atos, há a determinação de fundamentar a decisão judicial, isto é, a necessidade através do juiz de justificar e apresentar as razões que motivaram determinado julgamento (GILLET; PORTELA, 2018, p. 158; GONÇALVES, 2019, p. 81). Nesse sentido, o princípio basilar e fundamental da motivação das decisões judiciais exterioriza e solidifica os ideais do Estado de Direito, ou, em outras palavras, “[...] é o caráter democrático incidindo no processo [...]” (OLIVEIRA, 2012, p. 142).

Desta forma, tem-se que a argumentação, segundo Oliveira e Costa (2018, p. 27), desempenha papel primordial no Direito. O juiz humano, nesse caso, deve, para cada ponderação e medida, expor o silogismo, a intuição, o pensamento, o raciocínio interpretativo, os valores (éticos, sociais e morais) e, também, a experiência que o fizeram decidir em determinado sentido. A capacidade do córtex cerebral e das atividades neurais permite essas ações através de um juiz humano, isto é, além de um ser humano produzir o raciocínio e realizar o processo cognitivo, ele também tem aptidão para compreender os passos lógicos e subjetivos, para, por fim, explicar como argumento, ou seja, fundamento que justifique a decisão.

As máquinas de IA, em oposição ao ser humano, funcionam através da lógica sintática, desprovidas de conteúdo semântico, o que implica meras reproduções de parâmetros já preestabelecidos (OLIVEIRA; COSTA, 2018, p. 34). Assim, a IA, ao se deparar com um problema em caso concreto, analisa as possibilidades de solução e escolhe a que, de acordo com o aprendizado (*machine learning*) e o uso de dados correspondentes, mostra-se mais correta (OLIVEIRA; COSTA, 2018, p. 31). Ocorre que a decisão judicial não permite o ato de mera escolha computacional (SILVA; ISIDRO FILHO, 2020, p. 3), mas sim de uma resolução devidamente fundamentada. Por conseguinte, a preservação do Estado Democrático de Direito passa – e muito – pela capacidade de motivação das decisões judiciais, uma vez que, para além do valor principiológico, o pronunciamento fundamentado e público implica possibilidade do controle da cidadania contra a arbitrariedade dos juízes (OLIVEIRA; COSTA, 2018, p. 142), o que torna a escolha pelo uso da IA nas decisões judiciais uma escolha jurídica e legal, mas, também, política e social (MEDINA; MARTINS, 2020, p. 9).

A aproximação entre ser humano e IA tem se tornado crescente (ARAÚJO; SIMIONI, 2020, p. 2) e, na medida em que os *hardwares* e a capacidade técnica das tecnologias aumenta, o seu uso passa a ser ainda mais intenso. Essa revolução sociotecnológica também se verifica no Poder Judiciário, nas atividades judiciais (CUI, 2020, p. 37) e, conseqüentemente, na condição do juiz humano, um dos pilares daquele poder, do processo e de toda a constituição do Estado. Nesse sentido, a crescente interação entre magistrados e a IA se manifesta como a provável realidade do presente e do futuro, o que implica benefícios, como a velocidade em realização de tarefas repetitivas e maior linearidade decisória, mas também desafios, como a incompatibilidade principiológica e processual da máquina, nos moldes atuais, para exercer determinadas funções. Em mesmo sentido, afirma Bergqvist que as “[...] capacidades atuais da tecnologia por trás da IA não correspondem aos requisitos necessários para criar um juiz IA que poderia substituir juízes humanos” (BERGQVIST, 2020, p. 51).

O uso da IA nas decisões judiciais ainda se encontra longe da consagração. No entanto, suas projeções apontam para um futuro de integração expansiva e com maior presença funcional, o que traz desafios aos conceitos tradicionais da lei (KRAUSOVÁ, 2017, p. 61). A partir disso, as anteriores conjecturas acerca de quando seriam utilizadas as máquinas inteligentes nas decisões judiciais passam a ser respondidas na prática e, com isso, cedem espaço à necessidade de compreender as conseqüências e os impactos que essa inserção causa. Entender esses fatores se torna fundamental para limitar e adequar a utilização do robô na seara judicial.

A função de um juiz de Direito, dessarte, vai muito além do mero ato de decidir ou de, como o entendimento de não muito tempo atrás, pronunciar a lei. O juiz deve ser a ferramenta do Estado que concretiza, assegura e exterioriza os Direitos Humanos e as garantias fundamentais, isto é, deve compreender e ter a capacidade de contextualizar cada conflito, reconhecer as alteridades humanas e, a partir do conjunto de criatividade, intuição, sensibilidade, técnicas de estudo e experiência na função, resolver os conflitos de forma adequada, com a devida observância aos princípios do ordenamento, à democracia e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana.

A habilidade humana e, conseqüentemente de um juiz, em pensar de forma geral, isto é, de compreender para muito além da tarefa repetitiva, como ocorre com a IA (SURDEN, 2019, p. 18), é fundamental para o devido processo legal e para a concretização dos demais princípios processuais e constitucionais. Nesse sentido, a jurisdição deve ser assimilada como uma atividade criativa, uma vez que a sentença não é mero resultado de um silogismo, ou seja, não há um caminho certo ou errado, de escolha puramente lógica e objetiva (KOOS, 2018, p. 28).

Desta forma, delegar a função do juiz humano para um processamento algorítmico de IA, a partir do desenvolvimento atual dessa tecnologia, é tornar a tomada de decisão judicial desumanizada, isto é, transformar as pessoas, seus conflitos, suas dores, seus direitos, em meros dados matemáticos (ROQUE; DEL BEL, 2019, p. 393). Em essência, é priorizar a celeridade e a eficiência, sem sopesar a fragilização do cerne da decisão (SANTOS, 2020, p. 405), além da violação principiológica, ética e da dignidade da pessoa humana (KOOS, 2018, p. 28). Assim, torna-se imprescindível a preservação do toque humano na resolução judicial (SCHMITZ, 2020, p. 18), de modo a compreender que o uso da IA tem benefícios, potenciais e valores fundamentais para o aprimoramento das mais diversas técnicas e que, adequada e gradualmente, deve ter seu uso cada vez mais cotidiano, embora, no “[...] ponto atual de

desenvolvimento, a inteligência artificial não é comparável ao nível de desenvolvimento das redes neurais humanas, nem é capaz de substituir um julgador humano [...]” (PEDRINA, 2019, p. 1602), sendo este último figura essencial para a preservação da humanização jurídica e social e, em consequência, para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

3. A UTILIZAÇÃO DA IA NAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL

Na sociedade moderna atual, cada cidadão possui o direito subjetivo à prestação jurisdicional, isto é, de figurar como parte ao ingressar com uma ação para obter a resolução do Estado, o qual declara a vontade concreta da lei em determinado litígio (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1493). A partir desse panorama, o dever do Estado em dar respostas e soluções aos conflitos sociais recai sobre a figura do juiz, que vai assim realizar essas funções por meio das decisões judiciais.

As decisões judiciais, de acordo com o art. 203 do Código de Processo Civil (2015), são pronunciamentos do magistrado, que se dividem em: sentença, decisões interlocutórias e despachos. As sentenças são pronunciamentos que se fundamentam nos arts. 485 e 487 do CPC e que dão fim à fase cognitiva ou extinguem a execução. As decisões interlocutórias são todos os pronunciamentos decisórios que não se enquadram na primeira hipótese. Já os despachos compõem os demais pronunciamentos realizados pelo magistrado, conforme §§ 1º, 2º e 3º do referido art. 203. No entanto, para que os pronunciamentos sejam considerados válidos e legais, demanda-se a presença de três elementos essenciais (GONÇALVES, 2019, p. 576): i) relatório; ii) fundamentos; e iii) dispositivo.

O relatório da decisão judicial é, em suma, a descrição dos fatos que ocorreram no processo até o momento da decisão, isto é, o resumo da demanda, com a indicação das partes, dos pedidos, da defesa e dos demais atos praticados. Nesse primeiro dos três elementos essenciais, o juiz demonstra o conhecimento de todo o histórico da relação processual (NEVES, 2016, p. 1387; THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1533) Após o relatório, o juiz passa aos fundamentos, isto é, à motivação da decisão. A necessidade de expor os fundamentos de fato e de direito deriva do princípio processual e constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CFRB) e compreende o momento em que será possível examinar as bases lógicas e argumentativas que geraram a convicção do magistrado (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1534-1535). Em suma, “[...] são os *porquês* do ato decisório” (NEVES, 2016, p. 1388). Em último momento, como ato final da resolução, há o elemento do dispositivo, o qual constitui a decisão propriamente dita do juiz. É a conclusão do silogismo judicial, em que aquele examina as pretensões formuladas e então decide se acolhe ou rejeita o pedido ou se extingue o processo (GONÇALVES, 2019, p. 579).

Os elementos essenciais da decisão judicial, dessarte, instruem a função do juiz e compõem, sobretudo, a estrutura básica das resoluções de conflitos de forma democrática por parte do Estado, ou seja, com respeito aos Direitos Humanos. Dessa forma, a inobservância de quaisquer dos elementos leva à nulidade da decisão, por força constitucional (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1533). Nesse sentido, as construções e hipóteses de integração da IA como

atividade-fim na tomada de decisões judiciais encontram, para além da barreira principiológica, obstáculos acerca da validação dos pronunciamentos. Assim, convém contrastar os pontos de incapacidade da máquina, mas também buscar formas de aproveitamento que permitam o auxílio tecnológico sem provocar a nulidade decisória.

Atualmente, a IA é desempenhada, principalmente, por áreas de aplicação como o *machine learning*, o *deep learning* e o *natural language processing* – embora o último ainda demande maiores desenvolvimentos (GILLET; PORTELA, 2018, p. 168). Em essência, as três áreas possuem a aptidão de permitir que uma máquina artificialmente inteligente possa compreender, através de dados, palavras e situações repetitivas e, após o entendimento matemático e lógico, reproduzir um padrão com alto índice de acurácia e em tempo inferior à atividade desempenhada pelo ser humano. Nesse sentido, ao compreender que o relatório da decisão judicial constitui o breve resumo, com os detalhes das partes e, principalmente, dos pedidos – para que o juiz delimite a área de julgamento – entende-se possível o uso da IA como um suporte ao magistrado humano nesse momento inicial do pronunciamento.

Assim, uma IA treinada para absorver os detalhes fundamentais e relatar de maneira adequada deve permitir maior agilidade nos pronunciamentos judiciais (CORVALÁN, 2018, p. 305). Não obstante, a máquina não possui capacidade ética e processual para realizar esse procedimento de maneira autônoma, ou seja, uma vez que o juiz é humano, é ele quem deve ter conhecimento total do processo existente, visto que essa é a base para a fundamentação e a posterior decisão final. No entanto, o auxílio e a cooperação dessa tecnologia, a qual tenha aptidão para realizar indicações e sugestões sobre o histórico da relação processual, pode contribuir de maneira significativa na velocidade e eficiência processuais.

Na fundamentação, entretanto, apesar de o potencial da IA como ferramenta de sugestões e recomendações ser aplicável, cabe ao juiz – independente e imparcial – expor as razões que lhe motivaram o julgamento (GILLET; PORTELA, 2018, p. 156), bem como suas interferências psicológicas que fundamentaram a decisão ou, em outras palavras, que justificaram sua resolução. Portanto, exteriorizar, por meio do argumento, as justificativas que decidem um processo judicial consiste em, além de demonstrar a sincronia jurídica, possibilitar o princípio fundamental do contraditório. É através desses fatores que se tem a fundamentação como base constitucional e como uma obrigação ao Direito que não pode ser simulada por uma máquina (MOGUILLANSKY, 2018, p. 1). Assim, muito embora a IA tenha a capacidade de replicação de funções similares às da mente humana, ela não dispõe de propriedades técnicas para utilizar o aprendizado e o armazenamento de dados e, como fruto da lógica paraconsistente, transformar em interpretação aprofundada e argumentação, tal como o cérebro humano o faz (GILLET; PORTELA, 2018, p. 166). Dessa forma,

Qualquer sistema de IA construído com o propósito de tomada de decisão judicial, se não possuir o poder de explicar sua ação, será potencialmente perigoso para o direito a um julgamento justo. Alguns dos sistemas contemporâneos de IA, em particular aqueles baseados em *machine learning*, não são transparentes. Seu funcionamento interno é opaco ou muito complexo para fornecer explicações sobre por que uma determinada decisão foi tomada (DYMITRUK, 2019a, p. 39).

Com efeito, em ato final, isto é, no dispositivo, o juiz, a partir do conhecimento da relação processual e outras inúmeras funções que realizou durante o processo, utiliza-se dos argumentos que formulou para decidir pelo acolhimento ou rejeição do pedido da pretensão

estabelecida inicialmente, ou, ainda, pela extinção do caso. Nesse ponto, ninguém mais estará apto a decidir além do próprio juiz da causa, o qual esteve presente em todos os atos e em cooperação com as partes (art. 6º, CPC). Assim, reitera-se que o atual desenvolvimento da IA não possui os níveis de inteligência humana, tampouco é capaz de justificar adequadamente, por meio da argumentação jurídica, sua decisão, além das dificuldades de contextualização e *disntiguishing* dos casos, motivo pelo qual se torna incapaz de assumir essa função de maneira autônoma. Nesse sentido, compete aos programas de IA apenas o auxílio ao juiz humano, ou seja, a produção de propostas ou de projetos de julgamento (SOURDIN, 2018, p. 1130), o qual será supervisionado e, posteriormente, verificado pelo juiz, que poderá considerar a decisão e indicá-la como correta, parcialmente correta ou incorreta, para então absorver e incluir a sugestão em seu pronunciamento decisório final, quando for o caso.

Nos tribunais brasileiros, a IA não apenas inicia seu processo de integração, como já é amplamente projetada em diversos setores, com entrada e desenvolvimento, inclusive, nas decisões judiciais (BRAGANÇA; BRAGANÇA, 2019, p. 66). Os diversos projetos já se encontram espalhados pelo país e são desenvolvidos tanto na mais alta corte, com o Victor, quanto nos demais tribunais. Assim como o Victor, que tem por objetivo a análise de demandas repetitivas e com repercussão geral, através dos sistemas de aprendizado e processamento de linguagem natural (DYMITRUK, 2019a, p. 4; MAIA FILHO; JUNQUILHO, 2018, p. 225), boa parte das demais máquinas de IA concentram suas tarefas no suporte decisório, isto é, no auxílio ao juiz humano.

Em estudo realizado por Silva e Isidro Filho (2020, p. 5-7), em 17 projetos de IA apresentados pelos tribunais, depreende-se que, aqueles em que o uso é destinado ao suporte em decisões judiciais, são usados, de forma absoluta, a área de aplicação do *machine learning* ou outro tipo similar baseado em regras, além do incipiente desenvolvimento do *natural language processing*. Assim, os *softwares* inteligentes realizam suas tarefas com aprendizado algorítmico a partir de dados específicos e então reproduzem o aprendizado, para citar alguns casos, em atividades como a separação e identificação dos temas de cada um dos processos, probabilidades em relação ao prazo de interposição e, ainda, sugestões com base em decisões anteriores. Em absoluto, também, nesse caso, trata-se a relação de dependência das máquinas, as quais não possuem nenhuma autonomia integral, tampouco decidem de maneira final em algum processo. Esses fatores decorrem, sobretudo, da incapacidade técnica da IA atual, a qual é, em sua totalidade, uma IA fraca (estreita) e, desta forma, não possui aptidão adequada para resolver casos complexos em decisões judiciais (PAGALLO; DURANTE, 2016, p. 334). Assim, entende-se que

[...] dos projetos analisados, [...] a decisão final ainda cabe a um juiz. O que converge com o que a literatura tem abordado, ou seja, a justiça deve permanecer, em sua essência, totalmente humana, mesmo considerando o papel social do juiz, que é mais do que um técnico da lei. [...] Considerando-se que ainda hoje só existem sistemas baseados em inteligências artificiais fracas. Por mais completo e complexo que seja um sistema jurídico inteligente, uma máquina não pode substituir a capacidade de apreciação e valoração humana, tampouco pode motivar uma sentença, como deve fazer um juiz (SILVA; ISIDRO FILHO, 2020, p. 12-13).

A entrada da IA nas decisões judiciais brasileiras, portanto, encontra barreiras e obstáculos: i) processuais, pois viola os elementos essenciais da decisão, bem como os princípios basilares do processo e da Constituição Federal; ii) éticos, uma vez que, ainda que superadas

as questões principiológicas, as máquinas artificialmente inteligentes encontram, frequentemente, fronteiras éticas intransponíveis (FORSTER; BITENCOURT; PREVIDELLI, 2018, p. 194), justamente por não conseguirem, de maneira suficiente, replicarem o conhecimento jurídico sofisticado e a competência cognitiva e emocional que os juízes humanos dispõem (SILVA; ISIDRO FILHO, 2020, p. 3); e iii) técnicos, pois se constituem, inteiramente, de máquinas fracas, as quais são apenas capazes de replicar e simular uma tomada de decisão com base nas funções aprendidas, ao contrário de uma eventual IA forte (geral), ainda inexistente na tecnologia atual, que realizaria, por si só, a própria tomada de decisão (SILVA; ISIDRO FILHO, 2020, p. 2).

Apesar das barreiras apresentadas, os projetos de IA passam a receber mais espaço com o escopo de suporte e, inclusive, projeções para uma inserção ainda mais incisiva nos tribunais brasileiros. O direcionamento nesse sentido parte do próprio STF, o qual, após a iniciativa da utilização do programa Victor, conseguiu alcançar realizações em menos de 5 segundos em tarefas específicas, as quais precisavam de, em média, 44 minutos para a conclusão por humanos (STF, 2019). A partir disso, a ferramenta desenvolvida em parceria com a Universidade de Brasília (UNB) deve expandir suas habilidades e ampliar sua delimitação inicial, com foco em aprimorar, cada vez mais, a velocidade de organização e tramitação dos processos (STF, 2018), o que exprime a pretensão de tornar o STF a primeira corte constitucional 100% digital (AZEVEDO, 2020a). Em similar sentido, os demais tribunais encaminham-se para a mesma direção, como é o caso do Tribunal de Alagoas (TJAL), que já utiliza o robô Hércules para a execução de tarefas repetitivas, tais como análise e classificação de petições intermediárias, para permitir que os servidores que faziam esse trabalho possam auxiliar diretamente o juiz em um julgamento mais célere e eficiente, um dos principais interesses da população em relação ao Poder Judiciário (AZEVEDO, 2020a).

Nesse sentido, a utilização da IA nas decisões judiciais encontra-se em estágio incipiente, de maneira não autônoma e limitada ao uso, principalmente, do *machine learning*, como suporte para aprimorar o desempenho do juiz humano (TERRON; MOLICA, 2020, p. 100). Apesar desses fatores, as projeções demonstram expectativa sobre o potencial das máquinas e, dessa forma, devem se inserir com maior intensidade na seara das decisões e resoluções judiciais no futuro, direcionadas de acordo com a Resolução nº 332 e a Portaria nº 271 (ambas do CNJ), além da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18), bem como outras regulamentações que devem conceder maiores diretrizes ao uso da IA.

A participação da IA na atividade-fim do Poder Judiciário requer cautela e maiores conhecimentos sobre a máquina e sobre o uso determinado pelo humano para o qual aquela se destina (BUOCZ, 2018, 59), ou seja, apesar de sua entrada desbloquear diversos potenciais e possibilidades, como dar maior velocidade e eficiência processual, além de permitir uma linearidade decisória com sugestões embasadas em precedentes e casos similares (LEONARDO; ESTEVÃO, 2020, p. 9), as máquinas artificialmente inteligentes ainda são uma novidade e não possuem a aptidão necessária para cumprir determinadas funções e, portanto, devem ter seu escopo delimitado na condição de suporte. Nesse sentido, faz-se

[...] indispensável uma postura equilibrada a respeito da adoção dos sistemas de inteligência artificial no direito, com a valorização dos benefícios das novas tecnologias, como o impressionante aumento da produção nas tarefas repetitivas, de classificação dos processos e pedidos, e de mineração dos dados constantes nos autos.

[...] Por outro lado, mister se faz o olhar cauteloso para que, com a adoção dos sistemas de inteligência artificial pelo Judiciário, em todas as suas esferas, não decorra prejuízo aos direitos humanos e fundamentais, inclusive aqueles relacionados ao processo, de modo que se impõe que o sistema a ser adotado seja confiável e sólido (LEONARDO; ESTEVÃO, 2020, p. 24-25).

A IA, no Poder Judiciário, se mostra como um dos principais mecanismos para enfrentar a morosidade processual, reduzir o alto número de demandas e aprimorar o princípio da razoável duração do processo, bem como propiciar maior segurança jurídica e acesso à justiça (ANDRADE, 2020, p. 318). Os benefícios apontados devem ser sobremaneira utilizados. Entretanto, a adequada administração do Poder Judiciário e, conseqüentemente, das decisões judiciais, passa por complexidades que transcendem apenas as questões práticas e as tarefas repetitivas. Nesse sentido, a atividade judicial e a função do magistrado, além de seus pronunciamentos resolutivos, são incompatíveis com o uso autônomo das máquinas em diversas instâncias, tais como principiológica, ética, técnica ou legal. A construção do Estado Democrático de Direito brasileiro se estabelece através das diretrizes humanas, o que implica necessariamente a existência de humanos para, com a capacidade cognitiva, intuitiva, racional e análise contextualizada únicas e inerentes da espécie, interpretá-las. Por conseguinte, mostra-se necessário, de forma imperativa, a manutenção da intervenção humana (TERRON; MOLICA, 2020, p. 114), isto é, o “toque humano” como voz final, em todas as fases processuais que assim necessitem, em especial nas decisões judiciais. O ato decisório do magistrado segue elementos essenciais e basilares, estabelecidos constitucionalmente, que devem ser seguidos, sob pena de violação dos Direitos Humanos, com a fragilização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, infere-se que compete a IA o suporte e o auxílio operacional ao magistrado, isto é, a cooperação com o juiz humano, o que deve tornar todas as tarefas mais eficazes, sem que haja o distanciamento das bases sociais e humanas imprescindíveis para o devido processo legal (PÁDUA, 2020, p. 39-40). Dessa forma, necessário ponderar os benefícios, os impactos, as conseqüências e os limites que essa atuação cooperativa entre juízes e robôs deve causar nas decisões judiciais.

4. A COOPERAÇÃO EM DETRIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO

A Revolução 4.0 se estabelece nos mais diversos meios sociais e, em conseqüência, uma era da IA mostra-se cada vez mais perto da concretização. Atualmente, a tecnologia apresenta-se como um novo passo na evolução humana e social e, a partir disso, tem se tornado essencial em grande parte do cotidiano, desde execuções simples, até tarefas mais difíceis. No entanto, a ferramenta revolucionária, apesar do avanço exponencial, encontra suas limitações, principalmente quando se trata de problemas mais complexos, pensamento contextualizado, transparência, argumentação e processos cognitivos apurados como o do ser humano. Nesse sentido, a inserção da IA ainda se situa em estágios iniciais e, com exceção de tarefas de menor relevância e impacto, suas execuções seguem com supervisão humana, o que implica fortalecimento da tendência de cooperação entre humanos e máquinas, em vez da substituição de um por outro (SOURDIN, 2018, p. 1123).

No Judiciário a utilização da IA segue o mesmo sentido, isto é, como atividade-meio em tarefas específicas e padronizadas, a qual realiza em melhores condições e menores custos do que o próprio ser humano. Portanto, não há falar em juiz robô e em IA autônoma capaz de decidir processos judiciais sem que sejam violados princípios basilares da democracia e do Estado de Direito. Por essa razão, deve-se fomentar a integração das máquinas artificialmente inteligentes na seara jurídica, porém com o escopo de suporte, ou seja, com atuação cooperativa em relação ao magistrado humano (SANTOS, 2020, p. 410). Assim, a partir desse posicionamento, cumpre ponderar sobre dos benefícios que essas novas possibilidades trazem, além dos impactos e consequências em decorrência, bem como os limites de sua atuação.

A tecnologia, quando desenvolvida e utilizada de acordo com os princípios éticos, possui a capacidade de se tornar uma ferramenta de expressão no auxílio e na elevação dos potenciais humanos (TUFFLEY, 2019, p. 10). Nesse sentido, uma IA programada e treinada para realizar tarefas de suporte nas decisões judiciais tem aptidão para potencializar o trabalho do juiz e, por consequência, de todo o processo (SOURDIN, 2018, p. 1118). Um “[...] sistema recomendador [...]” (MOGUILLANSKY, 2018, p. 1) ou, ainda, um “[...] Sistema de Suporte a Decisão Judicial [...]” (TACCA; ROCHA, 2018, p. 57), portanto, deve promover pelo menos três avanços à função do juiz e ao Poder Judiciário: i) agilidade e eficiência em tarefas repetitivas; ii) sugestões de decisões lineares de acordo com os precedentes e a jurisprudência; e iii) elevar atributos intrinsecamente humanos e permitir mais tempo para o magistrado analisar cada caso com maiores detalhes.

Um dos principais pontos positivos que tem contribuído para a intensa investida da IA no Poder Judiciário nos últimos anos tem sido, sem dúvidas, a possibilidade de combater a morosidade dos julgamentos em face da demanda excessiva e humanamente desproporcional (PIETRO; MACHADO; ALVES, 2019, p. 29). A utilização da tecnologia para esse fim já tem sido amplamente apresentada, com resultados benéficos, uma vez que a capacidade das máquinas – imunes ao cansaço, aos problemas psicológicos e físicos e à improdutividade por motivos externos ou internos – permite que se resolvam conflitos de maneira mais veloz e com maior produtividade e eficiência (TERRON; MOLICA, 2020, p. 116). Isso porque a celeridade da IA acompanha, inclusive, maior acurácia, o que torna os procedimentos ágeis, aproxima as partes de cada ato e amplia a efetivação do princípio da razoável duração do processo – de acordo com o art. 5º, LXXVIII da CFRB (1988). Assim, tem-se que a IA, como um suporte decisório, possui o “[...] potencial de aprimorar os serviços jurisdicionais, entregando decisões com melhores índices de correção (acuraria) e de celeridade, sem que isso represente a transmutação do *human due process of law* para um totalmente desumanizado modelo de *machine process of law*” (PÁDUA, 2020, p. 40).

Os altos índices de acerto e acurácia das máquinas artificialmente inteligentes dispõem, também, de poder para sugerir decisões aos juizes humanos com base em padrões preestabelecidos por decisões similares e anteriores (ROQUE; DEL BEL, 2019, p. 392). Com o exponencial crescimento da produção de dados (*big data*) e o aprendizado aprofundado dos robôs (*deep learning*), portanto, aventa-se a possibilidade de sistemas de IA usarem sua ferramenta “[...] sofisticada de ‘ramificação’ e tecnologia de pesquisa de dados para criar árvores de decisão elaboradas que podem sugerir resultados para disputas” (SOURDIN, 2018, p. 1123), o que deve permitir, inclusive, a exposição de analogias e contradições que seriam difíceis de serem observados caso os documentos fossem analisados por um juiz ou por um servidor humano,

de forma manual (MAIA FILHO; JUNQUILHO, 2018, p. 231). Nesse caso, não se trata de uma padronização comportamental e funcional do juiz, que deve ser ativo em todas as etapas do processo e, essencialmente, no ato decisório, mas sim de possibilitar que, a partir do apurado trabalho de pesquisa e linearidade resolutória da IA, sejam aproximados os entendimentos judiciais e que se tenha maior certeza, previsibilidade, racionalidade, uniformidade e coerência (SILVA; ISIDRO FILHO, 2020, p. 3) para se solidificar a segurança jurídica.

A velocidade em julgar, bem como a quantidade de processos, todavia, não devem ser priorizados sem que seja considerada a qualidade do julgamento. Além disso, o atual conceito de Estado Democrático de Direito não tolera a mera decisão massificada, isto é, sem a análise detalhada, fundamentada e específica de cada caso, seja para garantir a ampla defesa e o contraditório, seja pela primazia em julgar adequadamente o mérito. Nesse sentido, a qualidade de julgamento passa pela aptidão do juiz em se desvincular dos, ainda presentes, formalismo e racionalismo excessivo, além da burocracia desarrazoada, bem como o imobilismo e o conservadorismo e, por meio disso, buscar o equilíbrio entre a decisão coerente, com previsibilidade e imparcialidade, e as questões intuitivas, criativas e a capacidade de contextualizar e compreender as alteridades humanas. Em essência, o magistrado não deve se esquivar de suas características humanas, tampouco ignorar os sentimentos das pessoas envolvidas no processo (ROQUE; DEL BEL, 2019, p. 385). Dessa forma, é fundamental ao juiz saber afastar a ideia de que uma decisão deriva de procedimentos puramente lógicos, para então incorporar, de maneira consciente, conteúdos emocionais na resolução de conflitos (ROQUE; DEL BEL, 2019, p. 387).

Com a velocidade e agilidade na realização de tarefas até então manuais, a inserção da IA permite ao juiz maior tempo para a análise do mérito propriamente dito, ou, em outras palavras, de cada caso específico. Assim, apesar da capacidade, muitas vezes, “sobre-humana” da IA, seu alvo de trabalho se limita às tarefas repetitivas e burocráticas. Dessa forma, com a delegação desse trabalho pesado e manual à máquina, permite-se aos magistrados maior contatos com suas questões emocionais e psicológicas, o que implica decisões mais coerentes e adequadas, respeitado o *distinguishing* e, sobretudo, a visão contextualizada de cada conflito, visto que o Direito não se trata de mera construção matemática, formal e racional, mas, também, humana e intuitiva, em respeito aos princípios, à uniformização e à segurança jurídica. Nesse sentido:

Há, no uso das inteligências artificiais, um interessante antagonismo: de um lado, elas exaltam o valor da racionalidade, inclusive expandindo seu alcance a um nível desumano, com análises de dados em volume inalcançável pelo homem. Ao mesmo tempo, ao levar a humanidade ao reconhecimento da limitação da sua própria racionalidade e até da sua prescindibilidade em níveis muito elevados – uma vez que o “trabalho pesado” pode ser feito pelas máquinas –, pode conduzir à valorização de outros atributos humanos, de muito mais difícil replicação artificial: o sentimento, a empatia, a criatividade (ROQUE; DEL BEL, 2019, p. 394).

O antagonismo da IA a acompanha em, praticamente, todos os meios em que ela se insere. Os benefícios e malefícios, nem sempre perfeitamente definidos, destacam-se a partir do fim que o ser humano – programador ou jurista, nesse caso – destina para a máquina e seus procedimentos algorítmicos. Assim, apesar dos expressivos avanços ora apresentados, o uso inadequado e sem respeito aos princípios legais e éticos, podem – e devem – gerar impactos e consequências de igual ou superior proporção. Nesse sentido, através da busca

pela celeridade e linearidade acima de tudo, Medina e Martins (2020, p. 11) afirmam que a supervisão humana sobre o trabalho da IA pode se tornar inefetiva e, com isso, a economia de tempo não se reverteria em análises mais detalhadas e criativas; pelo contrário, poderia reforçar as amarras ao racionalismo excessivo, ao formalismo e ao conservadorismo (ROQUE; DEL BEL, 2019, p. 401).

A falibilidade da supervisão humana sobre as tarefas da IA auxiliar pode, portanto, decorrer das próprias falhas humanas, da desídia ou, até mesmo, do excesso de confiança (MEDINA; MARTINS, 2020, p. 11), outra forte tendência humana, de acordo com Dymitruk (2019a, p. 32), que advém após um tempo de experiência e uma série de resultados satisfatórios das máquinas, fatores que implicam para uma revisão mais superficial ou, até mesmo, uma simples ratificação do trabalho da IA por parte do julgador (MEDINA; MARTINS, 2020, p. 11). Dessa forma, por essas e outras consequências que se apresentam, necessário explanar acerca dos limites de atuação da IA, mesmo que como sistema de suporte e auxílio nas decisões judiciais.

A IA, ainda que apenas em cooperação com o juiz humano, ou, em outras palavras, como uma extensão da inteligência deste (TUFFLEY, 2019, p. 1), exige cautela e diretrizes adequadas, sob pena de provocar efeitos contrários ao campo jurídico. O Direito se revela como uma ciência complexa, social e humana, o que significa que, para além da legalidade, do ordenamento e do positivismo, há valores, fatores internos e externos, emoções, interações, interpretações diversas, nuances e divergências. Nesse sentido, em nada se difere a tomada de decisões judiciais, a qual, para Buocz (2018, p. 56), pode enfrentar dois grandes e distintos casos, que são: i) *plain cases* (casos simples), os quais não apresentam maiores dificuldades de subsunção a regras jurídicas ou aplicação de precedentes (MEDINA; MARTINS, 2020, p. 8) e, portanto, prescindem dos recursos particulares da inteligência humana para a interpretação (PAGALLO; DURANTE, 2016, p. 333); e ii) *hard cases* (casos difíceis) os quais, ao contrário, são casos mais complexos, isto é, que demandam respostas da lei não tão claras (BUOCZ, 2018, p. 56), em desacordo ou desconhecidas, o que indica maior raciocínio jurídico por parte do julgador (PAGALLO, 2017, p. 521).

A partir desses fatores, depreende-se que a utilização da IA como suporte nas decisões judiciais também encontra limitações práticas, isto é, na sua atuação propriamente dita. Ainda que, em todos os casos, o juiz humano e supervisor possa desconsiderar as sugestões decisórias da máquina, entende-se que a IA está em desenvolvimento para auxiliar e, até superar, os seres humanos na aplicação de regras claras (BUOCZ, 2018, p. 56), identificáveis e, em consequência, sem maiores complexidades. Assim, com treinamento adequado, a IA possui aptidão para resolver e sugerir decisões em *plain cases* de maneira mais célere e com maior acurácia que o humano, o que resulta benefícios para a eficiência do Poder Judiciário (BUOCZ, 2018, p. 57). Em contraste, no entanto, no caso dos *hard cases*, por geralmente não haver resposta única, ou seja, mais de uma interpretação para o mesmo conflito, o juiz humano precisa, a partir de seus valores, sua intuição e sua construção ética e moral, ponderar a decisão mais adequada, respeitado o livre convencimento motivado (LEONARDO; ESTEVÃO, 2020, p. 14). Nesse sentido, tem-se que os casos difíceis “[...] requerem compreensão e interpretação humana, bem como meditação, crítica e uma avaliação prudente dos princípios e regras do sistema” (PAGALLO; DURANTE, 2016, p. 334, tradução nossa)⁷ e, por sua vez, repelem os procedimentos de automatização.

7 Texto original: “[...] require human understanding and interpretation as well as meditation, criticism and a prudent evaluation of the principles and rules of the system”.

Em conclusão, parece possível o uso da IA como suporte, ou apoio, às decisões judiciais (ROQUE; DEL BEL, 2019, p. 402), de forma que o magistrado humano tenha uma ferramenta cooperativa, para realizar suas funções mais burocráticas e repetitivas, mas, sobretudo, elevar seus atributos pessoais e intrínsecos como a empatia, a conexão e a criatividade, com a possibilidade desses fatores serem externalizados para melhorar a qualidade do julgamento. A IA traz ao Poder Judiciário, inquestionavelmente, benefícios e possibilidades para além da capacidade operacional humana, o que deve ser utilizado para otimizar o processo (SOARES, 2019, p. 12). No entanto, apesar dos inúmeros potenciais desbloqueados com a sua inserção, a atual tecnologia, ainda que complementar, encontra limitações (SURDEN, 2019, p. 1337) processuais, técnicas e éticas, bem como barreiras práticas e funcionais, o que implica uma delimitação em seu escopo para o mero auxílio e suporte, sem que seja possível a substituição do homem pela máquina (GILLET; PORTELA, 2018, p. 158).

A partir disso, tem-se que a integração de máquinas artificialmente inteligentes nas decisões judiciais deve ocorrer de maneira gradual e experimental, com a absorção dos resultados positivos e a eliminação dos negativos, com ênfase na evolução da eficiência processual, mas, sobretudo, da qualidade de julgamento (DYMITRUK, 2019b, p. 41). Para isso, deve haver ampla conscientização de programadores, servidores e juizes para o desenvolvimento e a utilização adequada, bem como diretrizes no ordenamento jurídico, no sentido de regular a inserção ética das máquinas, o que já se apresenta em construção.

Dessa forma, compreende-se que, mesmo com o uso complementar, o processo de inserção da IA seguirá de forma exponencial, o que traz desafios aos conceitos tradicionais da lei, dos princípios, da ética e, em suma, de todo o Direito. Nesse sentido, cumpre, ainda, não olvidar e aprofundar sobre como serão impactados e como serão assegurados os Direitos Humanos e as questões éticas com a integração e, possivelmente, afirmação das máquinas artificialmente inteligentes como parte integrante na realização da tomada de decisões judiciais.

5. CONCLUSÃO

Este artigo discorreu sobre as hipóteses de substituição entre a máquina e o juiz nas decisões judiciais. De plano, mostrou-se necessário explorar as atuais limitações técnicas e práticas da IA, as quais revelam óbices para uma substituição segura, satisfatória e, sobretudo, que preserve os princípios processuais, os Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana. Em essência, apesar do exponencial avanço tecnológico, uma decisão judicial e atos semelhantes do magistrado durante o processo requerem certa celeridade, eficiência e resultados lógicos, mas também intuição, cognição acurada, transparência e apreciação aprofundada sobre as alteridades humanas, o que impede a utilização da IA na atividade-fim judicante. Portanto, em razão dos diversos contrastes principiológicos existentes, especialmente o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural e o devido processo legal, conclui-se que, apesar do oportuno uso dos atuais e futuros benefícios trazidos pelas máquinas artificialmente inteligentes, sua inserção deve ser gradual (como já ocorre no Brasil) e ter como alvo a cooperação e o auxílio com o ser humano.

Embora a presente pesquisa tenha buscado abranger pontos fundamentais sobre o envolvimento das novas tecnologias com as decisões judiciais, com a figura do juiz e as suas implicações decorrentes, é imprescindível destacar as limitações quantitativas e qualitativas em abordar, profundamente, questões sobre a privacidade de dados, a psicologia do magistrado, os novos modelos no mercado de trabalho dos operadores jurídicos, as estruturas normativas (que já existem e as que se pretende construir) e a computação afetiva. Assim, com as inúmeras lacunas e subáreas da temática que foi escopo central, recomenda-se, substancial e precipuamente, aos pesquisadores da área, a elaboração de estudos posteriores, aprofundados e baseados a partir de dados estatísticos, jurimetria e outras análises sobre o que se referiu, em especial com relação às propostas normativas posteriores sobre o tema e para além; não apenas com o que a atualidade permite, mas, sobretudo, com o que o futuro (e o aprimoramento dos *softwares* e *hardwares*) certamente irá possibilitar e, em consequência, aproximar, de forma ainda mais contundente, a temática da IA ao Judiciário.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. D. D. et al. Inteligência artificial para o rastreamento de ações com repercussão geral: o projeto Victor e a realização do princípio da razoável duração do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 312-335, 2020.

ANGWIN, J. et al. Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. *ProPublica*, 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 08 out 2021

ARAÚJO, É. D. S. E.; SIMIONI, R. L. Decisão jurídica e inteligência artificial: um retorno ao positivismo. *Revista de Direito*, Viçosa, v. 12, n. 02, p. 01-20, 2020.

ARAUJO, T. et al. In AI we trust? Perceptions about automated decision-making by artificial intelligence. *AI & Society*, n. 35, p. 611-623, 2020.

AZEVEDO, B. D. Nova resolução institui laboratório de inovação do STF. *Bernardo de Azevedo e Souza - Direito, Inovações e Novas Tecnologias*, 2020a. Disponível em: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/nova-resolucao-institui-laboratorio-de-inovacao-do-stf/>. Acesso em: 08 out 2021

AZEVEDO, B. D. TJAL está usando inteligência artificial para identificar demandas repetitivas. *Bernardo de Azevedo e Souza - Direito, Inovações e Novas Tecnologias*, 2020b. Disponível em: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/tjal-usa-inteligencia-artificial-para-identificar-demandas-repetitivas/>. Acesso em: 13 dez. 2020.

BERGQVIST, E. B. Artificial Adjudication and Fundamental Human Rights: A study of artificial intelligence as a judge in light of the right to a fair trial of Article 6 ECHR. *Department of Law - Uppsala University*, Uppsala, p. 1-73, 2020. Disponível em: <http://www.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1458215&dswid=-494>. Acesso em: 08 out 2021

BRAGANÇA, F.; BRAGANÇA, L. F. D. F. P. G. Revolução 4.0 no Poder Judiciário: levantamento do uso de inteligência artificial nos tribunais brasileiros. *Revista da Seção Judiciário do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, p. 65-76, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 out 2021

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 15 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 out 2021

BRENNAN-MARQUEZ, K.; HENDERSON, S. Artificial Intelligence and Role-Reversible Judgment. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 109, n. 2, p. 136-164, 2019.

- BUOCZ, T. J. Artificial Intelligence in court legitimacy problems of AI assistance in the judiciary. *Retskraft - Copenhagen Journal of Legal Studies*, Copenhagen, v. 2, n. 1, p. 41-59, 2018.
- CARDOSO, A. P. Antigamente, o juiz era boca que pronunciava vontade da lei. *Consultor Jurídico*, 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-jun-10/antigamente_juiz_boca_pronunciava_vontade_lei. Acesso em: 08 out 2021
- CARLSON, A. M. The Need for Transparency in the Age of Predictive Sentencing Algorithms. *Iowa Law Review*, Iowa City, v. 103, n. 1, p. 303-329, 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 08 out 2021
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Tratado Internacional. PGE, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 08 out 2021.
- CORVALÁN, J. G. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 295-316, 2018.
- CUI, Y. *Artificial Intelligence and Judicial modernization*. Shanghai: Springer, 2020.
- DYMITRUK, M. Ethical artificial intelligence in judiciary. *International Legal Informatics*, Salzburg, n. 22, p. 1-9, 2019a.
- DYMITRUK, M. The Right to a Fair Trial in Automated Civil Proceedings. *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Brno, v. 13, n. 1, p. 27-44, 2019b.
- FORSTER, J. P. K.; BITENCOURT, D.; A. PREVIDELLI, J. E. Pode o “juiz natural” ser uma máquina? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 181-200, 2018.
- GILLET, S. A. D. C.; PORTELA, V. J.. Breves conexões entre a motivação das decisões judiciais e o campo da inteligência artificial. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 18, n. 34, p. 153-171, 2018.
- GONÇALVES, M. V. R. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- HILDEBRANDT, M. Law As Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence. Speaking Law to the Power of Statistics. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, p. 1-16, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2983045. Acesso em: 08 out 2021
- KOOS, S. Artificial Intelligence - Science Fiction and Legal Reality. *Malaysian Journal of Syariah and Law*, Nilai, v. 8, n. 2, p. 23-29, 2018.
- KRAUSOVÁ, A. Intersections between Law and Artificial Intelligence. *International Journal of Computer (IJC)*, v. 27, n. 1, p. 55-68, 2017.
- LEONARDO, C. A. L.; ESTEVÃO, R. D. F. Inteligência artificial, motivação das decisões, hermenêutica e interpretação: alguns questionamentos a respeito da inteligência artificial aplicada ao Direito. *Revista Em Tempo*, v. 20, n. 1, p. 1-28, 2020.
- MAIA FILHO, M. S.; JUNQUILHO, T. A. Projeto Victor: perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao direito. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 219-238, 2018.
- MEDINA, J. M. G.; MARTINS, J. P. N. D. P. A era da inteligência artificial: as máquinas poderão tomar decisões judiciais? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1020, p. 1-22, 2020.
- MOGUILLANSKY, M. O. Inteligencia Artificial y Derecho – Realidades y Ficciones (Parte II). *Diario Penal*, Buenos Aires, v. 6, n. 179, p. 1-3, 2018.
- MOSES, L. B.; ZALNIERIUTE, M. Law and Technology in the Dimension of Time. *University of New South Wales Law Research Series*, New South Wales, n. 19-75, p. 1-22, 2020.
- NEVES, D. A. A. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, v. único, 2016.
- NUNES, D.; MARQUES, A. L. P. C. Inteligência artificial e Direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista dos Tribunais Online*, v. 285, p. 421-447, 2018.
- OLIVEIRA, H. S. D. A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais. *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, v. 2, n. 15, p. 130-150, 2012. Disponível em: https://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_oliveira_8.pdf. Acesso em: 08 out 2021

- OLIVEIRA, S. R. D.; COSTA, R. Pode a máquina julgar? Considerações sobre o uso de inteligência artificial no processo de decisão judicial. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 21-39, 2018.
- PÁDUA, S. R. D. A inteligência artificial na assessoria dos juízes: legitimidade jurídica e desafios. *Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: inteligência artificial e tecnologias aplicadas ao direito I - Skema Business*, Belo Horizonte, p. 34-41, 2020. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2020/09/SKEMA-Inteligência-Artificial-e-tecnologias-aplicadas-ao-Direito-I.pdf>. Acesso em: 08 out 2021
- PAGALLO, U. Algo-Rhythms and the Beat of the Legal Drum. *Philos. Technol*, n. 31, p. 507-524, 2017.
- PAGALLO, U.; DURANTE, M. The Pros and Cons of Legal Automation and its Governance. *European Journal of Risk Regulation*, Cambridge, v. 7, n. 2, p. 323-334, 2016.
- PEDRINA, G. M. L. Consequências e perspectivas da aplicação de inteligência artificial a casos penais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1589-1606, 2019.
- PIETRO, J. H. O. D.; MACHADO, E. D.; ALVES, F. D. B. Inteligência artificial e Direito: estabelecendo diálogos no universo jurisdicional tecnológico. *Revista Em Tempo*, Marília, v. 18, n. 01, p. 15-32, 2019.
- PORTO, F. R. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal. Estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 142-199, 2019.
- ROQUE, N. C.; DEL BEL, I. N. D. O. R. O juiz e a emoção na era da inteligência artificial. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 379-405, 2019.
- SANTOS, M. C. O judiciário brasileiro e a perspectiva em atribuir sua função decisória as máquinas inteligentes. *ENPEJUD: O Poder Judiciário como garantidor dos direitos humanos*, v. V, p. 400-415, 2020.
- SCHMITZ, A. J. Dangers of Digitizing Due Process. *University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper*, Columbia, n. 01, p. 1-26, 2020.
- SILVA, R. A. F.; ISIDRO-FILHO, A. Juiz Robô ou mera máquina de consulta? Inteligência Artificial aplicada a decisões judiciais. *EnANPAD*, Maringá, v. XLIV, p. 1-16, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/344661048_Juiz_Robo_ou_mera_maquina_de_consulta_Inteligencia_Artificial_aplicada_a_decisoes_judiciais. Acesso em: 08 out 2021
- SOARES, M. E. Inteligência Artificial no ecossistema judicial: os incômodos dilemas entre os avanços tecnológicos e a ética. *Anais EnAJUS*, Brasília, p. 1-16, 2019. Disponível em: <http://www.enajus.org.br/anais/2019/inteligencia-artificial-no-ecossistema-judicial-os-incomodos-dilemas-entre-os-avancos-tecnologicos-e-a-etica>. Acesso em: 08 out 2021
- SOURDIN, T. Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making. *UNSW Law Journal*, New South Wales, v. 41, n. 4, p. 1114-1133, 2018.
- STF. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. *Supremo Tribunal Federal*, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 08 out 2021
- STF. Presidente do Supremo apresenta ferramentas de inteligência artificial em Londres. *Supremo Tribunal Federal*, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=422699>. Acesso em: 08 out 2021
- SURDEN, H. Artificial Intelligence and Law: An Overview. *Georgia State University Law Review*, Atlanta, v. 35, n. 4, p. 1306-1337, 2019.
- TACCA, A.; ROCHA, L. S. Inteligência Artificial: Reflexos no Sistema do Direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 38, n. 2, p. 53-68, 2018.
- TERRON, L. S.; MOLICA, R. A utilização de robôs/inteligência artificial pelos tribunais e o julgamento em prazo razoável. *Scientia Juris*, Londrina, v. 24, n. 3, p. 98-118, 2020.
- THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2015.

TUFFLEY, D. Human Intelligence + Artificial Intelligence = Human Potential. *Griffith Journal of Law & Human Dignity - Law and Human Dignity in the Technological Era*, Gold Coast, p. 1-20, 2019. Disponível em: <https://griffithlawjournal.org/index.php/gjlhd/article/view/1043>. Acesso em: 08 out 2021

YUDKOWSKY, E. Artificial intelligence as a positive and negative factor in global risk. *Machine Intelligence Research Institute*, New York, p. 1-45, 2008. Disponível em: <https://intelligence.org/files/AIPosNegFactor.pdf>. Acesso em: 08 out 2021

ZANETI JUNIOR., H.; PEREIRA, C. F. B. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo*, v. 259, n. 41, p. 21-53, 2016.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 18/11/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/11/2021
- Avaliação 1: 22/11/2021
- Avaliação 2: 09/12/2021
- Decisão editorial preliminar: 09/12/2021
- Retorno rodada de correções: 10/12/2021
- Decisão editorial/aprovado: 02/04/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FENÔMENO SOCIAL VS. APLICAÇÃO DO FENÔMENO PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA CRÍTICA À ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

CONSTITUTIONAL MUTATION AS A SOCIAL
PHENOMENON VS. ITS APPLICATION BY BRAZILIAN
SUPREME COURT: A CRITIQUE TO THE DEFENSE OF EXPANDING
GENERAL BINDING EFFECTS TO CONCRETE JUDICIAL REVIEW

INGRID THAYNÁ DE FREITAS ACÁCIO¹
EDUARDO ROCHA DIAS²

RESUMO

As discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do fenômeno da mutação constitucional estão cada vez mais em evidência no cenário jurídico brasileiro. Não obstante, considerando, por meio de uma revisão literária, o contexto do surgimento da categoria, percebe-se que o tema vem sendo incorporado pela jurisprudência brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal, de forma equivocada, a fim de que haja expansão das competências dos ministros do Supremo, que vêm se tornando verdadeiros atores políticos, com interesse em proferir decisões que obedecem a conveniências político-sociais. O anseio dos ministros da Suprema Corte em ver suas competências expandidas ao invocar o fenômeno da mutação constitucional pode ser verificada por meio da suposta mutação ocorrida no art. 52, inciso X, da Constituição Federal. O presente artigo realiza uma crítica acerca de como o fenômeno da mutação constitucional foi incorporada

1 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza UNIFOR. Pós-graduanda em Direito Corporativo pelo Centro Universitário Unichristus. Advogada. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1172-9660>.

2 Possui graduação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (1992), mestrado em Direito - Ordem Jurídica e Constitucional - pela Universidade Federal do Ceará (1997) e Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (2007). Atualmente é Procurador Federal - categoria especial - da Advocacia-Geral da União e Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Integra o Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social - NEDTS, na Universidade de Fortaleza, e também o Grupo Internacional de Pesquisa Desenvolvimento Humano e Segurança Social na América Latina. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/9095931754606099>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

ACÁCIO, Ingrid Thayná de Freitas; DIAS, Eduardo Rocha. A mutação constitucional como fenômeno social vs. aplicação do fenômeno pela jurisdição constitucional brasileira: uma crítica à abstrativização do controle difuso. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 30, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8499>.

pelo Direito brasileiro, além de trazer alertas quanto à alteração do sentido das normas constitucionais por um Poder que sequer é constituinte derivado, podendo acarretar sérias violações a preceitos constitucionais originários. Os processos de alteração informal do texto constitucional devem ser utilizados de forma excepcional e complementar, além de conviver – embora não se confundam – com os processos formais de revisão constitucional, haja vista que apenas o processo de revisão não é suficiente para manter a força normativa da Constituição e adequá-la à realidade social regida. Assim, sugere-se que seja adotada uma postura hermenêutica em que a atualização do texto constitucional se dê sem abandono dos ditames que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Supremo Tribunal Federal. Realidade social.

ABSTRACT

Discussions concerning the phenomenon of constitutional mutation are increasingly in evidence in the Brazilian legal scenario. Nevertheless, considering, through a literary review, the context of the emergence of the category, it is perceived that the theme has been incorporated by Brazilian Courts decisions, especially by the Supreme Federal Court, in a mistaken way, so that there is an expansion of the powers of the Justices of the Court, which have become true political actors with an interest in making decisions that observe social-political conveniences. The inclination of Justices of the Court to expand their powers through the phenomenon of constitutional mutation can be verified through the supposed mutation that occurred in art. 52, item X, of the Federal Constitution. This paper criticizes how the phenomenon of constitutional mutation was incorporated by Brazilian law, in addition to bringing warnings about the changing of the meaning of constitutional norms by a Power that is not even a derived constituent and may lead to serious violations of constitutional precepts. The processes of informal amendment of the constitutional text should be used in an exceptional and complementary way, in addition to living together – although not mistaken by – with the formal processes of constitutional revision, given that only the review process is not sufficient to maintain the normative force of the Constitution and adapt it to social reality. Thus, it is suggested that a hermeneutic stance be adopted in which the updating of the constitutional should not abandon the principles that underlie Democratic Rule of Law.

Keywords: Constitutional mutation. Supreme Court. Social reality.

1. INTRODUÇÃO

O tema da mutação constitucional vem ganhando força e relevo na doutrina e jurisprudência constitucional brasileira. Não é raro observar os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) invocando o fenômeno como forma de justificar o processo interpretativo que culmina em suas decisões, especialmente quando são de grande repercussão social.

Contudo, há de se verificar que a mutação constitucional é uma categoria política importada de uma realidade político-social distinta, que possui lastro doutrinário secularmente construído. O fenômeno pressupõe uma progressividade da realidade social que possibilita a alteração informal do texto constitucional, mesmo sem que haja mudança na norma escrita.

Ocorre que, no cenário jurisdicional brasileiro, o STF, mesmo sem integrar o poder constituinte derivado, vem utilizando a mutação constitucional para alargar seus poderes e sua esfera de atuação – que, cada vez mais, ganha conotações políticas, sobretudo diante da crise de representação democrática vivida no País –, passando a Corte a alterar o sentido das normas constitucionais, sem obedecer ao devido rito processual legislativo.

Na presente pesquisa, por meio de um intencional corte epistemológico, optou-se pelo estudo das mutações constitucionais ocorridas por meio da interpretação judicial, de forma que, apresentado o conceito do fenômeno encampado pela doutrina clássica, seja possível adentrar nas circunstâncias fáticas brasileiras e realizar uma crítica sobre como o tema foi importado pelo debate constitucional no Brasil. Para atingir o objetivo proposto, o presente artigo está dividido em três partes.

Na primeira, retomam-se os conceitos secularmente construídos pela doutrina acerca do fenômeno da mutação constitucional, em que é possível notar a necessidade de uma prévia mudança social, consolidada no tempo, para que haja uma legítima mutação.

Na segunda, passa-se a analisar a ampliação dos poderes do Poder Judiciário, mormente do STF, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, e, a partir de então, como a Suprema Corte vem utilizando do fenômeno mutações constitucionais como forma de ampliar as competências de seus ministros, de forma que possam realizar alterações na Constituição sem que seja respeitado o rito trazido pelo texto constitucional, em afronta ao processo democrático e à separação de poderes.

Por fim, a título de exemplo da equivocada invocação pelo Supremo do fenômeno estudado, realiza-se uma análise acerca da, segundo os ministros do STF, mutação constitucional ocorrida no art. 52, inciso X, da CF/88, por meio da teoria da abstrativização do controle difuso, a qual possibilita que, seja em controle difuso ou concentrado, as decisões proferidas pela Colenda Corte possuam eficácia *erga omnes* e vinculante. Ou seja, a abstrativização examinada implica estender os mesmos efeitos do controle abstrato ao controle difuso-concreto exercido pelo STF, sem alteração do texto da Constituição, com nítida ampliação dos poderes exercidos pela Corte.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, para melhor compreensão da matéria abordada, este trabalho utilizou de pesquisa bibliográfica, com o uso de referências teóricas, como livros e artigos científicos, que abordam, direta ou indiretamente, a questão tratada. Quanto à utilização dos resultados, a pesquisa foi pura, à medida que tem como fim a aplicação dos conhecimentos sobre a temática. No tocante aos fins, classificou-se como exploratória, por buscar o aprimoramento de ideias, e descritiva, tendo em vista que descreveu características do fenômeno analisado, classificando e interpretando os fatos. Quanto à abordagem, foi qualitativa, enfatizando a compreensão e interpretação do tema, atribuindo significado aos dados coletados.

2. BREVE PANORAMA HISTÓRICO DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Diante do distanciamento entre a Constituição Imperial Alemã de 1871 e a realidade do povo por ela regido, a Escola Alemã de Direito Público, por meio, principalmente, de Paul Laband e Georg Jellinek, iniciou estudos que propiciaram uma maior aproximação entre o texto legal e a realidade vigente. Nesse contexto, Laband, na análise da sociedade alemã, passa a identificar que o autoritarismo imposto pela Constituição Alemã permitia que autori-

dades interpretassem o texto constitucional de forma a aproximá-la de anseios pessoais e de transformações sociais (SANTOS, 2015).

Além disso, Paul Laband percebe que o Estado é capaz de realizar modificações na Constituição, sem atender a procedimentos formais específicos. Contudo, o renomado jurista alemão não se preocupou em aprofundar os estudos acerca da legitimidade do instituto ou das hipóteses de cabimento da mutação constitucional, concentrando-se, precipuamente, na identificação do fenômeno.

Carlos Victor Nascimento dos Santos elucida:

Apesar das controvérsias existentes acerca do surgimento e primeira formulação da ideia de mutação da Constituição, a doutrina tradicional aponta Paul Laband como precursor da ideia, alegando ter ele criado o conceito de *Verfassungswandlung* – mutação constitucional, que se contrapunha a *Verfassungsänderung* – reforma constitucional. **A ideia de mutação constitucional é de modificação informal do texto constitucional, hipótese em que se altera o seu sentido e alcance, embora o texto permaneça intacto.** (SANTOS, 2015, p. 82, grifo nosso)

O amadurecimento do conceito do fenômeno viria, posteriormente, com Jellinek (1991), no final do século XIX, ao afirmar que a mutação constitucional demonstra uma situação já consolidada no tempo e é fundamentada na teoria do fato consumado. Nesse caso, havendo uma mudança consolidada na realidade regida pela Constituição, poderia haver a alteração do sentido da norma constitucional, tendo em vista que o seu sentido literal não mais seria capaz de atender as demandas sociais. Para Jellinek, “[...] o marco distintivo e caracterizador de uma autêntica mutação constitucional é a inexistência de uma consciência acerca da efetiva mudança” (SANTOS, 2015, p. 83).

Nesse diapasão, Georg Jellinek, a partir de critério inovador, fez uma clássica diferenciação entre reforma e mutação constitucional, de forma que:

[...] a reforma constitucional seria aquele processo de alteração da Constituição realizado com a modificação do seu texto por meio de atos voluntários e intencionais realizados pelos legitimados, enquanto a mutação constitucional estaria relacionada a mudanças ocorridas e promovidas devido à força normativa dos fatos, que ocorreriam sem uma consciência intencional das alterações manejadas (SACCHETTO, 2015).

Ressalvadas as diversas contribuições trazidas pelos autores alemães durante o período de Weimar, considera-se que o jurista chinês Hsü Dau-Lin foi o primeiro a sistematizar a teoria das mutações constitucionais. Para o jurista do oriente (1998), a mutação constitucional releva o distanciamento entre as normas constitucionais e a realidade social, de forma a revelar uma nova ordem política.

Nesse viés, a mutação constitucional seria um fenômeno moderno e associado a uma Constituição formal e rígida, isso porque, não sendo a Constituição escrita, a dissonância entre a realidade e o texto normativo seria dificilmente evidenciada (SACCHETTO, 2015).

Já para Lassale (2001), para uma Constituição não ser caracterizada como mera “folha de papel”, a mutação aproxima o texto constitucional da realidade fática, transformando-lhe em uma Constituição real e efetiva. No pensamento desenvolvido pelo autor, o fenômeno reconhece a preponderância da realidade fática sobre o texto constitucional escrito.

Hermann Heller, em sua obra póstuma, *Teoria do Estado*, publicada em 1930:

[...] entendia a mutação constitucional como parte do conceito dinâmico de Constituição, apontando para a existência de elementos não jurídicos que atuariam na modificação do texto constitucional sem o procedimento próprio utilizado para a reforma de seu texto, como as Emendas Constitucionais (SANTOS, 2015, p. 84).

Em que pese a realização de diversos estudos, ao longo dos anos, ainda não havia tratamento adequando quanto aos limites que deveriam ser observados no tocante ao fenômeno da mutação constitucional. Nesse contexto, Konrad Hesse (1991) é um dos primeiros doutrinadores a discutir tal questão, ao alertar sobre a impossibilidade de o fato preponderar sobre a norma, sob o risco de perda da força normativa da Constituição.

Assim, Hesse (1991) afirma que o texto da norma limitaria a realização de mutação constitucional. “O autor, em verdade, defendia o equilíbrio entre a estrutura normativa e a realidade constitucional, alegando a impossibilidade de a norma constitucional estar desprovida de conteúdo e dissonante da realidade social” (SANTOS, 2015, p. 84).

Há, ainda, de pontuar as importantes contribuições de Friedrich Müller, que notou a ausência de uma detalhada fundamentação no processo de interpretação normativa. Müller (2008), por meio de sua teoria estruturante³, visa diferenciar o programa normativo e o âmbito da norma, aspectos necessários à concretização da norma e alcance da decisão judicial adequada ao caso concreto.

A doutrina de Canotilho (1998) foi amplamente disseminada sob a influência do trabalho de Friedrich Müller e definiu o programa normativo como o resultado de um processo parcial, baseado na interpretação linguística do texto normativo. Assim, segundo a teoria estruturante, a análise do teor literal da norma é considerada o ponto de partida para o processo de concretização.

Por sua vez, o âmbito da norma é o resultado de um segundo processo de concretização parcial, baseado principalmente na análise de elementos reais e concretos do caso a ser resolvido, que pode conter componentes tanto de origem jurídica como não-jurídica. Dessa forma, a norma jurídica é um modelo para a concretização material, composto por uma medida expressa em declarações de linguagem, assim como por um plano de dados reais (CANOTILHO, 1998, p. 1141-1142).

Seguindo a teoria proposta por Müller (2008), o fenômeno da mutação constitucional deve ser entendido como o resultado de mudanças que ocorrem dentro do âmbito da norma e, portanto, considerado como um processo que ocorre na estrutura da própria norma jurídica, possuindo a norma tanto como ponto de partida como limite para eventuais alterações.

Se a norma é integrada com dados reais que constituem o chamado âmbito da norma, as mudanças ocorridas nesse escopo e definidas pelo programa normativo levarão a alterações no conteúdo da própria norma, de modo que a essência da mutação está em uma transformação real, no contexto social vivido, que resulta em uma mudança no significado tradicionalmente atribuído à norma através da interpretação.

3 Müller (2008) desenvolve sua teoria partindo da premissa de que o texto normativo não coincide com a norma, uma vez que são apenas enunciados de normas, ou seja, elementos iniciais da norma que serão produzidos no processo de tomada de decisão.

Realizado um breve resumo sobre os principais pontos doutrinários clássicos em torno das mutações constitucionais, é possível perceber que os contornos do fenômeno, de maneira progressiva, foram ganhando novos elementos. Verifica-se, por conseguinte, que o fenômeno da mutação constitucional, em linhas gerais, é compreendido como o resultado de um processo hermenêutico de atualização dos significados das normas, o qual decorre da progressividade das mudanças valorativas sociais e respeita os limites impostos pelo constituinte originário.

O fenômeno da mutação constitucional vem despertando grande interesse acadêmico, especialmente por ter sido o fenômeno incorporado ao Direito brasileiro sem o devido rigor científico-dogmático. Em uma breve análise dos julgados do STF que utilizam do instituto para fundamentar suas decisões, constata-se que a mutação constitucional vem sendo utilizada pela Corte de maneira arbitrária, como forma de alargar os poderes do Tribunal, desconsiderando a natureza do instituto, conforme será tratado no tópico adiante.

3. A APLICAÇÃO DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na cultura jurídica tradicional, separa-se Direito e Política. Nesse tocante, interessante se faz trazer as análises sociológicas traçadas por Niklas Luhmann.

Luhmann, utilizando-se de conceitos oriundos de outras áreas⁴, a exemplo da biologia e as tecnologias inovadoras (como a cibernética e a neurofisiologia), preocupado com a complexidade do mundo, propôs uma teoria geral dos sistemas sociais que busca a redução de tal complexidade ao tentar explicar a forma de nascer ordem do caos. A grande contribuição de Luhmann para a compreensão do Direito na modernidade é fruto de suas reflexões acerca da complexificação social e da contingência do agir, elencadas pelo autor como as principais características da sociedade moderna.

Na perspectiva do sociólogo alemão, as sociedades contemporâneas são marcadas pelo alto grau de complexidade, capaz de apresentar ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências, ações e comunicações, todavia, contrapostas à limitada capacidade de se efetivar todas as alternativas, de forma que “[...] sempre existem mais possibilidades que se pode realizar” (LUHMANN, 1983, p. 45). Logo, há uma grande quantidade de ações, comportamentos e possibilidades humanas que estão sempre dispostas a serem efetivadas.

Tal complexidade se liga à ideia de contingência, que, de acordo com Luhmann (1983, p. 45), significa dizer que as “[...] possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”. Abre-se um leque de possibilidades (complexidade) que faz necessária a escolha e a decisão; mas, diante das diversas opções, uma decisão pode ser diferente do que efetivamente é. Isso se dá porque cada movimento e evento da sociedade sempre poderia ter ocorrido de outra forma, havendo, por conseguinte, um constante “perigo de desapontamento e necessidade de assumir riscos” (LUHMANN, 1983, p. 46).

4 Para Luhmann, os tradicionais conceitos de sociologia foram imprescindíveis ao Iluminismo, mas não foram capazes de solucionar os problemas da sociedade contemporânea (KUNZLER, 2004).

Ao refletir os elementos da complexidade e da contingência, a sociedade moderna pode ser caracterizada pelo abandono progressivo das cosmovisões unificadas do mundo – existentes nas sociedades pré-modernas. O que antes poderia ser considerado como seguro é, hoje, marcado por indeterminação e risco. Não há mais nenhum sentido determinado aprioristicamente, em razão de uma sociedade que se redescobre dentro de um novo tempo, em que passa a depender, unicamente, do resultado de suas próprias decisões, sem recorrer a fundamentações morais últimas e normas superiores externas.

A evolução social possibilita uma complexidade incontrolável de ações, valores e interesses quanto a uma pluralidade de esferas autônomas de comunicação – como o Direito, a Política e a Economia – que passam a operar dentro de uma lógica própria. Cada um dos subsistemas sociais realiza uma função específica a ser desempenhada a partir de uma linguagem particular (LUHMANN, 1983).

Nesse sentido, para a compreensão da diferenciação entre os subsistemas, a noção de autopoiese, inspirada na biologia dos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, ganha importância. Um sistema é dito como autopoietico quando capaz de autorreproduzir, de acordo com mecanismos e operações próprios, importando na autonomia sistêmica (TRINDADE, 2008).

Para que as dependências do meio passem a integrar um dado sistema, é preciso que, a partir do código binário do respectivo sistema, haja uma “leitura” do ambiente. Por exemplo, para que determinada informação encontrada no sistema do Direito seja integrada ao sistema econômico, é necessário passar pelos critérios de “leitura” do sistema econômico, de acordo com o código de licitude/ilicitude daquele (TEIXEIRA, 2009). Nesse cenário, percebe-se que os subsistemas sociais são, simultaneamente, abertos e fechados, visto que os subsistemas autopoieticos são operacionalmente fechados, mas cognitivamente abertos – apenas essa dupla condição torna os subsistemas abertos à troca de relação com o meio-ambiente.

Diante do contexto explanado é que Luhmann (2005) aduz que, partindo do ponto de vista da teoria dos sistemas, o sistema jurídico (autopoietico e operativamente fechado) pressupõe um código binário próprio, além de mecanismos e operações autônomos, que lhe distingue dos demais sistemas de funções da sociedade.

Luhmann (2005) é categórico ao afirmar que Direito e Política não compõem um único sistema, mas dois sistemas diversos. O sociólogo alemão afirma ser compreensível historicamente a unidade anteriormente concebida entre Direito e Política, contudo, no mundo ocidental, a imposição do positivismo da lei e o aumento frenético da promulgação de novas leis tornaram visível a separação entre Direito e Política.

Na sociedade moderna, o Direito não pode mais ser entendido apenas como instrumento para realização de programas políticos, assim como a Política não deve ser entendida como um vetor de racionalidade na interpretação das normas jurídicas. Ambos os sistemas, ao se reproduzirem, decidem sobre seus próprios limites, com a ajuda de um código próprio e específico: no sistema político, isso ocorre por meio da distinção entre poder e seus subordinados (governantes/governados) ou no código do poder (governo/oposição); já no sistema jurídico, a codificação se dá na diferença entre o que é Direito e o que não é Direito.

Realizada uma breve síntese acerca da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, retomase o exame da realidade jurisdicional brasileira.

No tocante à diferenciação entre Direito e Política, Luís Roberto Barroso (2018) aduz que o Direito seria alicerçado pelas normas e pelos direitos fundamentais, enquanto a Política pela soberania popular e pelo princípio majoritário. Nessa perspectiva, para evitar a utilização imprópria da justiça pela Política são utilizados como instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos políticos do Estado e a vinculação dos juristas à Constituição e as leis.

A promulgação da Constituição da República de 1988, como proposta para o processo de redemocratização do País, conferiu ao poder judiciário expansão, fortalecimento e autonomia, esboçados, principalmente, através do Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 1988). A situação ocasionou o redirecionamento para o Judiciário do poder final de decisão acerca de questões Política, social e moralmente relevantes.

Nesse viés, a competência constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário e, mormente, ao Supremo Tribunal Federal, de dar a palavra final acerca do alcance e do sentido das normas, fazendo-lhe ocupar uma posição de autoridade em detrimento dos demais poderes, põe em evidência a linha tênue que separa Direito e Política. A superioridade esboçada pelo STF, sobretudo quando sua atuação envolve a análise da validade e da legitimação de atos de poderes representativos, demonstra um exercício político e põe em xeque a legitimidade democrática (BARROSO, 2018).

Ao (res)significar uma norma, os ministros não se baseiam apenas no programa normativo conferido pelo constituinte, visto que, inevitavelmente, existem influências externas que também delimitam o resultado da decisão, tais como: preferências políticas, opiniões morais e religiosas, opinião pública, além da – e talvez o ponto mais importante – vontade de preservação e expansão de seu poder.

Ademais, no campo institucional, podem influenciar decisivamente o resultado do julgamento de um órgão colegiado: a troca de apoio entre ministros⁵, o relator sorteado para a apreciação da demanda, a ordem na agenda de julgamento e, até mesmo, um pedido de vista (BARROSO, 2018).

Ademais, os debates que, anteriormente, davam-se unicamente pela via processual, em virtude do anseio de preservação e de conservação do poder, passaram a assumir uma agenda midiática e pública (ALBUQUERQUE, 2018), na qual a relação entre Supremo e cidadãos brasileiros, além de jurídica e política, passou a ser comunicativa. Difíceis são os dias em que o STF não aparece nas manchetes de jornais brasileiros, especialmente no caderno de Política. A repercussão das decisões da Corte ultrapassa as barreiras dos intérpretes formais, notadamente em assuntos socialmente polêmicos: o homem médio conhece e acompanha a atuação do Tribunal, de forma a demonstrar o poder de provocar e influenciar que o órgão jurídico possui diante da população.

É, nesse contexto, que, com uma breve análise da utilização do conceito das mutações constitucionais pelos ministros do Supremo, em julgados nos quais o Tribunal tem identificado a ocorrência do fenômeno, denota-se que este vem sendo utilizado pela Corte brasileira sem a existência de parâmetro científico-dogmático que permita a identificação dos traços individuais do fenômeno, em desconsideração das proposições da doutrina clássica, de forma, unicamente, a alargar os poderes da Corte (SACCHETTO, 2015).

5 Ocasão em que Luís Roberto Barroso (2018, p. 277) caracterizou como “[...] típica apropriação da linguagem político-partidária”.

Nos últimos anos, a doutrina tem constatado que o fenômeno da mutação constitucional vem sendo empregado pelo Supremo com três principais conotações:

- 1) demonstrar uma simples mudança interpretativa ocorrida sobre o significado de determinado dispositivo legal, 2) de fazer referência a uma alteração formal da Constituição realizada por meio de emenda constitucional e; 3) abordar um método hermenêutico de atualização do significado da norma a partir de uma alteração ocorrida na realidade dos fatos (SACCHETTO, 2015, p. 126).

Conforme se verifica das conceituações trazidas ao presente estudo no tópico anterior, apenas as referências utilizadas pelo STF enquadradas no terceiro grupo podem ser efetivamente enquadradas na tipologia clássica das mutações constitucionais.

Embora se saiba que a via ordinária para modificação do texto constitucional exige o movimento e exercício do poder constituinte derivado⁶, não há impedimento que haja harmonia entre os instrumentos informais de alteração constitucional – contanto que obedientes aos ditames científicos-dogmáticos relativos ao fenômeno – e os instrumentos formais. Não obstante, as mutações não podem ser utilizadas como forma de evitar o uso excessivo de reformas constitucionais formais, como vem fazendo o STF, tendo como resultado modificações, tantas vezes, sem substância e desnecessárias à Constituição (SACCHETTO, 2015).

Merece ressaltar que a mutação constitucional apenas deverá ser utilizada pelos julgadores em hipóteses nas quais há um claro distanciamento entre o texto constitucional e a realidade social, quando o texto permitir mudança em seu sentido; ou seja, quando diante de signos linguísticos que possuam uma textura mais “aberta”, que possivelmente foram postos pelo legislador originário com a intenção de aproximar as disposições constitucionais da realidade social.

Assim, em tais disposições, em que se permite uma maior discricionariedade por parte dos intérpretes legais, pode-se discutir a ocorrência, ou não, de autêntica mutação constitucional, mas sempre de forma a aliar uma realidade social consolidada com o texto constitucional vigente. No entanto, como já repisado, verifica-se que o exercício da jurisdição constitucional brasileira no tocante à mutação vem, repetidamente, confundindo seu papel interpretativo com legislativo, ferindo aos princípios da soberania popular, democrático e da separação de poderes.

Nesse sentido, “[...] percebe-se que a mutação constitucional brasileira, diferente das versões alemãs, não é diagnosticada – declarada – pelo Judiciário, mas sim criada/construída por ele!” (PEDRON; BAHIA, 2017, *online*).

O contexto político-social brasileiro torna de fácil aferição a crise de representação⁷ sofrida pelo País nas últimas décadas, que ocasiona o distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, sendo cada vez maior o sentimento de descrença popular nos agentes políticos. Diante do cenário de desilusão política e descrença nos membros dos poderes Legislativo e Executivo, a assunção pelo Judiciário de questões tradicionalmente designadas

6 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (BRASIL, 1988).

7 A crise de representação pode ser percebida pelos episódios ocorridos no Brasil em 2013, popularmente conhecidos como “a primavera brasileira”. Tais episódios foram resultados de uma eclosão de sentimentos de insatisfação com a corrupção cometida pela classe política, gestão indevida de verbas e descaso das autoridades políticas com os anseios populares (SACCHETTO, 2015).

à Política vem sendo de relevante importância para a legitimação argumentativa das decisões políticas, de forma a atuar paralela – e, por vezes, contraposta – à legitimação da maioria (BARROSO, 2018).

O abandono da autocontenção judicial rumo à participação ativa e pessoal dos magistrados em decisões que causam interferência na competência dos demais poderes ensejou o fenômeno denominado pela doutrina de “ativismo judicial”, que, embora semelhante, não se confunde com a judicialização. Esta distingue-se do ativismo por ser uma circunstância adotada pelo modelo constitucional – que não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte – na qual questões de larga repercussão política ou social são traduzidas em ações judiciais ao invés de serem tratadas por instâncias políticas tradicionais.

Acerca da diferença entre os institutos, afirma Barroso:

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2012, p. 25)

Nessa conjuntura, diante da inércia do Legislativo para editar leis e regular a realidade por meio do poder constituinte derivado, o Judiciário assume uma posição ativista, utilizando-se, indevidamente, da mutação constitucional como instrumento para “[...] fazer valer uma realidade não captada pelo legislador” (SACCHETTO, 2015, p. 136).

Ocorre que são iminentes os riscos da extensão de atribuições ao Judiciário, especialmente na figura do STF, que pode significar uma verdadeira violação de preceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito. São claras as constatações de Sacchetto ao afirmar que:

Ao suscitar a ocorrência de uma mutação, baseada na constatação de uma mudança ocorrida na realidade e captada em seu labor hermenêutico, pode ocorrer que o magistrado intente atualizar a norma com base em uma realidade que sequer é desejada pelo constituinte ou pelo povo soberano, contrariando assim a dicção legal do texto constitucional e os fundamentos do princípio da legalidade. (SACCHETTO, 2015, p. 136)

A titularidade do povo enquanto poder soberano é estabelecida na Constituição da República de 1988 já em seu primeiro artigo, inciso I, apresentando consigo os fundamentos do Estado brasileiro. É exatamente do princípio da soberania popular que se extrai o princípio democrático, segundo o qual cabe ao povo, enquanto titular do poder, governar, seja por si ou por seus representantes eleitos (BRASIL, 1988).

Da interpretação dos referidos princípios, bem como pelo regime político estabelecido no Brasil, extrai-se que a criação de normas jurídicas deve ser realizada pelo povo, o qual atribuiu tal competência aos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, a atuação judicial, inclusive no exercício interpretativo do qual decorrem as mutações constitucionais, deve possuir como

freio a obediência aos preceitos constitucionais, os quais devem ser chave para qualquer processo hermenêutico que se pretenda extrair da Constituição, sob risco de desrespeito à separação de poderes.

Dessa forma, em decorrência de o Poder Judiciário não possuir típica investidura política, a atividade interpretativa jurisdicional deve ser sempre iniciada com base nos princípios da soberania popular e democrático, sendo a atividade exercida de maneira a capacitar um processo igualitário, libertário e plural.

Sem negar a possibilidade de mutações constitucionais autênticas, pautadas nas concepções doutrinárias trazidas pelos autores clássicos – em que é imprescindível a aferição pelos intérpretes de uma progressividade das mudanças valorativas sociais –, entende-se que o fenômeno deve ser utilizado como meio excepcional de modificação da Constituição, de forma que haja controle nos argumentos postos nos acórdãos que suscitam a existência do fenômeno (SACCHETTO, 2015).

O uso irrestrito da mutação constitucional pode, à vista disso, ter como consequência reformas constitucionais silenciosas, realizadas por ministros do STF, que ocasionam mudanças no arranjo institucional firmado pela Constituição e, assim, comprometem a estabilidade das normas brasileiras.

É exatamente por essa razão que o controle dos argumentos jurídicos utilizados para fundamentar a ocorrência das mutações constitucionais se faz necessário, mormente ao se verificar, por meio de análise jurisprudencial, as tendências do STF em se utilizar do instituto de maneira arbitrária, com a finalidade única de expansão de seus poderes, como ocorre quando os ministros do Supremo suscitam a ocorrência de mutação constitucional no art. 52, inciso X, da Constituição da República, que será analisado no tópico seguinte (BRASIL, 1988).

4. ANÁLISE ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DADA PELO STF AO ART. 52, INCISO X, DA CF/88: CRÍTICA À TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Com a finalidade de demonstrar os excessos cometidos pelo STF ao justificar decisões por meio do fenômeno da mutação constitucional, passa-se, inicialmente, a uma breve explanação acerca da adoção do controle de constitucionalidade pelo constituinte brasileiro, assim como da previsão expressa no art. 52, inciso X, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

O texto constitucional brasileiro adota o controle jurisdicional misto de constitucionalidade, o qual é exercido, quanto ao órgão e aos efeitos, pelo controle difuso-concreto e pelo concentrado-abstrato.

O concentrado-abstrato, como o nome explicita, é o controle que se concentra nas mãos de apenas um órgão, o qual aprecia a (in)constitucionalidade da lei em tese, através de instrumentos processuais específicos. No Brasil, tal controle é realizado pelo STF e pelos Tribunais de Justiça estaduais, estes com base nas constituições estaduais, e suas decisões possuem efeitos, em regra, *ex tunc*, *erga omnes* e vinculantes – exceto para o próprio STF e para o Poder Legislativo.

O controle difuso-concreto, por seu turno, pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, em qualquer grau de jurisdição, ao analisar processos judiciais em que as soluções dos litígios envolvam direitos subjetivos (situações concretas). A discussão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma apresenta-se como causa de pedir da lide, sendo suscitada de modo incidental e arguida apenas a título de fundamentação. Nessa espécie de controle, os efeitos da decisão judicial são *ex tunc*, *inter partes* e não vinculantes, ou seja, não são capazes de subordinar decisões de outros órgãos do Poder Judiciário e somente se estendem àqueles que integram a demanda (BULOS, 2011).

Acerca do controle de constitucionalidade misto adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que o art. 52, inciso X, do texto constitucional prevê a possibilidade de o Senado Federal, por meio de resolução, suspender a execução de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais por decisões do STF em controle difuso (BRASIL, 1988). De acordo com a maioria doutrinária, como Uadi Lammêgo Bulos (2011), a resolução elaborada pelo Senado é condição indispensável para atribuir efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculantes (inerentes ao controle concentrado de constitucionalidade) às decisões do Supremo que, *a priori*, apenas teriam efeitos *ex tunc*, *inter partes* e não vinculantes.

Não obstante, embora seja o entendimento majoritário, existe divergência entre os juristas quanto ao caráter (in)dispensável da elaboração de resolução pelo Senado Federal para que as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso possuam os mesmos efeitos das decisões proferidas em controle concentrado.

No julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 82.959/SP, impetrado perante o STF em favor de Oséas de Campos, condenado a 12 anos e 3 meses de reclusão por molestar três crianças entre 6 e 8 anos de idade, analisou-se o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que vedava a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. No julgamento, o Supremo Tribunal, por 6 votos a 5, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo de modo a afastar a proibição da progressão de regime aos réus condenados pela prática de crimes hediondos. A decisão determinou que a possibilidade de progressão de regime, nessas situações, seja analisada pelos juízes da execução penal, considerando o comportamento individual dos apenados, não se podendo, aprioristicamente, afastar a possibilidade de progressão de regime (STF, HC 82.959-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 01-9-2006).

Por ter a decisão se dado em sede de controle difuso, houve considerável aumento das demandas judiciais que possuíam como pedido a progressão de regime em crime hediondo. Todavia, os juízos *a quo*, discordantes, na maioria das vezes, do posicionamento adotado pelo STF, acabavam por não conceder a progressão. Nesse diapasão, em resposta à decisão de um juiz do Estado do Acre que não acatou o entendimento adotado pelo Supremo, a Defensoria Pública ingressou com a Reclamação Constitucional nº 4.335/AC.

Ao julgar a Reclamação, os Ministros do Supremo discutiram se o art. 52, inciso X, da Constituição deveria ser aplicado de forma literal ou se, sendo proferidas em sede de controle difuso ou concentrado, todas as decisões dadas pelo STF possuíam efeitos *erga omnes* e vinculantes, independentemente de resolução do Senado Federal conferindo esses efeitos.

Na oportunidade, o Ministro Relator Gilmar Mendes, com o objetivo de aproximar as espécies de controle de constitucionalidade, defendeu a necessidade de adequar o dispositivo constitucional à realidade social, através de, nas palavras do Relator, "autêntica mutação

constitucional”, acarretando a ressignificação do art. 52, inciso X, da CF/88 no sentido de a resolução do Senado apenas atribuir publicidade às decisões proferidas pelo STF em controle difuso, não sendo necessária, portanto, a edição de resolução para que houvesse a suspensão da execução da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional, uma vez que as decisões proferidas pelo Tribunal, de logo, produziram o citado efeito. Afirmou o Ministro:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretção a partir da Constituição de 1988. [...] Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa* (STF, RLC 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 21-10-2014). (grifo original).

Salienta-se que a divergência acerca da progressão de regime e a repercussão jurídico-social a ela inerente culminaram na criação da Súmula Vinculante nº 26, em que é vedada a proibição à progressão de regime em crimes hediondos ou em crimes a eles equiparados. Assim sendo, quatro dos Ministros (Teori Zavascki, Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello) votaram a favor da Reclamação, mas não pelo fato de o juiz do Acre ter afrontado a decisão do Tribunal no HC 82.859/SP, mas por violação expressa à citada Súmula, o que também enseja o ajuizamento de reclamação (art. 103-A, § 3º, da CF/88).

Inobstante a Ação tenha sido conhecida e julgada procedente, a maioria do Supremo acatou o entendimento de que as decisões da Corte que declaram a inconstitucionalidade das normas em sede de controle difuso apenas teriam efeitos para todos (*erga omnes*) quando o Senado Federal editasse resolução nesse sentido, caso contrário, as decisões produziram efeitos apenas entre as partes (*inter partes*).

Malgrado o entendimento firmado na Resolução, em 29 de novembro de 2017, o STF, no julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, ambas de relatoria da Ministra Rosa Weber, analisando, de forma incidental, a constitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95, que versa sobre a autorização de uso da crisotila (substância considerada cancerígena), passou a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso, atribuindo a seguinte interpretação ao art. 52, inciso X, da CF: quando o STF declara a inconstitucionalidade de uma norma, mesmo em controle difuso, a decisão terá efeito *erga omnes* e vinculante, cabendo ao Senado Federal apenas a comunicação acerca da mesma para que dê publicidade ao que foi decidido.

Diante das ADIs, o Ministro Gilmar Mendes reiterou, em seu voto, a proximidade entre o controle difuso e o concentrado, sobretudo com as disposições do Código de Processo Civil acerca dos institutos da repercussão geral, do incidente de assunção de competência e de

resolução de demandas repetitivas, que, segundo o Ministro, fazem com que a atuação do Senado no controle difuso perca sua efetividade.

Ao revés, em voto minoritário, o Ministro Marco Aurélio acentuou que o art. 52, inciso X, da CF/88 atende ao princípio da separação dos poderes, sendo, portanto, constitutivo e não simplesmente declaratório ao se referir à suspensão da execução da lei em todo o território nacional, acrescentando, ainda, que uma norma constitucional não deve ser interpretada de acordo com o Código de Processo Civil, diploma hierarquicamente inferior (RAMOS, 2018).

Embora as razões para a ressignificação do art. 52, inciso X, da CF/88 se demonstrem sedutoras ao disporem sobre aspectos inerentes à economia, efetividade e celeridade processual, é necessário, analisar os impactos jurídicos trazidos pela abstrativização do controle difuso no âmbito da Suprema Corte brasileira.

Do rol de legitimados para propor ações do controle de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF), previsto no art. 103, incisos I a IX da Carta Magna, observa-se que o constituinte originário também objetivou envolver a sociedade civil organizada na guarda do texto constitucional, encontrando-se, nesse rol, representantes tanto do Estado como da sociedade. Em sede de controle difuso, do mesmo modo, há (ou havia), de forma indireta, a participação popular diante da possibilidade de o Senado Federal, órgão representativo, suspender a execução de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo no julgamento de casos concretos (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007).

Nesse contexto, não se pode olvidar que a dispensa da atuação do Senado retira do povo, na figura de seus representantes eleitos, qualquer possibilidade de chancela no que diz respeito às questões discutidas em controle difuso. Além disso, atenta contra o sistema de direitos e garantias fundamentais, ferindo os princípios da soberania popular, democrático, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, pois os efeitos da decisão atingem aqueles que não tiveram garantido o direito constitucional de participação nos processos em que proferido pronunciamento que os afetará. Streck, Oliveira e Lima aduzem:

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.* (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 78-79) (grifo original)

A abstrativização do controle difuso pode, também, representar supressão de competência do Senado pelo STF, violando o princípio da separação de poderes – que é, inclusive, cláusula pétrea – e, por derradeiro, o sistema de freios e contrapesos que rege e equilibra as relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ressalta-se, ainda, a séria mudança que a ressignificação do art. 52, X, da CF/88 causa nos efeitos das decisões judiciais. Explica-se: Em regra, conforme já aludido, o controle concentrado possui efeitos *ex tunc, erga omnes* e vinculantes, enquanto o difuso, efeitos *ex tunc, inter partes* e não vinculantes. Proferindo o STF, por exemplo, uma decisão em recurso extraordinário (controle difuso) em que é declarada a inconstitucionalidade de uma lei, essa decisão deverá ser remetida ao Senado Federal, o qual irá decidir pela suspensão, ou não, da execução

da citada norma. Havendo a suspensão, a decisão que outrora possuía efeitos *ex tunc* e *inter partes*, passa a possuir efeitos *ex nunc* e *erga omnes*.

Dessarte, enquanto o controle concentrado retira a eficácia da lei ou do ato normativo inconstitucional, tornando-o nulo, a suspensão apenas realiza a revogação da norma, mantendo-a ainda existente no campo da eficácia. É aqui, portanto, que reside a diferença entre os efeitos das decisões realizadas em sede de controle difuso e concentrado. Streck (2004, p. 480-481) ainda refere que:

[...] há que se fazer uma diferença entre o que seja retirada da eficácia da lei, em sede de controle concentrado, e o que significa a suspensão que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. *Suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei*. Caso contrário, não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso. Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei. Pode-se agregar ainda outro argumento: a suspensão da lei somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia. Daí a diferença entre suspensão/revogação e retirada da eficácia. Sem eficácia, a lei fica nula; sendo nula a lei, é como se nunca estivesse existido. Não se olvide a diferença nos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional da Áustria (agora adotada no Brasil), de onde deflui a diferença entre os efeitos *ex tunc* (nulidade) e *ex nunc* (revogação). Dito de outro modo, *quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se nulifica, é esta írrita, nenhuma*. Não fosse assim, bastaria que o Supremo Tribunal mandasse a lei declarada inconstitucional, em sede de controle difuso, ao Senado, para que os efeitos fossem equiparados aos da ação direta de constitucionalidade (que historicamente, seguindo o modelo norte-americano, sempre foram *ex tunc*). Se até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, *a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado*. Repetindo: a valer a tese de que os efeitos da decisão do Senado retroagem, portanto, são *ex tunc*, qual a real modificação que houve com a implantação do controle concentrado, em 1965? (STRECK, 2004, p. 480-481) (grifo original).

Nesse diapasão, fica claro que o art. 52, X, da CF não pode ser tratado de forma inútil. Se o legislador constituinte fez preciosa distinção entre os controles difuso e concentrado, não se pode supor que os efeitos atribuídos a um seja extensivo ao outro de forma automática, sob pena de ser concedida interpretação inconstitucional à Constituição, o que, por consequência, contribui para o enfraquecimento de sua força normativa. Dessa forma, se o STF pretende atribuir efeitos *erga omnes* e vinculantes às suas decisões, deve seguir os passos expressamente previstos no texto constitucional ou, havendo controversa jurídico-social, editar súmula vinculante.

As questões suscitadas demonstram que a aproximação do controle difuso ao concentrado pode motivar a mudança radical do controle de constitucionalidade das normas, o qual, salienta-se, é a forma mais importante de exercício do Poder Judiciário para coibir os excessos dos demais poderes. Além disso, atenta contra a lei e o espírito da Constituição ao confrontar princípios constitucionais e cláusulas pétreas, fato que compromete a estabilidade e a segurança jurídica do Texto Maior e demonstra o ultrapasse aos limites inerentes às possibilidades de reinterpretação do texto constitucional pela via informal.

Pode-se constatar, pelo exemplo narrado, que a suposta mutação constitucional defendida pelo STF por meio da teoria da abstrativização do controle difuso, não possui base em qualquer mudança social consolidada que justifique a alteração interpretativa do dispositivo constitucional, sendo, de certa forma, um meio utilizado pela Colenda Corte para expandir seus poderes de atuação.

Fato é que, na crise política, principalmente evidenciada pela Operação Lava Jato, o Supremo não exerce apenas papel decisório quanto às questões políticas, mas foi transformado em um verdadeiro ator político, com interesse em proferir decisões que obedecem a conveniências políticas-sociais. Ao assumir uma posição enquanto ator político, o STF torna-se previsível e se distancia, cada vez mais, do ideal de justiça instado pela sociedade.

Nesse contexto, a prática da mutação constitucional – que deveria ser exceção – acabou por se transformar em regra, o que tornou possível a ocorrência de mudanças legislativas informais que violam preceitos constitucionais.

Tal situação se torna ainda mais preocupante ao se ter em mente que o STF é o órgão judicial que define limites e possibilidades no âmbito de sua própria esfera de competência, seja para restringir ou para ampliá-la, já que possui a palavra final acerca dos conflitos inerentes à correta (ao menos na teoria) aplicação dos dispositivos constitucionais. Todavia, a partir dessa análise, percebe-se que o Supremo Tribunal utiliza dos meios que lhe são legítimos, principalmente da interpretação e da argumentação constitucional, para expandir seus poderes e suas formas de atuação.

5. CONCLUSÃO

A partir da revisão da literatura clássica realizada e do exame jurisprudencial da aplicação do fenômeno da mutação constitucional pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), denota-se que a Suprema Corte, mesmo incorporando o conceito de um sistema jurídico diverso, destoa das compreensões realizadas pela doutrina clássica, utilizando-se do fenômeno sem quaisquer critérios dogmáticos capazes de justificá-lo.

Ao invocar a ocorrência de uma mutação constitucional, os ministros do STF utilizam do fenômeno para expandir suas competências, como ocorre ao defenderem que a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões proferidas em sede de controle difuso não dependeriam mais de edição de resolução por parte do Senado Federal, já possuindo tais efeitos desde a sua origem.

A modificação do sentido das normas constitucionais pela Suprema Corte, carentes dos critérios clássicos que envolvem as mutações constitucionais, fere os princípios da soberania popular, da democracia e da separação dos poderes, o que impele ao aprimoramento da prática jurisdicional brasileira, de forma que haja rigor científico para utilização do fenômeno da mutação constitucional. Para tanto, deve haver avaliação crítica por parte dos juristas, que, caso a caso, devem observar as futuras denotações conferidas pelos ministros do STF.

A partir da análise doutrinária clássica, verifica-se que a tipologia correta a ser utilizada pelo Supremo é a de que as mutações constitucionais são resultado de processos hermenêuticos de atualização do significado da norma, a partir da ocorrência, consolidada, na alteração dos fatos a ela relacionados, de forma que haja respeito às intenções do constituinte originário no processo de criação da norma constitucional.

Os processos de alteração informal do texto constitucional devem ser utilizados de forma excepcional e complementar que convivem – e não se confundem – com os processos formais de revisão constitucional, haja vista que apenas o processo de revisão não é suficiente para manter a força normativa da Constituição e adequá-la à realidade social que rege. Assim, sugere-se que seja adotada uma postura hermenêutica em que a atualização do texto constitucional se dê sem abandono dos ditames que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

A conciliação entre o exercício democrático e Constituição é um dos maiores desafios contemporâneos. Para que isso aconteça, é imprescindível que a questão seja reconhecida como de importância não apenas para a academia e para magistrados, mas para a população como um todo, de forma que o tema possa ser enfrentado e fomentado, constituindo reflexões acerca das mutações constitucionais e dos limites de atuação do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Grazielle. O preço de se tornar um ator político: A Justiça no centro da crise política. **Le monde diplomatique Brasil**, 2 mar. 2018. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/justica-no-centro-da-crise-politica/>. Acesso em 31. mar. 2021.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flavio Quinaud. Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. **Consultor Jurídico (CONJUR)**, 16 dez. 2017. Diário de Classe. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada>. Acesso em: 4 de dez. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Data da Publicação: 26/7/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 26 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ, Relatora: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, Julgamento: 29/11/2017, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, Data da Publicação: 01/02/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3406&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 30 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470/RJ, Relatora: Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, Julgamento: 29/11/2017, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, Data da Publicação: 01/02/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2287108>. Acesso em: 10 nov. 2020.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.959-7/SP, Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento: 23/02/2006, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, Data da Publicação: 01/09/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 01 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgamento: 20/03/2014, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, Data da Publicação: 21/10/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 01 dez. 2020.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro, 1991.
- KUNZLER, Caroline. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Estudos Sociológicos**, Araranquara, v. 16, p. 123-136, 2004.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Tradução por Javier Torres Nafarrate; et al. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1983.
- MATHIS, Klaus. Consequentialism in law. **Efficiency, Sustainability, and Justice to Future Generations**. Dordrecht: Springer, 2011, p. 3-29.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RAMOS, Fernanda Rocha. A evolução do entendimento do STF a respeito do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade (art. 52, inciso X, da Constituição Federal): análise crítica. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF, 05 mar. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590401&seo=1>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- SACCHETTO, Thiago. As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. **Revista Eletrônica de Direito Público**, Lisboa, v. 2, n. 1, p. 124-140, jan. 2015. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2015000100007. Acesso em: 4 de dez. 2020.
- SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos Santos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Rio Grande do Sul, v. 7 n. 1, p. 80-91, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza**, Fortaleza, v. 15, n. 15, p. 71-102, 2007.
- TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e Política na Teoria dos Sistemas. In: Silva, Artur Stanford; Santos, Gustavo Ferreira. (Org). **Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.
- TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 03/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 06/05/2021
- Avaliação 1: 09/09/2021
- Avaliação 2: 01/04/2022
- Decisão editorial preliminar: 02/04/2022
- Retorno rodada de correções: 14/04/2022
- Decisão editorial/aprovado: 14/04/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

FUNÇÃO LEGISLATIVA E A LEGÍSTICA: A EFETIVIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

LEGISLATIVE FUNCTION AND LEGISPRUDENCE:
THE EFFECTIVENESS OF THE LEGISLATIVE PROCEDURE
AND THE JUDICIALIZATION OF POLITICS

LETÍCIA RIBEIRO¹

BEATRIZ RIBEIRO²

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS³

RESUMO

O tema-problema da pesquisa refere-se à relação entre a função Legislativa e a Judiciária no tocante à judicialização da política no Estado Democrático de Direito. Essas variáveis associam-se na medida em que a relação entre Estado e Sociedade, na democracia moderna, tem sido permeada pelos princípios da separação das funções fundamentais do Estado e da representatividade. Assim, buscou-se testificar a proposta de racionalização do processo legislativo como hipótese para redução da abrangência da judicialização da política. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica, com interdisciplinaridade entre Ciência Política e Direito, adotando-se como marco teórico a Legística. Indica-se, ainda, que a proposta de racionalização do processo legislativo demarca de forma mais eficaz as justificativas de seleção de determinada opção para o impulso legislativo.

Palavras-chave: Função legislativa; Judicialização da política; Estado Democrático de Direito; Legística.

1 Advogada e mestrandia em Instituições Sociais, Direito e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC), graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/7604428071744743>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3635-7303>.

2 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). Estagiária Docente da Revista de Direito Meritum. Integrante do grupo de pesquisa em Direito Processual registrado no CNPQ. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Advogada. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5832-2377>.

3 Professor Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil). Editor Chefe da Revista de Direito Meritum. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale Rio dos Sinos. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessor Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Cidadão Italiano. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

RIBEIRO, Letícia; RIBEIRO, Beatriz; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. Função legislativa e a legística: a efetividade do processo legislativo e a judicialização da política. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 49, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8877>.

ABSTRACT

The research problem concerns the relation between the Legislative function and the judiciary. These variables are related to the extent that the relationship between State and Society, at modern democracy, was built as a relationship based on the principles of separation of functions and representativeness. Thereby, it intends to indicate the rationalization of the legislative process, the proposal presented by the Legisprudence, as a possible way to reduce the scope of the judicial review. Thus, the deductive method will be used through bibliographic research, with interdisciplinarity between Political and Legal Sciences for the implementation of the proposal in study. It is also indicated that the proposed rationalization of the legislative process more effectively demarcates the justifications for selecting a particular option for legislative thrust.

Keywords: Legislative function; Judicial review; Democratic Rule of Law; Legisprudence.

1. INTRODUÇÃO

A problemática da judicialização da política é questão recorrente nos estudos jurídicos e em outras áreas das Ciências Sociais. A revisitação teórica à mencionada questão, assim como, sua problematização não são estudos simples. Nessa perspectiva, a relevância do tema-problema e suas repercussões são extensas, na medida em que se confronta, diretamente, com diversos segmentos da sociedade, bem como com amplos interesses e demandas individuais que são apresentados à atividade jurisdicional.

Nesse sentido, o ponto controvertido da pesquisa consiste na relação entre a função Legislativa e a Judiciária, no que diz respeito à judicialização da política; apontando que a abrangência da última pode estar relacionada a algumas falhas da primeira.

Assim, o presente estudo científico parte das premissas de que a ampliação da judicialização da política relaciona-se à ineficiência da função Legislativa, particularmente, ao processo legislativo e que a testificação constante das teorias que fundamentam o direito é necessária e anterior à formação do conhecimento científico. Objetiva-se, pois, testificar a proposta apresentada pela Legística como uma hipótese para a redução da judicialização da política. Essa proposta mostra-se relevante, na medida em que se centraliza na análise da efetividade do processo legislativo e do impacto da atuação e decisão dos legisladores.

Tendo em vista referido objetivo, inicialmente, foi apresentada a teoria da separação das funções fundamentais do Estado, abordando-se, nesse aspecto, a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política. Posteriormente, foram expostas as características e fundamentos do regime democrático, utilizando-se o método dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica a fim de demonstrar a proposta da Legística, marco teórico da presente pesquisa, seus conceitos e definições correlatas.

A conclusão aponta que a racionalização do processo legislativo, por meio da proposta da Legística, demarca de forma mais eficaz as justificativas de seleção de determinada opção para o impulso legislativo, a relação com a consecução do fim pretendido, bem como os meios para melhor alcançá-la.

2. AS FUNÇÕES FUNDAMENTAIS DO ESTADO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A configuração do Estado Democrático de Direito, diferentemente do Estado de Direito⁴, passou a pressupor não somente a existência de limitação do poder e garantia de direitos fundamentais, mas também o autogoverno popular (BARROSO, 2014, p. 27).

Para tanto, associaram-se as características do constitucionalismo democrático consubstanciada pela supremacia do texto constitucional à observância de uma divisão das funções fundamentais do Estado, a saber: função Legislativa, função Judiciária e a função Administrativa/Governamental.

Essa divisão é, também, designada como um princípio que norteia a própria estrutura do Estado Moderno e, muito embora tenha sido dotada de notória relevância na filosofia política do século XVIII, não se encontravam entre as preocupações dos filósofos questões relacionadas à formação do poder e do direito (URSINS, 2010, p. 51).

A designação funções fundamentais do Estado passou por diversas interpretações que foram influenciando/alterando seu significado. Nesse sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho (1982, p. 106-107), ao tratar das relações e conflitos que decorreram das funções atribuídas aos diversos órgãos estatais no sentido de uma interpretação renovada da fórmula de Montesquieu, enfatiza a existência de uma distinção funcional entre Legislativo, Judiciário e Executivo, e não uma separação entre poderes, posto que o poder que fundamenta o Estado é uno; soberano. Assim, como esclarece o mencionado autor a teoria rígida e inflexível da separação de poderes está em muitos dos intérpretes de Montesquieu; não sendo, esse contorno rigoroso depreendido de sua teoria (BARACHO, 1982, p. 106-107).

Ainda, conforme elucida José Alfredo de Oliveira Baracho (1982, p. 108), as diversas conotações, também, se correlacionam às confusões entre separação de poderes e separação de funções, identificando o autor dentre as origens as interpretações dos constitucionalistas americanos, em 1791, e dos franceses, em 1789, pois Montesquieu não teria empregado referidos termos. Como explica, as dúvidas naquele contexto se concentravam no questionamento acerca da aplicabilidade do princípio da separação dos poderes como um elemento essencial à democracia, não tendo sido explicitado pelo próprio Montesquieu qualquer afirmação de uma separação absoluta dos órgãos responsáveis pelo exercício da função Executiva e Legislativa, mas uma ideia de colaboração entre as funções (BARACHO, 1982, p. 108).

Seguindo a referida perspectiva, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 75), interpretando Carré de Malberg, propõe que seriam três as funções jurídicas essenciais ou fundamentais do Estado, sendo essas a Legislativa, a Governamental ou Administrativa e a Jurisdicional, todas exercidas por órgãos instituídos pela estruturação jurídica constitucional e nos limites das normas que compõem o sistema jurídico.

Dessa forma, partindo do pressuposto de que o exercício do poder impulsionaria o próprio abuso, Montesquieu (2000, p. 166), ao idealizar a separação orgânica das funções funda-

4 Norberto Bobbio (2000a, p. 170-171), ao discorrer sobre o Estado Legislativo de Direito, o analisa sob dois aspectos que se correlacionam reconhecidos, pelo autor, como um governo *sub lege* e *per leges*. A primeira concepção evidencia que todo o exercício do poder nesse modelo estatal encontra-se subordinado ao direito, ao passo que o segundo exterioriza que o exercício do poder deve se operacionalizar por intermédio de leis, em outras palavras, comandos gerais e abstratos.

mentais do Estado, teria objetivado tão somente resguardar a liberdade dos indivíduos. Isso pois considerava-se que a liberdade compreendia o sentimento de segurança do cidadão em relação aos outros e ao Estado (MONTESQUIEU, 2000, p. 166). Nesse contexto, Montesquieu (2000, p. 166) considerava inconciliáveis a liberdade e a centralidade das funções estatais, na medida em que para o autor a liberdade política consubstanciava-se pela discricionariedade de o cidadão agir conforme a lei.

Diante dessas proposições o filósofo identificou a existência de três tipos de funções fundamentais no Estado indispensáveis à contenção do poder⁵, a saber:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre particulares. Chamaremos a este último poder julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Dessa maneira, permite-se conjecturar que Montesquieu (2000, p. 166), ao criar sua teoria, estabeleceu a necessidade de um sistema em que o poder mediante a repartição de atividades/funções não permanecesse reunido em um mesmo órgão ou pessoa sob pena de haver um autocontrole; um abuso.

No mesmo sentido, John Locke (1994, p. 75), ao teorizar a função Legislativa, também, destacava a importância de distingui-la da função Executiva ao argumento de que, caso as funções fossem reunidas no mesmo órgão ou pessoa, as leis poderiam não ser observadas ou, ainda, ajustadas segundo a vontade do titular das funções.

Assim, ao apresentar sua teoria sobre a organização do Estado, referido filósofo atribuiu à função Legislativa, mediante a delegação do povo, o encargo de instituição das leis em caráter genérico as quais seriam submetidos os cidadãos (LOCKE, 1994, p. 74-75).

A organização do poder por meio das funções, segundo a forma acima proposta, posteriormente, foi interpretada e implementada como separação de poderes, apresentando suas projeções associadas à vontade política de superação do modelo absolutista e a injeção do modelo liberal (BERNARDES; LIMA, 2018).

Todavia, muito embora a separação das funções fundamentais do Estado apresente um modelo para a contenção do Poder, é importante destacar que as formas de atuação do Estado passaram por uma modificação, demandando, ao longo do tempo, maior intervenção na realidade social.

É que enquanto no Estado de Direito exigia-se uma proteção ao retorno do absolutismo mediante a previsão legal segundo a qual seria assegurada a adoção do princípio da separação das funções fundamentais do Estado, bem como o direito à liberdade, à igualdade e à propriedade privada, no Estado social atribuiu-se ao poder estatal a sensibilidade para controlar a transformação social dos direitos fundamentais, tendo em vista a insuficiência dos pressu-

5 Na tradução da obra referenciada, traduzida por Cristina Murachco (2000), o termo utilizado foi poder, muito embora, conforme apontado por José Alfredo de Oliveira Baracho (1982, p. 106) referida terminologia não tenha sido empregada por Montesquieu.

postos econômicos e sociológicos, segundo os quais a liberdade comercial e a distribuição de riquezas seriam asseguradas pela igualdade e liberdade jurídicas (HABERMAS, 2020, p. 493).

Com efeito, evidenciou-se a insuficiência do *status* negativo dos direitos subjetivos à consecução da igualdade de distribuição de liberdades e, por conseguinte, exteriorizou-se a necessidade de se reparar as garantias que, até então, encontravam-se associadas à igualdade e à liberdade jurídicas a partir de práticas intervencionistas, por meio das quais instituir-se-ia uma nova categoria de direitos fundamentais (HABERMAS, 2020, p. 508).

Desse modo, a partir da identificação de que a liberdade jurídica seria insuficiente caso a liberdade de fato não possibilitasse a escolha entre as permissões jurídicas de fazer ou deixar de fazer (HABERMAS, 2020, p. 508), incorporou-se a necessidade de compensação das falhas do mercado e a proteção das posições mais frágeis por meio das regulamentações legais com normas de proteção social (HABERMAS, 2020, p. 510).

Com o advento do Estado Democrático de Direito, no entanto, problematizou-se a proposição segundo a qual a comunidade jurídica seria consumidora dos serviços estatais (CARVALHO NETTO, 2004, p. 38).

De conseguinte, institui-se a estruturação de uma matriz teórica cujo direito seria participativo, pluralista e aberto que ao se instituir a partir da isonomia entre produtores e destinatários das normas permite reconhecê-los como coautores da produção do direito (CARVALHO NETTO, 2004, p. 38).

Nesse sentido, muito embora a separação das funções fundamentais do Estado apresente um modelo para a contenção do poder, é importante destacar que as formas de atuação do Estado passaram por uma modificação, evidenciando-se, nos diferentes paradigmas⁶, uma alteração na dimensão política da função Judiciária que modificou sua amplitude conforme o paradigma jurídico vigente (BERNARDES; LIMA, 2018).

Essas modificações quanto à forma de atuação do Estado, bem como a ampliação de suas funções refletem-se no teor dos textos constitucionais que passaram a incorporar elementos políticos, alterando o campo de fluidez entre Política e Direito, bem como os contornos atribuídos à judicialização política.

Nesse sentido, como menciona Luís Roberto Barroso (2009, p. 23), em diferentes partes do mundo em épocas diversas, as cortes constitucionais assumiram papel de destaque no tocante às decisões políticas em diversos temas, sendo observado, portanto, uma sobreposição da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária. Essa tendência de ampliação da atuação da função Judiciária é sintetizada pelo termo judicialização da vida que, como explica o autor, significa que questões de repercussão política ou social não seriam mais decididas nas instâncias políticas tradicionais, mas por órgãos da função Judiciária (BARROSO, 2009, p. 24).

Acerca da instituição da dita judicialização, no Brasil, o citado autor identifica como primeira explicação a redemocratização do país que teve como ponto central a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) que teria fortalecido e expandido a função Judiciária, propiciando o ajuizamento de demandas judiciais em razão

6 A análise paradigmática do direito objetiva evidenciar que há, conforme proposto por Habermas (2020, p. 491), pressupostos de fundo que de forma implícita influenciam a interpretação das proposições normativas e que, conforme acrescenta André Cordeiro Leal (2008, p. 23), não são problematizados.

do exercício da cidadania face à disponibilidade de informação e consciência de direitos por diversos segmentos da população. Como uma segunda, o fenômeno da constitucionalização abrangente que pode ser entendido como o tratamento atribuído pelo texto constitucional às várias matérias que, anteriormente, eram abordadas pelo processo político e, por último, a instituição de um sistema de controle de constitucionalidade abrangente no direito brasileiro (BARROSO, 2009, p. 23).

Ao discorrer sobre a judicialização da política, Ran Hirschl (2009, p. 142), por sua vez, identifica no termo a existência de três facetas interrelacionadas. Reconhece na primeira, da mesma forma que Luís Roberto Barroso (2009, p. 23), a disseminação de processos jurídicos na esfera política, exemplificando que, na sociedade moderna, praticamente todos os aspectos da vida encontram-se regulamentados pelo direito. A segunda, na definição de políticas públicas pelos tribunais e a terceira, na atribuição às cortes para decidir controvérsias que envolvem comunidades inteiras (HIRSCHL, 2009, p. 142).

A respeito da transição das matérias tratadas pela função Legislativa para as cortes constitucionais, Ran Hirschl (2009, p. 147) explica, que as questões afetas à legitimidade de um regime político, à identidade coletiva de uma nação, ou ao enfrentamento de problemas do passado dizem respeito a questões de cunho político, e não propriamente jurídicos e deveriam, portanto, serem decididos pela população, por meio de seus representantes eleitos.

Nesse contexto, para o autor a judicialização desses tipos de questões poderiam, inclusive, tornar questionável o controle judicial de constitucionalidade, diante da incerteza sobre a compatibilidade das decisões proferidas pelos tribunais para a solução de dilemas puramente políticos e sua adequabilidade ao direito democrático (HIRSCHL, 2009, p. 147).

Nesse sentido, a partir dos ensinamentos do autor exterioriza-se que a transição dos sentidos atribuídos à política, que se ampliaram com o decurso do tempo, choca-se com a legitimidade da decisão proferida pela função Judiciária em relação aos temas primordialmente políticos e morais.

Assim, a judicialização da política relaciona-se às demandas políticas que os diferentes paradigmas apresentaram; o que, não raras vezes foi absorvido e distribuído de maneira inadequada entre as funções fundamentais do Estado.

Tendo em vista o objetivo da pesquisa e a fim de testificar a hipótese conjecturada cumpre apresentar os fundamentos e características do regime democrático para correlacioná-los à função Legislativa de instituição do direito.

3. CARACTERÍSTICAS DO REGIME DEMOCRÁTICO E FUNÇÃO LEGISLATIVA

A democracia enquanto forma de governo é antiga e daí decorre a dificuldade de apresentar um conceito único. A democracia enquanto uma forma antiga de governo, nesse sentido, teria sido transmitida por meio do pensamento político grego, enquanto um dos tipos de governo, definido como governo dos muitos, dos mais, da maioria (BOBBIO, 2000b, p. 31).

Isso porque, conforme elucida Robert Dahl (2012, p. 3), a democracia se desenvolveu ao longo de muitos milhares de anos e se origina de várias fontes. Estas fontes podem ser identificadas como oriunda três teorias: teoria clássica ou aristotélica, tradição medieval e a teoria Moderna.

A teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, explica a democracia como governo do povo, de todos os cidadãos, se distinguindo da monarquia, governo de um só, e da aristocracia, governo de poucos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 320).

Segundo Norberto Bobbio (1997, p. 55-57), a teoria clássica das formas de governo foi exposta por Aristóteles e voltava-se à exposição de uma classificação das formas de governo, a origem do Estado, mudanças das formas e organização de governo, além de uma crítica aos modelos anteriores, particularmente ao modelo de Platão. A tipologia desenvolvida pelo filósofo grego tinha como critérios quem governa e como governa, distinguindo-se, portanto, as formas de governo hierarquicamente em seis: monarquia, aristocracia, *politia*, democracia, oligarquia e tirania (BOBBIO, 1997, p. 55-57).

A tradição romano-medieval, por sua vez, pautava-se na teoria da soberania popular a partir de algumas passagens do Digesto (principalmente de Ulpiano e Juliano) segundo a qual a autoridade do príncipe teria sido dada pelo povo. Assim, a tradição romana inaugurou na teoria democrática a concepção de que a fonte originária do poder soberano seria sempre do povo e teria, por conseguinte, apresentado a distinção entre a titularidade e o exercício desse poder (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 320). Em específico, acerca do exercício do poder soberano, as discussões romanas concentravam-se sobre a transferência da titularidade; discutia-se se esta deveria se dar de forma definitiva, ou seja, transferindo-se tanto o exercício como a titularidade, ou se apenas se tratava de uma concessão temporária e revogável, permanecendo a titularidade no povo, confiando-se ao príncipe apenas o exercício (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 320).

Já a tradição republicana moderna tem sua origem identificada na obra de Maquiavel e se concentra nas reflexões acerca da república enquanto forma de Estado. Assim, muito embora a diferença entre democracia e república se sobreponham e se confundam, é possível que a forma republicana coexista com um governo não democrático (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 323).

Sobre a discussão acerca do conceito de democracia, há que se mencionar que as diversas tipologias dadas aos regimes democráticos variam de acordo com o critério de classificação adotado.

Assim, levando-se em conta o critério jurídico-institucional, tem-se um regime presidencial ou parlamentar, concentrando-se a diferença na relação entre as funções Legislativa e Executiva (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 328). Ao se considerar o critério partidário, tem-se uma subdivisão em relação ao número de partidos. A distinção entre os regimes se dá entre sistemas bipartidários e multipartidários e com relação aos polos de atração – regimes bipolares ou multipolares –, a depender da relação entre governo e oposição (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 328).

Assinala-se que referidas tipologias dizem respeito a uma noção comportamental da democracia, podendo, nesse aspecto, diferenciar-se, ainda, democracia formal e democracia

substancial, sendo entendida como formal aquela forma de democracia caracterizada pelos chamados comportamentos universais por meio dos quais podem ser tomadas decisões de conteúdo diverso (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998. p. 328). Já a substancial é, assim, denominada por referir-se a conteúdos inspirados no igualitarismo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998. p. 328). Por meio dessa distinção depreende-se que a noção de um governo democrático envolve não apenas os procedimentos pelos quais são tomadas as decisões em uma sociedade institucionalmente organizada, mas também pela definição dos conteúdos dessas decisões; sendo, que um sentido não necessariamente engloba o outro:

[...] Para não nos perdermos em discussões inconcludentes é necessário reconhecer que nas duas expressões 'Democracia formal' e 'Democracia substancial', o termo Democracia tem dois significados nitidamente distintos. A primeira indica um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento acima descritas independentemente da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para os alcançar (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998. p. 329).

Apesar da ampla divulgação das noções de democracia formal e substancial tanto na ciência política quanto na doutrina jurídica a definição do significado de democracia é tarefa difícil. Nesse contexto, segundo David Held (1987, p. 1), a história da ideia de democracia além de ser complexa é marcada por concepções conflitantes, havendo inúmeras discordâncias.

Conforme esclarece Robert Dahl (2012, p. 3), isso se deve ao fato de que a democracia se desenvolveu ao longo de muitos milhares de anos e se origina de várias fontes; além disso os problemas que decorrem das teorias democráticas são numerosos e podem aparentar não ter solução.

Ainda de acordo com o referido cientista político, a democracia enquanto uma entidade do mundo real pode ser percebida como um conjunto distinto de instituições e práticas políticas, um corpo particular de direitos, uma ordem socioeconômica, um sistema que garante certos resultados vantajosos ou um processo sem igual para a tomada de decisões coletivas e vinculativas (DAHL, 2012, p. 7-8).

Isso porque, para Dahl (1997, p. 25), uma característica essencial da democracia seria a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos. E essa responsividade, como explica o autor, estaria relacionada às oportunidades dos cidadãos de formularem, expressarem suas preferências e de terem-nas consideradas pelo governo (DAHL, 1997, p. 26).

As confusões se devem, ainda, ao fato de que o termo democracia pode ser utilizado para designação de um ideal ou de regimes de governo e, também, para definir se determinada forma de governo adotada é ou não democrática.

Conforme recorda André Del Negri (2008, p. 76), a definição da democracia é muitas vezes relacionada à retórica governo do povo, pelo povo e para o povo. Contudo, conforme se propõe, o conceito de democracia é muito mais amplo, não podendo ser resumido, pela conexão democracia-voto-cidadania (DEL NEGRI, 2008, p. 77).

Diante das peculiaridades do processo legislativo, as quais em razão do objetivo da pesquisa não serão aqui abordadas, mencionar-se-á a proposta da Legística enquanto ciência que propõe a racionalização do processo de produção das leis.

4. A LEGÍSTICA E A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

A estrutura de um regime de governo democrático, conforme apresentado no decorrer do presente artigo científico, se conecta à separação das funções fundamentais. Assim, a função Legislativa, em seu aspecto funcional, atividade legislativa, compreende a formação do ordenamento jurídico responsável por regulamentar os comportamentos da sociedade.

Dessa forma, demarcado o sentido da função Legislativa, tem-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 44 determinou que essa função seria exercida pelo Congresso Nacional, segundo o a seguir disposto: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (BRASIL, 1988).

Assim, tem-se que, no direito brasileiro, o processo legislativo, no âmbito federal, realiza-se pelo Congresso Nacional, que por sua vez é composto pela Câmara dos Deputados, representantes do povo, e do Senado Federal, representantes dos Estados da Federação, que desenvolve a atividade de produção das leis.

É a partir desse aspecto que se extrai a importância da proposta apresentada pela Legística enquanto ciência voltada ao estudo da produção das leis tendo em vista sua legitimidade, efetividade e eficiência (PRETE, 2019, p.40).

Dessa maneira, enquanto ciência, a Legística propõe-se a estudar as condições e as técnicas voltadas à produção das leis a fim de imprimir-lhes qualidade, conforme afirma Fabiana de Menezes Soares (2019, p. 10), teoriza-se, por conseguinte, uma metodologia, um conjunto de técnicas e procedimentos desenvolvida a partir de teorias filosófico-teoréticas para conferir inteligibilidade, racionalidade e adequabilidade prática e linguística ao processo legislativo, visando a qualidade normativa.

Ao estudar a produção das leis, a Legística busca demonstrar a importância de se incorporar técnicas a fim de racionalizar a forma e o ritmo do processo legislativo, bem como as consequências desencadeadas pela inflação legislativa, ou seja, a intensa multiplicação normativa (SOARES, 2019, p. 10).

Nesse contexto, para a Legística “a efetividade da lei é a extensão da correspondência entre o comando normativo e o comportamento de seus destinatários [...] A eficiência é compreendida a partir dos custos e benefícios da ação legislativa” (MADER, 2001, p. 119, tradução livre).⁷

No que diz respeito à legitimidade, a Legística ao analisá-la propõe a retomada da liberdade como direito legitimador do Estado, expondo uma análise crítica em relação ao legalismo e o exercício da racionalidade jurídica clássica (KAITEL; PRETE, 2019, p. 75).

A fim de concretizar tal objetivo a Legística, ao voltar sua análise para a eficiência das normas, demonstra que a ausência, bem como o excesso de regulamentação contribuem para o baixo nível de eficácia do ordenamento jurídico (KAITEL; PRETE, 2019, p.88). Isso porque o Estado, ao regulamentar determinada relação, contribui para a burocratização e homogeneização da vida social e econômica (KAITEL; PRETE, 2019, p. 59-60).

7 Texto original: “*Legisprudence aims at furthering the theoretical understanding well as the technical handling of the legislation; it combines elements of the Science, art, and cratsmanship; it concerns both the content of legislation and its form.*”

Dessa forma, demonstrar-se-á como hipótese de pesquisa, inicialmente, demarcada que os estudos da Legística evidenciam a interferência desencadeada pela qualidade do ordenamento jurídico sobre a sociedade, a economia, as funções desempenhadas pelo Estado, notadamente, a função Jurisdicional.

Tal relação verifica-se, conforme será indicado, diante da inteligibilidade do sistema normativo e das dificuldades em promover a efetividade e eficiência social das normas (PRETE, 2019, p.17).

A fim de evidenciar as referidas problemáticas, a Legística é dotada de duas dimensões, quais sejam, a formal e material. A formal refere-se à inteligibilidade do ordenamento jurídico, isto é, a possibilidade dos destinatários das normas as conhecerem (KAITEL; PRETE, 2019, p. 17). Em outras palavras, compreende a qualidade das normas no que diz respeito a sua clareza, coesão, coerência e publicidade (PRETE, 2019, p. 17).

Essa dimensão da ciência da produção das normas tem, portanto, influência na compreensão do teor do ordenamento jurídico.

Sobre a relação da inflação legislativa e a dimensão formal, Esther Kümlkamp Eyng Prete (2019, p. 17-18) ressalta a limitação imposta pela hiperregulamentação à compreensão das normas vigentes e, por conseguinte, sua efetividade, diante dos problemas de interpretação e aplicação decorrentes da má qualidade da redação das normas.

Em complemento, nesse sentido, extrai-se das lições de Fabiana de Menezes Soares que o excesso de normas gera “[...] antinomias reais, não sanáveis pelos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade.” (SOARES, 2007, p. 127).

Dessa maneira, conclui-se que a inflação legislativa contribui, a partir dessa perspectiva, para insegurança jurídica tendo em vista a dificuldade em se compreender qual norma regulamenta determinada relação jurídica, reclamando, reiteradamente, a manifestação da função Judiciária em relação à vigência e constitucionalidade do ordenamento jurídico.

Somado aos problemas acima apresentados, o excesso de normas induz à homogeneização da vida social e à burocratização das relações jurídicas, proporcionando impactos diretamente a própria organização estatal (PRETE, 2019, p. 18-19).

Isso porque, conforme explica Esther Kümlkamp Eyng Prete (2019, p. 21), a proliferação legislativa desordenada cria uma conflituosa sobreposição de microsistemas normativos e administrativos, desencadeando, por conseguinte, uma sobreposição de responsabilidades entre distintos órgãos da administração pública.

A Legística formal possibilita, ainda, o estudo acerca do melhor instrumento normativo a ser utilizado para regulamentar determinada matéria tendo em vista a hierarquização existente no ordenamento jurídico, bem como a maneira pela qual a regulamentação será materializada, envolvendo a análise acerca da pertinência da utilização de expressões de conteúdo aberto no texto normativo somada a sua taxatividade (PRETE, 2019, p.46-47).

Nesse sentido, segundo Luizius Mader (2007), a Legística formal perpassa pela definição clara da matéria normativa, isto é, sobre o contexto legislativo, o nível normativo e forma apropriada do ato, a densidade normativa adequada, a estruturação da matéria normativa, assim como, a fixação sistemática do ato (MADER, 2007, p. 202-203).

A definição clara da matéria normativa seria decorrência da mesma definição da noção da norma de direito, sendo indicado pelo autor que nesse momento, sejam resumidos os elementos-chave da matéria normativa sob a forma de textos (MADER, 2007, p. 202-203).

Já a reflexão quanto ao contexto legislativo o autor menciona que há que se considerar os atos legislativos de mesmo nível normativo ou, ainda, superior, bem como a evolução do contexto legislativo preexistentes (MADER, 2007, p. 202-203).

Sobre o nível normativo apropriado, o autor pontua que se deve observar o previsto pelo artigo 164 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) a fim de identificar o meio legal adequado e quanto à forma apropriada, o artigo 163 do texto constitucional (MADER, 2007, p. 202-203).

Acerca da densidade normativa adequada, Luizius Mader (2007, p. 202-203) destaca a possibilidade do caráter detalhado ou aberto das normas, a utilização de noções e definições jurídicas indeterminadas, de enumerações exaustivas ou exemplificativas.

Em relação à estruturação da matéria normativa, cita sobre a elaboração de um plano geral ou de um conceito de ato em função de critérios lógicos, cronológicos ou materiais e sobre a fixação da sistemática do ato, ter-se-ia a observância quanto às normas sobre a técnica legislativa (MADER, 2007, p. 202-203).

A partir da definição do objeto de estudo da Legística formal, portanto, depreende-se que essa ciência propõe uma análise metodológica acerca da conveniência em se regulamentar, ou não, determinado comportamento social, bem como, uma vez iniciado o processo legislativo, da observância a uma sistematização a fim de assegurar a qualidade da norma produzida.

A dimensão material, por sua vez, é voltada para o conteúdo da norma, tendo como objetivo a análise do impacto que pode ser produzido a partir do teor do texto normativo.

Dessa maneira, conforme demonstra Fabiana de Menezes Soares (2007, p. 125-126), a Legística material apresenta seu campo de estudo voltado ao exame das justificativas que desencadeiam o processo legislativo (processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação) somada à análise do teor da norma a fim de que essa possa alcançar os resultados por ela pretendidos, os quais também precisam ser definidos – o que reforçaria a efetividade da legislação.

Isso, conforme explica a mencionada autora, se torna possível por meio de uma atuação técnica no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova normatização, por meio de projeções baseadas na avaliação do impacto da legislação proposta sobre o sistema jurídico, bem como, de *check lists*, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes, dentre outras ferramentas que possibilitariam a realização de diagnósticos e prognósticos, além, da verificação dos objetivos motivadores do projeto e dos resultados a serem obtidos a partir da sua vigência (SOARES, 2007, p. 125-16).

Nesse sentido, segundo Jean-Daniel Delley (2004, p. 101), o objetivo da Legística material seria, portanto, a proposição de um procedimento metódico que visa refletir sobre o processo de implementação da nova legislação.

Ao considerar que a produção normativa precisa ser avaliada, a Legística material apresenta, dessa forma, procedimentos a serem seguidos a fim de melhor investigar as justificati-

vas de um projeto de lei, da definição dos objetivos que pretendem ser alcançados, bem como da avaliação quanto aos resultados concretizados.

Diante desse contexto, a fim de promover uma avaliação acerca da produção legislativa a dimensão material investiga a “[...] exposição da situação, leis existentes, soluções possíveis, as vantagens e inconvenientes de cada uma das possíveis soluções, implicações financeiras, relações intergovernamentais, consulta entre os ministérios envolvidos e consulta e informação aos interessados, grupos e população atendida.” (SOARES, 2007, p. 126).

Isso porque pressupõe-se que a produção de normas parte da existência de um problema. Esse, por sua vez, compreende o descompasso entre a realidade fática e a desejada em decorrência de determinados fatores.

O que não pode ser olvidado é que não há uma via de salvação a ser encontrada, ou imediatamente descoberta; ao contrário, para que a atividade normativa consiga minorar o sofrimento humano é indispensável que a pesquisa científica, no âmbito do direito, volte-se ao pensar, conjecturar e a teorizar, pesquisando os fundamentos teóricos de sua instituição, modificação, aplicação e extinção (LEAL, 2013, p. 2-3).

Nesse sentido, o que se identifica, a partir da proposta da Legística, é que o impulso legislativo precisa compreender o problema e suas características a fim de que, uma vez reconhecida a necessidade de legislar, os fins e os meios sejam adequados à intervenção legislativa (DELLEY, 2004, p.103).

Essa definição do problema, para a Legística, deve perpassar por um procedimento em que sejam avaliados os possíveis efeitos a serem produzidos de acordo com cada proposta legislativa a partir de recolhimento de dados que permita compreender a(s) causas(s) que o originou, os sujeitos envolvidos e por ele afetados (DELLEY, 2004, p. 103).

Assim, conforme ponderado por Luzius Mader (2007, p. 50), ao propor uma análise do impacto legislativo, o que se está a considerar é que, muito embora a complexidade da realidade social dificulte que as previsões sejam dotadas de certezas aproximando-as de noções de probabilidade e previsibilidade, seria possível a mitigação dos impactos previsíveis.

Seguindo essa perspectiva, a indagação quanto ao impulso legiferante pode partir de questionamentos sobre o problema a ser teorizado; como, por exemplo: a quem atribuí-lo, em que condições e quais são suas causas; qual seu lapso temporal; qual a evolução (ciclo, regularidade ou agravamento); quem são os afetados e de que forma (direta ou indiretamente); o que ocorre no caso de omissão dos atores e setores envolvidos (DELLEY, 2004, p. 110).

Em complemento, Luzius Mader (2007, p. 50) afirma que o procedimento de avaliação do impacto legislativo é dotado de caráter metódico ao se basear num raciocínio capaz de ser compreendido e repetido, na medida em que indica os fundamentos das declarações sobre os efeitos e se baseia em uma abordagem sistemática que objetiva apreender de forma completa e aprofundada todos os efeitos pertinentes a fim de se alcançar constatações objetivas.

Acerca desse procedimento metódico para definição do fim e dos objetivos a serem alcançados pela lei, Jean-Daniel Delley (2004, p. 123) afirma ser indispensável a hierarquização dos fins operacionais, conduzindo-os de um nível dotado de abstração à precisão, seguindo o procedimento a seguir exposto:

Construir um sistema de fins e objetivos é, a partir da intenção manifesta, estabelecer uma hierarquia, ordenar os níveis que vão do mais abstrato ao mais concreto, colocando-se a dupla questão do “por quê” e do “como”. Esse duplo caminho vertical (para cima e para baixo) permite: 1) reatar o(s) fim(ns) inicialmente manifestos aos fins mais abstratos e inserir, assim, a intervenção demandada no quadro mais geral da ação estatal; 2) inventariar os fins e objetivos de mesmo nível que não são sempre inteiramente compatíveis e harmonizá-los mediante sua ponderação; 3) atualizar toda uma série de medidas concretas capazes de operacionalizar o fim inicial e construir o estoque de instrumentos com que se possa traçar uma estratégia de ação. (DELLEY, 2004, p. 123).

Uma vez definidos os efeitos pretendidos pela norma, deve-se, portanto, buscar os meios suscetíveis de produzi-los. Para tanto, é importante destacar que as formas de atuação do Estado, conforme já demonstrado no segundo capítulo, passaram por uma modificação, demandando, ao longo do tempo, maior intervenção na realidade social.

Definido o fim da norma, o(s) objetivos(s) que se pretende(m) alcançar e vislumbrado os meios disponíveis para realizá-lo(s) a Legística material propõe, ainda, uma avaliação prospectiva e retrospectiva a fim de precisar da melhor maneira possível os efeitos da intervenção legislativa (PRETE, 2019, p.47).

A avaliação prospectiva, também denominada avaliação *ex ante*, propõe uma análise acerca dos efeitos a serem produzidos de acordo com a utilização dos instrumentos disponíveis para a concretização do fim almejado pela norma (PRETE, 2019, p.47).

João Caupers (2003, p. 41-42), nesse sentido, afirma que a avaliação prospectiva objetiva, em síntese, averiguar as consequências que a lei desencadeará mediante a reunião do máximo possível de informações. Nesse contexto, o autor apresenta três problemas que devem ser observados nessa avaliação; o primeiro diz respeito à determinação das condições adequadas, necessárias ou convenientes à produção dos efeitos desejados com a vigência da lei; o segundo refere-se à antecipação do comportamento dos destinatários da lei e o terceiro sobre uma análise de custo-benefício (CAUPERS, 2003, p. 41-42).

Em complemento, Jean Daniel Delley (2004, p. 39) elenca como um dos critérios a serem observados quando da escolha das medidas disponíveis a adequação das medidas aos objetos visados.

Uma vez apresentados os critérios a serem considerados a fim de escolher a medida disponível mais viável, o supramencionado autor destaca o direito comparado como um importante fator a ser observado em sede da avaliação prospectiva, bem como a utilização da legislação experimental como uma forma de teste legislativo (DELLEY, 2004, p. 37).

A avaliação retrospectiva, também denominada avaliação *ex post*, por seu turno, volta-se ao estudo dos efeitos da norma após sua implementação (MADER, 2001).

Essa análise, se realizada de forma minuciosa, proporciona “[...] informações precisas quanto à eficácia e à oportunidade dos atos normativos, revelando as lacunas e outras insuficiências e permitindo a revisão determinar que ação pode ser levada a cabo.” (RELATÓRIO MANDELKERN, 2000, p.31).

O que se depreende a partir da proposta da Legística, portanto, é que o direito enquanto uma ciência que se institui a partir das leis deve ser conjecturado em seu nível instituinte a fim de que as produções legislativas possam ser teorizadas.

Assim, demonstradas as dimensões formal e material da ciência voltada à produção das leis, bem como sua relação de interdependência, pretende-se demonstrar sua correlação à análise da problemática atinente à tomada de decisão política no âmbito das funções Legislativa e Judiciária.

5. UMA COMPARAÇÃO ENTRE A TOMADA DE DECISÃO POLÍTICA NAS FUNÇÕES LEGISLATIVA E JUDICIÁRIA

A função Legislativa, conforme demonstrado no segundo capítulo, foi pensada pelos filósofos políticos do século XVIII a partir do ideal de representação. Com efeito, uma vez eleito passou-se a pressupor que o legislador é dotado de racionalidade para promover as melhores escolhas para as demandas da sociedade (WINTGENS, 2013, p. 14-15).

Em que pese esta presunção, existem limitações materiais e abstratas que se distinguem do ideal pressuposto. É que “[...] a racionalidade dos tomadores de decisão deve ser considerada limitada, justamente por não deterem tempo suficiente, as habilidades necessárias e recursos ilimitados, o que leva a uma incompleta visão sobre o todo.” (SOARES, 2019, p. 101).

Nesse contexto, Waldron (2010) e Wintgens (2013) propõem uma nova compreensão acerca das vantagens das decisões políticas tomadas pelas funções Legislativa e pela Judiciária.

Primeiramente, destaca-se que, em um regime democrático, há preferência em relação às decisões adotadas pela função Legislativa tendo em vista que a eleição de seus membros se dá através de um amplo processo decisório por meio de escrutínio direto e periódico, possibilitando que segmentos mais diversos da sociedade sejam representados.⁸

A preferência pelas decisões adotadas pelo Legislativo relaciona-se, também, ao grau de transparência de que tal função é dotada.

Nesse contexto, a respeito da preferência pelas decisões tomadas pela função Legislativo, Jeremy Waldron (2010, p. 94) destaca a incompatibilidade entre a prevalência das decisões adotadas pela função jurisdicional – também referida como dificuldade contra majoritária – e a sociedade democrática face à associação da supremacia legislativa ao autogoverno popular.

As decisões judiciais, por sua vez, perpassam por outro processo, sendo proveniente de decisões singulares ou colegiadas. Ocorre que a composição das cortes não é dotada dos diversos segmentos sociais, ao contrário do legislativo, órgão cuja composição fundamenta-se na pluralidade de interesses.

8 Não se pretende no presente trabalho resumir a democracia ao voto e a decisão da maioria, posto que o voto diz respeito a um dos elementos da democracia e existem outras garantias constitucionais correlacionadas aos direitos políticos.

Ademais, no caso brasileiro, em específico, estudos demonstram que existe uma tendência a perpetuação de determinadas famílias no exercício da função jurisdicional.⁹

Não fosse isso pesquisas, também, apontam que nos órgãos colegiados brasileiros a decisão do relator tende a prevalecer, o que contribui para o questionamento da legitimidade democrática dessas decisões, na medida em que se associam à preconização da figura de um decisor (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018).

Somado a esses fatores destaca-se a ausência de critérios definidores acerca da pauta de julgamento das cortes colegiadas que seguem a conveniência e oportunidade do relator e do presidente do Supremo Tribunal Federal para definição dos temas a serem pautados para julgamento, demonstrando pouca transparência nessa função estatal quanto a esse ponto em específico:

Os poderes de agenda estão fragmentados e distribuídos em níveis individuais distintos. Um caso só pode ser de fato julgado por uma das turmas ou levado para o plenário para decisão após o relator ter liberado o caso para julgamento e o presidente do tribunal ter incluído o caso em pauta; dentre esses dois mecanismos, o primeiro expressa um poder individual descentralizado e o segundo expressa um poder individual centralizado na figura institucional do presidente. Contudo, mesmo após esses dois mecanismos convergirem para iniciar um julgamento, cada ministro do Supremo tem, na prática, um poder de veto sobre a agenda, que pode ser acionado a qualquer momento após o voto do relator: os pedidos de vista (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p.18)

A esse respeito Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro (2018), em estudo realizado acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal, apontam a problemática da organização institucional individualizada dessa corte para o processo democrático:

Os poderes de agenda, decisão e sinalização podem ser alocados de maneiras coletivas, individuais centralizadas e individuais descentralizadas. Alocações coletivas colocam uma votação majoritária de algum tipo como condição necessária e suficiente para a deflagrar um dos poderes mencionados acima. Alocações individuais, em contraste, dependem da ação de um único ministro. Quando essa ação está restrita a um ministro em uma posição institucional específica, falamos em uma ação individual *centralizada*. Essa centralização ocorre em torno de funções que apenas um ministro pode ocupar dentro do tribunal de cada vez—por exemplo, decano ou presidente do tribunal ou de uma das turmas. Por outro lado, quando esse poder pode, em princípio, ser exercido por qualquer ministro, falamos em alocação individual *descentralizada*. São descentralizados os poderes disponíveis, em princípio, aos ministros pela simples condição de ministros, ainda que, em processos específicos, o exercício desse poder seja exclusivo de um ministro (como é o caso dos poderes do relator do processo). Essas variações internas podem produzir diferentes efeitos externos. Em trabalho anterior, analisamos algumas situações nas quais, no caso do Supremo, um único ministro pode atuar “carregando” e antecipando, com efeitos imediatos, a autoridade da decisão futura do tribunal. Assim como há variação nos poderes disponíveis aos colegiados do STF dependendo do tipo de questão a ser judicializada (p. ex., quem tem legitimidade ativa para provocar a jurisdição do tribunal ou quais os efeitos da decisão do tribunal ao final do processo), **é possível que certos poderes sejam alocados de formas diferentes dependendo do tema e/ou do tipo**

9 A esse respeito, cf.: “A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil” (ALMEIDA, 2010) e “Estado, classe dominante e parentesco no Paraná” (OLIVEIRA, 2015).

de processo. Para além do processo decisório interno do tribunal, a complexidade desses arranjos cria oportunidades para uma ação individual sobre a política. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 19, grifos nosso)

Diante desse cenário, a proposta da Legística, na medida em que apresenta o emprego de métodos no desenvolvimento do processo legislativo, busca delimitar o âmbito de atuação da função Judiciária, tendo em vista que propõe um processo decisório legislativo incorporado por dados, pesquisas, informações, bem como a possibilidade de participação de diversos setores sociais.

6. CONCLUSÃO

Diante da questão abordada, função Legislativa e a judicialização da política, pretendeu-se analisar a proposta da Legística como uma possível forma para redução da abrangência da judicialização da política, partindo-se do pressuposto segundo o qual a racionalização do processo legislativo poderia implicar em um processo decisório mais eficiente.

Isso porque a Legística, enquanto ciência voltada a produção das leis, propõe métodos e técnicas a serem observados no processo legislativo a fim de que se possa promover a teorização dos problemas que desencadearam a produção normativa.

Assim, a partir da revisitação teórica à judicialização da política, o que se evidenciou com a pesquisa formalizada foi o indicativo segundo o qual a racionalização do processo legislativo, por meio da proposta da Legística, demarca de forma mais eficaz as justificativas de seleção de determinada opção para o impulso legislativo, a relação com a consecução do fim pretendido, bem como os meios para melhor alcançá-la.

Dessa forma, a proposta do presente estudo científico conjectura que no direito democrático o âmbito de instituição da normatização e das opções políticas da comunidade jurídica situa-se no âmbito da função Legislativa que por meio dos representantes exerce a legitimidade decisória para a criação, modificação e extinção do direito.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada**: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocacia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos CEBRAP**, vol. 37, n. 1, p. 13-32, jan.-abr. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800010003>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação de poderes e funções do Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 19, n. 76, p. 97-124, out.-dez., 1982. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181410>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium- Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v.5, n.8, p. 11-22, jan.-dez. 2009.

- BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélio del (Coords.). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: UFV, p. 27-61, 2014.
- BERNARDES, Bruno Paiva; LIMA, Eduardo Martins de. O poder político do judiciário: uma análise histórica, jurídica, política e sociológica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. **Prim@ Facie**. João Pessoa, v.17. n. 34, p.01-29, jul., 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/38397>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Trad. Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1997.
- BOBBIO, Norberto. Governo dos homens ou governo das leis? In: BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000a.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000b.
- BOBBIO, Norberto; GIANFRANCO, Pasquino; MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, Varriale et al. (Coord). Trad. João Ferreria. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.
- CARVALHO NETTO, Melenik. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (Org). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. p. 25-44. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da legislação. In: **Legislação**: Cadernos da Ciência Legislação, n. 35, p. 5-58, out.-dez., 2003.
- DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- DAHL, Robert A. **Poliarquia: participação e oposição**. Trad. Fernando Limongi e Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.
- DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei: Introdução a um procedimento metódico. **Caderno Escola Legislativa**. Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun., 2004.
- DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Editora UNESP, 2020.
- HELD, David. **Modelos de democracia**. Trad. Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Trad. Diego Werneck Arguelles e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio-ago. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/retrieve/105666/Ran%20Hirschl.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021.
- KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Küllamp Eyng. Bases Teóricas da Legística: a Legisprudência. In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Küllamp Eyng (orgs). **Estudos em Legística**. Florianópolis: Tribo Ilha, 2019.
- LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. **Statute Law Review**, v. 22, n. 2. p. 119-131, 2001. Disponível em: <https://doc.rero.ch/record/292382/files/220119.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

MADER, Luzius. Legística: história e objeto, fronteiras e perspectivas. *In: Congresso Internacional de Legística: qualidade da lei e desenvolvimento*. Belo Horizonte, p. 43-54, 2007.

MADER, Luzius. Legislação e Jurisprudência. **Cadernos da Escola do Legislativo**: Belo Horizonte, v.9, n. 14, p. 193-206, jan.-dez., 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Ricardo Costa de. Política, direito, judiciário e tradição familiar. *In: OLIVEIRA, Ricardo Costa de (org.). Estado, classe dominantes e parentesco no Paraná*. Curitiba: Nova Letra, 2015.

PRETE, Esther Külpamp Eyng. Porque Surgiu a Legística? Antecedentes históricos de seu surgimento. *In: Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Külpamp Eyng (orgs.). Estudos em Legística*. Florianópolis: Tribo Ilha, 2019.

RELATÓRIO MANDELKERN sobre a melhoria da qualidade legislativa. **Legislação**: Cadernos da Ciência da Legislação, Lisboa, n. 29, out-dez, 2000.

SOARES, Fabiana de Menezes. Introdução. *In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Külpamp Eyng (orgs.). Estudos em Legística*. Florianópolis: Tribo Ilha, 2019. p. 9-14.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n 50, p. 124-142, jan.-jul., 2007.

SOARES, Hugo Henry Martins de Assis. Sobre a (ir)racionalidade decisória: reflexões críticas para uma revalorização do legislar. *In: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Külpamp Eyng (orgs.). Estudos em Legística*. Florianópolis: Tribo Ilha, 2019.

URSINS, Bertrand Jouveneul des. **O poder**: história natural de seu crescimento. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, 2010.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. *In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino (org). Trad. Adauto Vilella e Geraldo de Carvalho. Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WINTGENS, Luc J. **Legisprudence**: a new theoretical approach to legislation. Oxford: Portlan Oregon, 2002.

WINTGENS, Luc. J. The rational legislator revisited. Bounded rationality and legisprudence. *In: The rationality and justification of legislation: essays in legisprudence*. Suíça, 2013.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 25/01/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 30/01/2022
- Avaliação 1: 10/02/2022
- Avaliação 2: 10/02/2022
- Decisão editorial preliminar: 10/02/2022
- Retorno rodada de correções: 19/02/2022
- Decisão editorial/aprovado: 21/02/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

AS CONTRIBUIÇÕES DO CONSTRUTIVISMO POLÍTICO E DA RAZÃO PÚBLICA RAWLSIANA PARA A CONSTITUIÇÃO DE CIDADES INTELIGENTES E INCLUSIVAS

THE CONTRIBUTIONS OF POLITICAL CONSTRUCTIVISM AND RAWLSIAN PUBLIC REASON TO THE CONSTITUTION OF SMART AND INCLUSIVE CITIES

ELENISE FELZKE SCHONARDIE¹

KÉSIA MABIA CAMPANA²

RESUMO

O artigo tem por objetivo examinar a filosofia de John Rawls como uma teoria construtivista apta a criar um artefato de justiça política capaz de minimizar as desavenças oriundas de sociedades pluralistas, que se distancie das doutrinas abrangentes razoáveis, mas que logre concretizar um debate público e objetivo, cujo resultado seja endossado por todos os cidadãos, independentemente das concepções de bem e das verdades subjetivas de cada um. Apesar de a obra *O liberalismo político*, também de autoria de Rawls, ter revisado e corrigido alguns aspectos de a teoria da justiça como equidade, mesmo assim é insuficientemente igualitária e liberal, entretanto, ainda é contemporânea, vez que complementada pelas críticas e por novas concepções de justiça política que surgem diante das novas e emergentes complexidades sociais, notadamente no contexto urbano, já que as cidades sempre se reinventam e mudam em ritmo beligerante. Desse modo, uma concepção de justiça política de cidades inteligentes e inclusivas somente é construída por cidadãos participativos e engajados com o dever de reciprocidade e civilidade, que por meio da discussão pública compartilhada, é possível administrar coletivamente os recursos públicos e elaborar políticas públicas que atenda todas as extremidades sociais, além de distribuir os atributos das *smart cities* a todos os cidadãos. O método utilizado é o dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica exploratória.

Palavras-chave: Cidades Inteligentes e Inclusivas. Construtivismo Político. Democracia Participativa. Razão Pública.

- 1 Doutora em Ciências Sociais, Mestre em Direito, Professora permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, vinculada à linha de pesquisa “Democracia, Novos Direitos e Desenvolvimento”; Professora do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ; Advogada. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/0918929438055294>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9240-5886>.
- 2 Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ - MIN-TER). Especialista em Direito Civil pela União das Escolas Superiores de Cacoal (UNESC), atual Faculdades Integradas de Cacoal. Procuradora do Município de Cacoal/Rondônia. Estuda temáticas voltada aos Direitos Humanos, democracia, Direito à Cidade. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, Governança e Democracia (CNPq). LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/4077917447344140>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3335-1566>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SCHONARDIE, Elenise Felzke; CAMPANA, Késia Mabilia. As contribuições do construtivismo político e da razão pública rawlsiana para a constituição de cidades inteligentes e inclusivas. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 67, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8849>.

ABSTRACT

The article aims to examine the philosophy of John Rawls as a constructivist theory, apt to create an artifact of political justice capable of minimizing disagreements from pluralist societies, to distance itself from reasonable comprehensive doctrines, but that can achieve a public and objective debate, whose outcome is endorsed by all citizens, regardless the conceptions of good and the subjective truths of each one. Despite the work Political Liberalism, also by Rawls, have reviewed and corrected some aspects of the theory of justice as equity, yet it is insufficiently egalitarian and liberal, however, it is still contemporary, since complemented by the criticisms and for new conceptions of political justice that arise in the face of new and emerging social complexities, notably in the urban context, as cities always reinvent themselves and change at a belligerent pace. In this way, a conception of political justice of smart and inclusive cities it is only built by participatory and engaged citizens with the duty of reciprocity and civility, which through shared public discussion, it is possible to collectively manage public resources and develop public policies that meets all social ends, in addition to distributing the attributes of smart cities to all city dwellers. The method used is the deductive, with a qualitative approach and exploratory technique.

Keywords: Smart and Inclusive Cities. Political Constructivism. Participatory Democracy. Public reason.

1. INTRODUÇÃO

Trabalhos e pesquisas que contemplam o construtivismo político e a razão pública rawlsiana que valorizam uma concepção política de justiça em distintos aspectos são muitos. No entanto, poucas são as produções que abordam reportados instrumentos com ênfase na construção de cidades inteligentes e inclusivas, considerando que o contexto da era digital que reconfigura as cidades clama por dinâmicas de experimentação e inovação para torná-las mais democráticas.

Este trabalho tem como objetivo estudar a doutrina rawlsiana que ao construir uma teoria da justiça como equidade e o liberalismo igualitário, reconheceu que diante da existência de um pluralismo perene de doutrinas religiosas, filosóficas e morais na sociedade, obviamente incompatíveis entre si, considera possível o alcance de um consenso imprescindível, capaz de nortear a sociedade, por meio de princípios e valores que arrimem as escolhas sociais.

O axioma do construtivismo funda-se na da cultura democrática, bem como nas ideias e nas concepções de razão prática compartilhadas pelas pessoas, o que resulta numa concepção política de justiça.

Lastreado na construção de uma concepção de justiça política urbana, será evidenciado que a democracia representa muito mais do que uma simples regra majoritária, pois o Poder Público logra sua legitimidade na força argumentativa popular, mediante um processo justo e participativo, tendo como mote o desiderato da concretização dos direitos fundamentais e do prestígio do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, apesar de ilustrar os aspectos históricos e evolutivos das cidades até o contexto atual das cidades inteligentes ou “*smart cities*”, a presente articulação visa desfocar seu forte vínculo das tecnológicas da informação e comunicação (TICs), já que estas não são suficientes para batizar uma cidade como inteligente, para então, ampliar o olhar para o envolvimento dos cidadãos e dos governos em prol de uma governança eficaz e democrática, visando conceber uma concepção de justiça política urbana.

Igualmente será articulado como é possível lograr uma noção política de cidades inteligentes e inclusivas, além de nominar algumas ferramentas e soluções que contribuem para o propósito social. Ainda, será destacada que a luta pela formação de uma cultura democrática como instrumento para a construção de cidades inteligentes e inclusivas suplica uma revolução democrática e fraterna do Estado, da sociedade e da justiça, tendo como móbil a criação de uma concepção de justiça política urbana que inclua os cidadãos ao seio social, político, cultural e econômico, bem como nivele a distribuição de riquezas, visando o combate das desigualdades.

Por fim, a relevância deste artigo consiste no estudo sistemático acerca da relação entre construtivismo político, razão pública, participação cidadã e democracia para a construção de cidades inteligentes e inclusivas. No que concerne à metodologia, o trabalho foi elaborado através do método dedutivo, com abordagem qualitativa. Ainda, a pesquisa teórica é de cunho exploratório e crítico, utilizando em seu delineamento a coleta de dados indiretos em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede mundial de computadores.

2. LIBERALISMO E CONSTRUTIVISMO POLÍTICOS NO PENSAMENTO RAWLSIANO

A obra *O Liberalismo Político* de autoria de John Rawls, revela sua maturidade ao rever sua Teoria da Justiça³, dada as inúmeras críticas recebidas⁴. É fruto de árduas e sistemáticas oito conferências, que por meio da filosofia moral moderna e do contrato social, objetivou a construção de uma teoria de justiça de modo equânime diante do pluralismo democrático. Para tanto, o paradigma recortado por Rawls (2011, p. 21) buscou esclarecer como é possível existir ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que se encontram subjetivados por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, porém incompatíveis entre si. Dito de outro modo, a investigação do autor orienta-se em buscar as razões pelas quais doutrinas abrangentes profundamente divergentes, ainda que razoáveis, possam conviver e, ainda, endossar a concepção política de um regime constitucional ou, quais são a estrutura (instituições) e o conteúdo (princípios) de uma convicção política assaz a cativar o apoio de um consenso sobreposto?

Importa esclarecer que o ponto de partida para a construção de uma teoria de justiça social dá-se com o movimento iluminista, porquanto lastreado na razão. A modernidade trouxe novos contornos que influenciou a filosofia moral e política, tais como a Reforma Protestante e os desdobramentos acerca da tolerância religiosa, o desenvolvimento do Estado moderno e o desenvolvimento da ciência moderna (RAWLS, 2011). Tais eventos enfraqueceram o poder dominante da igreja medieval, limitou o poder das monarquias absolutistas e logrou instaurar instituições liberais e constitucionais que assegurassem direitos e liberdades fundamentais.

3 Segundo Martha C. Nussbaum (2013, p. 29), o próprio Rawls admite que sua teoria há problemas difíceis de enfrentar. Quanto as questões das gerações futuras e da justiça internacional, Rawls acredita que sua concepção de justiça pode ser ampliada. Já quanto ao que é devido a animais e ao resto da natureza, a concepção de justiça política não cobre tudo e nem se pode esperar que o faça, além de ser um problema de justiça.

4 Para outras críticas, ver a obra *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*, de Roberto Gargarella.

Assim, o liberalismo político rawlsiano busca o pluralismo razoável diante das matrizes religiosas, morais e filosóficas como fruto natural das atividades da razão humana na construção de estruturas livres e longevas. Com isso, o epílogo do liberalismo constitucional sinalizou a possibilidade de uma sociedade pluralista, razoável, harmoniosa e estável, ainda que influenciada por doutrinas abrangentes, porém alcançada por meio da tolerância e de um consenso sobreposto (*Overlapping Consensus*)⁵, que representa uma conformidade social que mais se aproxima de um regime constitucional democrático. Disso, decorre uma sociedade bem-ordenada, a qual não é orientada por suas crenças abrangentes, mas por uma concepção política de justiça.

A episteme que assegura o êxito do liberalismo político é o reconhecimento das liberdades iguais de consciência e de pensamento, sob pena de impossibilitar qualquer convicção política de justiça. O liberalismo político não é um liberalismo abrangente e não enfatiza as agruras gerais da filosofia moral, salvo quando a cultura de fundo e seus ideais abrangentes sinalizam apoio ao regime democrático. “O liberalismo político entende que sua forma de filosofia política possui um objeto próprio, a saber: como é possível haver uma sociedade livre e justa em condições de profundo conflito doutrinário sem perspectivas de resolução?” (RAWLS, 2011, p. XXX-XXXI). Dessa forma,

O liberalismo político também pressupõe que uma doutrina abrangente razoável não rejeita os princípios fundamentais de um regime democrático. É claro que também podem existir doutrinas abrangentes desarrazoadas, mesmo insanas, em uma sociedade. Em tal caso, o problema consiste em contê-las, de maneira que não corromam a unidade e a justiça da sociedade. (RAWLS, 2011, p. XVII).

A filosofia rawlsiana arrima-se nos mecanismos para o alcance de uma sociedade igualitária e duradoura, o que faz por meio de uma concepção política que assegure aos cidadãos liberdades de pensamento e de consciência e uma convivência justa e democrática aos participantes do arranjo social, instrumentalizado por meio de um senso de justiça, de convicções de bem das pessoas e de um consenso sobreposto.

Por conseguinte, a implantação e a execução do liberalismo político somente é possível quando o poder político está em harmonia com a Constituição, a qual norteia a ação dos cidadãos considerados livres e iguais, bem como os legítimos.

O liberalismo político rawlsiano é formulado a partir de ideias elementares enraizadas na cultura política de um Estado democrático. Essas ideias resultam em várias concepções conectadas, tais como: concepção de justiça política; concepção de sociedade como um sis-

5 Assim, “o consenso sobreposto surge da razão pública compartilhada que resulta num pacto entre pessoas que só aceita doutrinas abrangentes razoáveis e é um meio que, diante de um cenário pluralista, permite que os cidadãos endossassem uma concepção pública de justiça, consistente no aval de liberdades essenciais e um mínimo recursal individual. Óbvio que há resistência, tais como ceticismo, ser uma doutrina abrangente, ser um *modus vivendi* e utópico” (GARGARELLA, 2008, p. 231). Para Gargarella (2008, p. 233), Rawls entende que o consenso sobreposto é alcançado mediante a passagem gradual do *modus vivendi* (consenso constitucional) rumo ao consenso sobreposto. Na primeira etapa, o *modus vivendi*, incorporam-se certos princípios de justiça basilares, seguido pela incorporação destes princípios, isto é, uma aquiescência inaugural a formar uma Constituição que tutele liberais. Esse consenso constitucional não é suficientemente profundo e amplo, pois não adere ideias sobre as pessoas e a sociedade e nem logra uma convicção pública compartilhada. Contudo, gradualmente busca um nível mais profundo, amplo e específico embasado numa concepção de justiça. “A passagem de uma mera situação de *modus vivendi* a um consenso constitucional, assim como a passagem deste para um consenso sobreposto, baseia-se, fundamentalmente, na concepção de psicologia moral que Rawls admite como presente ao longo de LP. De acordo com ela, as pessoas têm, junto com (“os dois poderes morais”) sua capacidade para formar uma concepção do bem e sua capacidade para aceitar concepções de justiça e equidade, o desejo de agir em virtude de tais concepções”. (Rawls apud Gargarella, 2008, p. 236).

tema equitativo de cooperação, acompanhada pela concepção política de pessoa como livre e igual⁶ e a concepção de sociedade bem-ordenada; concepções de estrutura básica e de posição original⁷. Visando demonstrar que uma coletividade bem-ordenada é uma possibilidade social, Rawls acrescenta as ideias de consenso sobreposto e de doutrina abrangente razoável, da qual é referenciado o pluralismo razoável. A natureza social advém de um consenso sobreposto estável de crenças abrangentes razoáveis. As ideias do domínio público e de razão pública também são liberais (RAWLS, 2011, p. 51-52).

Apesar das oito conferências abordadas na reportada obra, o objetivo da presente articulação se reserva a apreciar a terceira e a sexta conferências (O construtivismo político e A ideia de razão pública), sendo a primeira tratada neste tópico e a segunda no tópico seguinte.

O construtivismo político é abordado, mediante o contraste entre o construtivismo moral kantiano e o realismo moral, ao passo que a justiça política rawlsiana é erigida com lastro em seu conteúdo (princípios), sendo o resultado de um processo construtivista (estrutura), ambos logrado pelo equilíbrio reflexivo. Esse procedimento tem como tônica a posição original (*original position*) de que “agentes racionais, na condição de representantes dos cidadãos e sujeitos a condições razoáveis, escolhem os princípios públicos de justiça que devem regular a estrutura básica da sociedade”. (RAWLS, 2011, p. 106).

O construtivismo político de Rawls indaga que, diante do pluralismo razoáveis de crenças abrangentes, quais seriam os princípios de justiça que assegurariam os termos equânimes da cooperação social, formulados por pessoas livres e iguais, racionais e razoáveis em determinada sociedade alicerçada por um regime constitucional democrático.

O significado pleno de uma concepção política construtivista encontra-se em sua relação com o fato do pluralismo razoável e com a necessidade que uma sociedade democrática tem de assegurar um consenso sobreposto acerca dos seus valores políticos fundamentais. A razão para que tal concepção possa ser o foco de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes está no fato de que essa concepção desenvolve os princípios de justiça a partir das ideias públicas e compartilhadas de sociedade como um sistema equitativo de cooperação e de cidadãos como pessoas livres e iguais, valendo-se, para isso, da razão prática comum dos próprios cidadãos. Ao acatar esses princípios de justiça, os cidadãos demonstram ser autônomos, em termos políticos, e de uma forma compatível com suas doutrinas abrangentes razoáveis (RAWLS, 2011, p. 107).

A convicção construtivista de justiça política parte da diferenciação entre o construtivismo e o intuicionismo racional. Para Rawls, o intuicionismo racional compreende quatro características básica, sendo elas: suposição de que princípios e julgamentos, quando cor-

6 Rawls tem como ponto de partida a ideia de cidadãos livres e iguais, não observando as incapacidades transitórias e permanentes, direito animal e ambiental, por isso deixa de lado os infortúnios e as extensões para cuidar da justiça política.

7 A ideia de posição original busca descobrir qual convicção de justiça externa os princípios apropriados para o alcance da liberdade e da igualdade, tendo a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livre e iguais. Sua importância “reside no papel das diferentes características da posição original enquanto artifício de representação” e, com isso não se permite que as partes conheçam a posição social daqueles que a representa ou a sua crença, o que figura um “véu da ignorância”. “Assim, a posição original é apenas um artifício de representação: ela se presta a descrever as partes, cada uma das quais é responsável pelos interesses essenciais de um cidadão livre e igual, situadas de forma equitativa e devendo alcançar um acordo, sujeitas a condições que limitam de modo apropriado o que podem apresentar como boas razões”. “Como um artifício de representação que é, a ideia da posição original serve como um meio de reflexão e autoesclarecimento públicos”. A posição original busca “uma concepção política de justiça para a estrutura básica a partir da ideia fundamental de sociedade como um sistema permanente e equitativo de cooperação entre cidadãos considerados livres e iguais”. (RAWLS, 2011, p. 26-31).

retos, configuram verdades evidentes, independente da ordem moral; afirmação de que princípios basilares advém da razão teórica; concepção fraca de pessoa, pois não necessita de concepções complexas de pessoa e de sociedade, bastando o conhecimento intuitivo de princípios elementares; e, concepção da verdade de modo tradicional (RAWLS, 2001).

Já o construtivismo político é representado por quatro características: a) os princípios de justiça política (conteúdo) como resultado de um processo de construção (estrutura), portanto, agentes racionais, representantes dos cidadãos e submetidos à razoabilidade, elegem princípios que regulam a estrutura de base da sociedade; b) o processo de construção distancia-se da razão teórica, tendo a razão prática como foco; c) adota uma concepção complexa de pessoa e de sociedade para formar e estruturar a construção, ou seja, tem a pessoa como membro da coletividade política, vista como um sistema equitativo de cooperação; d) define o razoável, quer dizer, o consenso sobreposto, e o aplica a uma pluralidade de objetos, tais como, convicções e princípios, juízos e fundamentos, pessoas e instituições (RAWLS, 2011).

Malgrado as diferenças entre o construtivismo político e o intuicionismo racional, ambos se relacionam, notadamente porque aquele não contradiz este, tendo em vista evitar oposição a qualquer doutrina abrangente, já que tal cautela soa mais indicada para uma sociedade erigida pelo pluralismo razoável, tendo como foco o consenso sobreposto. Todavia, o viés construtivista define os parâmetros equitativos de cooperação coletiva, pois os princípios de justiça são celebrados pelos representantes de pessoas livres e iguais, buscando extrair o consenso sobreposto das doutrinas abrangentes e razoáveis. O axioma do construtivismo funda-se na da cultura democrática, bem como nas ideias e nas concepções de razão prática compartilhados pelas pessoas, o que resulta numa concepção política de justiça.

Por conseguinte, é somente subscrevendo uma concepção construtivista – uma concepção que é política, não metafísica – que os cidadãos podem ter a expectativa de descobrir princípios que todos possam aceitar. Isso é algo que podem fazer sem negar os aspectos mais profundos de suas doutrinas abrangentes razoáveis. Dada as discordâncias que há entre eles, não há nenhuma outra forma de os cidadãos realizarem seu desejo dependente da concepção de ter uma vida política compartilhada, com base em termos aceitáveis para outros, na condição de pessoas livres e iguais. Essa ideia de uma vida política compartilhada não envolve a ideia de autonomia de Kant, nem a ideia de individualidade de Mill como valores morais que fazem parte de uma doutrina abrangente. O apelo, mais precisamente, é ao valor político de uma vida pública conduzida com base em termos que todos os cidadãos podem aceitar como equitativos. Isso nos leva ao ideal de cidadãos democráticos que dirimem suas discordâncias fundamentais de acordo com uma ideia de razão pública (RAWLS, 2011, p. 116).

O liberalismo político tem na posição original a plataforma apta a articular valores políticos. Como isso o construtivismo forma uma doutrina política autônoma, exatamente porque os parâmetros equitativos de cooperação social são elaborados e compartilhados pelos próprios cidadãos e não por uma ordem moral específica ou externa.

Igualmente, descabe confundir a autonomia rawlsiana da autonomia de Kant, vez que, o construtivismo político não abarca uma ordem moral ou metafísica oriunda de alguma doutrina abrangente, isso porque a autonomia doutrinal de Rawls (2011, p. 117-120) preza pelo valor político público orientado pelos termos equânimes de cooperação social, a exemplos

dos princípios de justiça (conteúdo) aceitos pelos cidadãos que são capacitados a solver as controvérsias arrimada pela razão pública diante de um Estado Democrático de Direito.

Imprescindível ressaltar que o construtivismo político de Rawls (2011, p. 119-120) se distingue do construtivismo moral de Kant⁸, e que, não obstante considere este como uma doutrina moral abrangente incapaz de fornecer um lastro público de justificação, ostenta algumas semelhanças, como por exemplo, o fato de a filosofia kantiana, dadas as condições favoráveis, conceber a possibilidade de um regime democrático, justo e constitucional. O construtivismo político mesmo diante de pluralismo razoável, almeja uma base de justificação de princípios de justiça distante de quaisquer doutrinas abrangentes razoáveis, mas que logre a cooperação por meio de um consenso de sobreposição.

Para sustentar o construtivismo político, urge as seguintes indagações: o que é que se edifica? O conteúdo (princípios) de uma ideia política de justiça. A posição original é construída? Esta é modelada a partir de convicções fundamentais de uma sociedade bem-ordenada considerada como uma engrenagem equitativa de cooperação entre pessoas livres, iguais, racionais e razoáveis. Porque que as concepções de cidadão e de sociedade bem-ordenada que compõe o processo construtivista são modelados por ele? Porque a forma do procedimento e suas peculiaridades são extraídas dessas concepções que lhe servem de arrimo (RAWLS, 2011, p. 122).

Concluindo: nem tudo, portanto, é construído; precisamos dispor de um material, por assim dizer, com o qual começar. Em sentido mais literal, somente os princípios substantivos que especificam o conteúdo da justiça e do direito político são construídos. O procedimento em si mesmo simplesmente se estabelece utilizando como ponto de partida as concepções fundamentais de sociedade e de pessoa, os princípios da razão prática e o papel público de uma concepção política de justiça (RAWLS, 2011, P. 124).

Desse modo, o construtivismo político advém da amálgama da razão prática com as concepções de sociedade e de pessoa, além do desiderato público desempenhado pelos princípios de justiça, isto é, aquele não é oriundo apenas da razão prática, mas também de um processo que molde as concepções adequadas de pessoa e de sociedade. Tais concepções jorram a partir dos princípios da razão prática, tanto racionais como razoáveis, que se somam com as concepções de pessoa e de sociedade. Para exercer a razão prática, as pessoas devem ser razoáveis e racionais, capazes de agir, entender, executar em conformidade aos princípios erigidos, ou seja, dotadas de um senso de justiça e de uma concepção de bem⁹.

8 Cabe esclarecer que Kant concebe os seres humanos como agentes morais, ao passo que Rawls os concebe como cidadãos, portanto, para este a autonomia é concebida como política (autonomia doutrinal) e não como autonomia moral, isto é, o contexto da autonomia política refere-se as instituições livres e políticas públicas. Para fins de construtivismo político, a objetividade é concebida a partir de pessoas razoáveis e racionais de determinado contexto político que externa justificações públicas.

9 Cabe ressaltar que essa concepção rawlsiana é bastante criticada, pois nem todas as pessoas são livres e iguais e nem todos têm capacidades de agir, entender e executar, tanto que Amartya Sen e Martha Nussbaum abordam o enfoque das capacidades. Nussbaum defende que a teoria de Rawls não oferece respostas satisfatórias aos problemas e por isso oferece uma versão do enfoque das capacidades. Sustenta a autora (2013, p. 191, 202 e 347) que o enfoque das capacidades não é uma doutrina política sobre os direitos fundamentais e nem uma doutrina moral abrangente ou uma teoria completa, mas que subscreve a proposta apresentada por Amartya Sen, e ambos defendem as capacidades na variabilidade tanto de recursos entre as pessoas como de suas habilidades em converter esses recursos em funcionalidades, ou seja, a visão das capacidades é centrada no indivíduo como sujeito último da justiça e também é orientada para o resultado. Amartya Sen (2010, p. 118-119), aborda o enfoque das capacidades, que segundo ele, possui uma amplitude e sensibilidade que lhe conferem grande abrangência, permitindo atentar com finalidades avaliatórias para diversas considerações importantes, algumas das quais omitidas, de um modo ou de outro, nas abordagens alternativas. Essa grande abrangência é possível porque as liberdades das pessoas podem ser julgadas por meio da referência explícita a resultados e processos que elas com razão valorizam e buscam. Em contraste com o pensamento utilitarista ou nos recursos, "na abordagem das capacidades a vantagem individual é julgada pela capacidade de uma pessoa para fazer coisas que ela tem razão para valorizar. Com relação

Podemos dizer, então, que as concepções de sociedade e de pessoa, e o papel público dos princípios de justiça são ideias da razão prática. Não só adotam uma forma que a razão prática requer para sua aplicação, como também proporcionam o contexto no qual questões e problemas práticos se apresentam: qual é a natureza da cooperação social? Os que cooperam são livres e iguais, ou seus papéis são diferentes e desiguais, da maneira estabelecida pela religião e pela cultura? Sem as ideias de sociedade e de pessoa, não há lugar para as concepções do direito e do bem. Essas ideias são tão fundamentais quanto as de juízo e inferência e quanto os princípios da razão prática (RAWLS, 2011, p. 130).

Cabe enfatizar que o construtivismo político também ostenta concepções de objetividade, assim como o intuicionismo racional e o construtivismo moral, cada qual com suas especificidades. *In casu*, o que interessa são as concepções de objetividade do construtivismo político, a saber: a) estrutura pública de pensamento assaz ao alcance de conclusões fundamentadas em razões e evidências após exaustiva reflexão; b) busca conceber os juízos fundamentados em razões indicadas pelos princípios de direito e de justiça produzidos pela razão prática juntamente com concepções de pessoas e de sociedade; c) define princípios e critérios como razões importantes; d) distingue qual o ponto de vista objetivo; e) interpretação, julgamento e concordância de um acordo de juízo entre agentes razoáveis (RAWLS, 2011).

Portanto, a objetividade no construtivismo político compreende que “pessoas razoáveis são capazes de aprender e dominar os conceitos e princípios da razão prática, assim como os princípios de direito e de justiça que resultam do procedimento de construção” (RAWLS, 2011, p. 133). Assim, para o autor “Uma concepção moral e política é objetiva somente quanto estabelece uma estrutura de pensamento, argumentação e juízo que satisfaça os requisitos desses cinco elementos essenciais” (RAWLS, 2011, 133). Na concepção de Rawls a objetividade se faz necessária para constituir uma base de justificação pública, aberta e compartilhada, cabendo ao liberalismo político limitar-se à uma concepção de razoabilidade, já que o julgamento moral é um dilema das doutrinas abrangentes.

Também, Rawls (2011, p. 138-141) afirma que a objetividade da razão prática é independente da visão causal do conhecimento. Apesar de existir diferentes concepções de objetividade, basta que as razões apresentadas sejam persuasivas e de boa-fé.

Com efeito, urge questionar: quando uma concepção política de justiça fornece razões políticas objetivas? As convicções políticas são objetivas se, pessoas racionais, razoáveis e favoráveis à acurada reflexão exercerem o desiderato da razão prática para endossar ou ao menos reduzir as diferenças e controvérsias. O sucesso da prática compartilhada por meio do juízo, inferências, hermenêutica, é o que sustenta a ordem de razões, apta a produzir um acordo ou pelos menos abrandar as divergências, o que, em geral, é suficiente para a objetividade

Dizer que uma convicção política é objetiva significa dizer que há razões, especificadas por uma concepção política razoável e mutuamente reconhecida (e que satisfaz os requisitos daqueles elementos essenciais), suficientes para convencer todas as pessoas razoáveis de que essa é uma convicção razoável. Se tal ordem de razões de fato se verifica, e se tais proposições são em geral razoáveis, isso só se pode demonstrar pelo êxito que tenha ao longo

às oportunidades, a vantagem de uma pessoa é considerada menor que a de outra se ela tem menos capacidade – menos oportunidade real – para realizar as coisas que tem razão para valorizar. O foco aqui é a liberdade de que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou ser aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser (SEN, 2011, p. 265-266).

do tempo o exercício compartilhado da reflexão prática por parte daqueles que são razoáveis e racionais, levando-se em conta os limites da capacidade de juízo. Dado esse êxito, não há defeitos nas razões de direito e justiça que necessitem ser corrigidos conectando-se a um processo causal (RAWLS, 2011, p. 142).

Ponderações psicológicas podem surgir diante de acordos fracassados, razão pela qual a cautela acrescenta uma sexta ferramenta de objetividade, que é a capacidade de argumentar a impossibilidade de juízos convergentes por meio dos limites da capacidade de juízo, seja pela dificuldade de apreciar todas as evidências, seja pela dificuldade de equilibrar razões rivais. De todo modo, deve-se ter razões independentes, sujeitas à identificação em contexto específico, já que há debates similares divergentes, que devem ser apresentados aos contestantes (RAWLS, 2011, p. 143-144).

O construtivismo político limita-se a valores políticos, distanciando-se dos morais. Além disso, o construtivismo político sustenta que se uma concepção de justiça funda-se em princípios e na razão prática, é resultado de um regime constitucional, porquanto oriundo de um consenso sobreposto e apto para uma base pública de justificação, associado às concepções de pessoa e de sociedade. A razoabilidade é o norte do construtivismo político, daí porque não interfere nas doutrinas abrangentes. Na verdade, o escopo construtivista busca construir uma convicção política de justiça em que os cidadãos, na condição de pessoas racionais, razoáveis e reflexivas, endossem um acordo que abarque ferramentas essenciais e básicas de justiça, de modo que a ideia política instrumentalize um lastro razoável de razão pública.

Importante anotar que as divergências estão presentes em todas as sociedades e é intrínseco ao seio social. A antropologia e as narrativas históricas demonstram que inexistem culturas consolidadas em berços esplendidos, harmoniosos e utópicos, portanto, qualquer concepção política de justiça que logre persistir e perpassar gerações deve ter robustos e equilibrados instrumentos de administração de conflitos, oriundos dos debates públicos. Sendo as discordâncias algo inerente à relação humana e, se de suas experiências obtiver proveito, aquela possibilita a evolução e o desenvolvimento a ponto de se revelar num construto social. Sendo assim, as divergências devem ser encaradas positivamente, porquanto rompem as expectativas sociais.

3. UMA VISÃO DE RAZÃO PÚBLICA RUMO À CIDADANIA DEMOCRÁTICA

A razão pública é a essência de um povo democrático, de modo que, aqueles que objetam a democracia constitucional com esteio na reciprocidade, negam a própria discussão pública. Todos (indivíduo, família, associações e partidos), de modo racional e razoável, externam maneiras de estabelecer prioridades, decisões, metas, etc. A razão¹⁰ é o modo como uma sociedade política articula seus planos e prioridades e, sua capacidade de fazer é tam-

10 A razão pública compartilhada resulta num consenso sobreposto. Para S. Freeman, citado por Gargarella (2008, p. 236), a noção de razão pública surge como uma "extensão natural" de ideias, a exemplo do "contrato social" ou de noções de publicidade. Na verdade desenvolve o princípio liberal.

bém a sua razão. Por isso a razão pública é pública pelas seguintes maneiras: a) como razão de pessoas livres e iguais, é a razão do público; b) sua temática é o bem público, porquanto abrangente à justiça política fundamental, como elementos constitucionais essenciais e parâmetros de justiça básica; c) a natureza e o conteúdo da razão são públicos já que extraídos de uma concepção política de justiça (RAWLS, 2011, p. 250-251), visando a satisfação do critério da reciprocidade.

A razão pública numa sociedade democrática é a razão de cidadãos iguais e livres instrumentalizada num corpo coletivo e coercitivo. O debate público limita-se aos elementos constitucionais às questões elementares de justiça, dissipando-se das deliberações e crenças pessoais que constituem a cultura de fundo, sob pena de ofensa ao princípio da legitimidade. Entretanto, para cada forma de apresentação do debate, Rawls indica modos distintos de aplicar a razão pública, ou seja, distingue a maneira como o ideal de razão pública se aplica tanto aos indivíduos comuns quanto às distintas autoridades estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), sendo o ideal de razão pública alcançado por meio de fóruns oficiais (RAWLS, 2011, p. 254).

Importante destacar que nem todas as razões são públicas, a exemplo das razões das universidades, igrejas, associações, comunidades científicas, entidades profissionais. São razões sociais, não privadas, que aderem às razões da sociedade civil e compõe a cultura de fundo. Aliás, uma sociedade democrática aceita livremente o poder não público, dada a liberdade de pensamento e consciência tutelada por direitos e liberdades constitucionais fundamentais (RAWLS, 2011, p. 261).

Para compreender a razão pública e o ideal de cidadania, primeiramente é preciso entender que a relação política entre cidadãos democráticos trata de uma relação entre pessoas que nascem e passam a vida no interior da estrutura básica da sociedade. Segundo, num regime democrático, o poder político, que é coercitivo, é público, pois oriundo de um arranjo coletivo composto por cidadãos livre e iguais. Além disso, a diversidade aflorada em sociedades democráticas é uma peculiaridade perene da cultura pública. Com isso, o liberalismo político justifica que o exercício apropriado do poder político coercitivo de uns sobre os outros diante de pautas fundamentais, é exercido com lastro em uma Constituição, “cujos elementos essenciais se pode razoavelmente supor que todos os cidadãos subscrevam, à luz de princípios e ideias que são aceitáveis para eles, na condição de razoáveis e racionais” (RAWLS, 2011, p. 255). E, isso irá desencadear na legitimidade enquanto princípio liberal.

Este é o princípio liberal de legitimidade. E como o exercício do poder político deve ser em si mesmo legítimo, o ideal de cidadania impõe aos cidadãos o dever moral (não legal) – o dever de civilidade – de ser capaz de explicar uns perante os outros, quando se trata dessas questões fundamentais, como os princípios e as políticas que preconizam e nos quais votam podem se apoiar nos valores políticos da razão pública. Esse dever também envolve uma disposição a ouvir os outros e um sentido de equanimidade para decidir quando é razoável que se façam ajustes para conciliar os próprios pontos de vista com os de outros (RAWLS, 2011, p. 256).

Desse modo, ao decidir questões políticas fundamentais, não é preciso acatar os limites do debate público, tampouco apelar à toda a verdade hegemônica, dado que por mais verídico que poderia ser, corre-se o risco de transcender a esfera da razão pública. Assim, uma concepção política de justiça, amparada no consenso sobreposto e celebrada por cidadãos livres e

iguais, racionais e razoáveis que exercem seu poder político (princípio liberal de legitimidade), busca a razão pública como espaço para deliberação de diversas temáticas fundamentais, cujo escopo visa o bem comum no interior da comunidade política.

[...], a democracia implica uma relação política entre os cidadãos no interior da estrutura básica na qual nasceram e na qual normalmente passarão toda a vida. Isto implica ainda igual participação no poder político coercitivo que os cidadãos exerce uns sobre os outros ao votar e por outros meios. Como pessoas razoáveis e racionais e sabendo-se que professam uma diversidade de doutrinas religiosas e filosóficas, os cidadãos devem se dispor a explicar as bases de suas ações uns aos outros em termos que cada qual possa razoavelmente esperar que os demais julguem consistentes com sua liberdade e igualdade. Procurar satisfazer essa condição é uma das tarefas que esse ideal de política democrática exige de nós. Entender como se deve conduzir a si próprio como cidadão democrático inclui entender um ideal de razão pública.

Além disso, os valores políticos realizados por um regime constitucional bem-ordenado são muito importantes, não podem ser superados facilmente, e os ideais que expressam não podem ser levemente abandonados. Assim, quando a concepção política se apoia em um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis, o paradoxo da razão pública desaparece. A união do dever de civilidade com os grandes valores do político nos dá o ideal de cidadãos que governam a si mesmos de maneiras que cada qual acredita que seria razoável esperar que os outros aceitem; e esse ideal, por sua vez, encontra apoio nas doutrinas abrangentes que pessoas razoáveis professam. Os cidadãos subscrevem o ideal da razão pública não em virtude de um compromisso político, como em um *modus vivendi*, mas da perspectiva interna de suas doutrinas razoáveis (RAWLS, 2011, p. 256-257).

Sob a matriz liberal, o conteúdo da razão pública precede a concepção política de justiça, (RAWLS, 2011) e isso elenca determinados direitos, liberdades e oportunidades fundamentais; destina uma prioridade a esses direitos e oportunidades, próprias de um regime democrático; asseguram ferramentas que possibilitam fazer uso das liberdades e oportunidades fundamentais. Os dois princípios da justiça (RAWLS, 2011, p. 4) – princípio da igual liberdade e princípios da igualdade de oportunidades e da diferença – exsurgem como conteúdo da razão pública, o que justifica uma concepção política de justiça que: a) é concebida apenas para a estrutura básica da sociedade (instituições políticas cooperativas), b) é independente de qualquer doutrina abrangente¹¹ e, c) é confeccionada pelos parâmetros políticos fundamentais implícitos na cultura política pública e democrática. RAWLS, 2011, p. 11).

Corolário disso, destacam-se os valores políticos liberais em dois tipos: a) valores da justiça política, que são chancelados pelos princípios de justiça para a estrutura básica (liberdades, igualdade de oportunidades, igualdade social, reciprocidade econômica, bens comuns e acesso aos mesmos); b) valores da razão pública que são integrantes das diretrizes que permite a indagação livre e pública (RAWLS, 2011, p. 264).

Portanto, em uma convicção liberal como a da justiça como equidade, as diretrizes da razão pública estão sob a mesma rubrica que os princípios de justiça, vez que são partes integrantes

11 Segundo Gargarella (2008, p. 224 e 247), Rawls admite ter sido afetado pela crítica de que sua teoria da justiça não é uma concepção neutra, dada as distintas convicções de bem existentes, o que afrontaria a sua estabilidade, já que esta depende do arcabouço histórico e cultural de cada sociedade. Lado outro, apesar de a teoria da justiça não constituir uma concepção abrangente, ela não esclareceu qual era o alcance e quais eram os limites.

e complementares de um único ajuste social, pois, os cidadãos, na posição original, ao chance-lar os princípios de justiça, igualmente cancelam as diretrizes e critérios da razão pública para a execução desses princípios. Endossar uma ideia de razão pública e de legitimidade nem sempre significa aceitá-las em todos seus aspectos, dada as contestações. Entretanto, para Rawls (2011, p. 267), o que realmente interessa é o ideal de razão pública, competindo aos cidadãos almejar aquilo que considera uma concepção política de justiça, arrimada em valores razoáveis a ponto dos outros subscreverem e se disporem a defender tal convicção.

Cabe assinalar que se uma concepção política de justiça lograr assegurar os elementos constitucionais elementares e as questões de justiça básica, já é de excelsa reputação, ainda que essa convicção não supra todas as temáticas sociais e econômicas. A lida de questões peculiares extravasa e, em algumas ocasiões até alcança doutrinas abrangentes razoáveis. Contudo, com o decorrer do tempo, da maturidade social exsurge um robusto ajuste que assegure as ferramentas constitucionais fundamentais e que adote parâmetros políticos equânimes, de modo que será possível conservar a cooperação política e social entre os cidadãos livre e iguais (RAWLS, 2011, p. 272).

Lado outro, é antevisto pelo regime constitucional o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Para Rawls (2011, p. 272), a razão pública é a razão de seu tribunal supremo, pois é suficiente para ser a razão do tribunal, além de servir como exemplo de razão pública. A Excelsa Corte é referência da razão pública, cabendo aos magistrados interpretar a Constituição livre de convicções pessoais religiosas, filosóficas ou morais, curvando-se tão somente aos princípios políticos que compõe a matriz política de justiça, visando cancelar e dar eficácia à razão pública no espaço político.

Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública significa também que cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que sejam capazes, valendo-se para isso de seu conhecimento sobre o que a Constituição e os precedentes constitucionais requerem. A esse respeito, a melhor interpretação é a que melhor se ajusta ao corpo pertinente desses materiais constitucionais e aquela que se justifica com base na concepção política de justiça ou em uma variante razoável dela. Ao fazerem isso, espera-se que os juízes possam recorrer – e de fato recorram – aos valores políticos da concepção pública, [...] (RAWLS, 2011, p. 279).

Cumprir destacar que nem sempre é alcançado um ajuste democrático, como comprova a própria história da humanidade, a exemplo das guerras civis, golpes de Estado, desigualdades sociais e conflitos que advém da opulência aquisitiva, posição social, de classes plurais (etnia, gênero), enfim, houve e há desavenças que corroem o contrato social. Atualmente, assiste-se uma preocupante bipolaridade política, regada de verdades totalitárias, por razões ideológicas, raciais, religiosas, etc., cuja ausência de um consenso sobreposto demonstra a fragilidade da democracia ocidental¹².

Com efeito, o ápice da questão consiste no alcance de uma convicção política de justiça que associe justiça e razão pública e externem respostas razoáveis¹³ para temáticas políti-

12 Para mais informações a respeito da fragilidade democrática ver “Como as democracias morrem” de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt e “O povo contra a democracia” de Yascha Mounk.

13 Gargarella (2008, p. 239-240) relata que houve várias críticas acerca da ideia essencial do “razoável” rawlsiana, seja por configurar ambiguidade, seja por não esclarecer o razoável do não razoável, além de implicar noções que dependem da intuição e coação legal de “sujeitos de segunda classe” após a exclusão de sua discussão. Contudo, Rawls apontou alguns modelos

cas fundamentais, tais como, as ferramentas constitucionais fundamentais e os parâmetros de justiça básica. Eventuais dificuldades manifestadas com a razão pública¹⁴, a exemplo de pluralidade de respostas razoáveis para uma temática peculiar, a razão pública acena para a busca de um horizonte razoável de uma concepção política apta a ser subscrita pelo corpo social, ou seja, de um consenso sobreposto.

Cabe ressaltar que a limitação rawlsiana quanto ao objeto da razão pública ser vinculado às questões constitucionais fundamentais e questões elementares de justiça, acaba sendo objeto de críticas ao não defender uma ideia mais amplificada da democracia, por isso, Gargarella (2008, p. 241) acrescenta:

Para esse tipo de autores – entre os quais incluiria em especial aqueles que argumentam a favor de uma ideia “deliberativa” da democracia -, a “agenda” da discussão pública não deve estar restrita a questões tão específicas. Pelo contrário, eles diriam que um dos pontos centrais da democracia deveria ser, justamente, o de que a discussão pública seja ampliada até alcançar áreas situadas muito mais além das questões constitucionais básicas.

Com efeito, eventuais e demasiadas objeções ao debate público pode solapar o alcance de um ajuste social, além de causar implicações de ordem conceitual, psicológica, cultural e institucional. A dificuldade de construir uma “estratégia de evitação” ou de “erguer barreiras institucionais” ou de criar “filtros institucionais” geram inconvenientes práticos, além de anestesiar as concepções mais profundas e latentes sobre a fé, a virtude moral e de como viver (GARGARELLA, 2008, p. 243).

A razão pública é um complemento valioso de uma democracia constitucional, dada a pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis. Por isso, a razão pública representa o lugar central ao dever de civilidade como protótipo de democracia, além de seu conteúdo advir de valores políticos, norteados por uma convicção política de justiça, livre de crenças religiosas, filosóficas e morais. Dito de outra maneira, o conteúdo da razão pública constitui os princípios substanciais de justiça para a composição básica da sociedade, os parâmetros de indagação e as concepções de virtude que possibilitam a razão pública. Conforme será adiante demonstrado, utilizaremos o poder da razão pública compartilhada para a construção de cidades inteligentes e inclusivas.

A baliza da razão pública escora-se no modelo de cidadãos democráticos que apresentam questões políticas embasadas nos valores públicos razoáveis, a ponto dos concidadãos subscreverem e chancelarem. Obviamente que razão pública requer o difícil equilíbrio de valores públicos razoáveis em casos peculiares, daí porque é o debate público a qualidade de uma sociedade plural e democrática e releva um valiosíssimo avanço ao destacar o dever de civilidade como a estrela do oriente do ideal de democracia, considerando como conteúdo somente valores políticos e as diretrizes de uma concepção política de justiça, imiscuindo-se de se relacionar com doutrinas morais abrangentes.

de pessoas razoáveis: vontade de propor e honrar a cooperação equitativa; o reconhecimento dos limites da razão e de suas consequências; orientação da conduta por princípios argumentativos comuns com outros e a consideração das consequências das próprias ações sobre os demais.

14 Rawls (2011, p. 18-26 e 289) denomina vários problemas de extensão conforme nominados na Conferência I, § 3.4, tais como: extensão da justiça quanto aos deveres com a geração vindoura; extensão dos conceitos e princípios ao Direito Internacional e às relações políticas *jus gentium*; formulação de princípios aplicados à saúde e as relações com o Direito animal e o Direito Ambiental.

O respeito ao princípio de legitimidade é, então, em síntese, o que vem a promover nos cidadãos um “dever que não é legal, mas moral”, que é o dever de recorrer a razões públicas toda vez que se discute o conteúdo essencial da constituição. Rawls chama esse dever de “dever de civilidade”. De modo mais preciso, em LP, o dever de civilidade é definido como um dever próprio do “ideal de cidadania”, que exige que sejamos capazes de explicar uns aos outros [...]. Esse dever – continua Rawls – envolve também nossa disposição para escutar os outros e determinar quando temos que nos adaptar a seus pontos de vista (GARGARELLA, 2008, p. 238).

Com efeito, a posição rawlsiana mostra-se objetiva exatamente em razão da dificuldade de se extrair um ajuste social (consenso sobreposto) diante da pluralidade de opiniões morais, religiosas e filosóficas abrangentes, o que revela ser a objetividade uma justificação pragmática ante a diversidade que é característica permanente de uma comunidade democrática. Dessa forma, Rawls distancia de posições antirrealistas e fundamentalistas e adota um horizonte cognitivista e progressista.

4. O USO DO DEBATE PÚBLICO E DEMOCRÁTICO COMO INSTRUMENTO PARA A CONSTITUIÇÃO DE CIDADES INTELIGENTES E INCLUSIVAS

Conforme debatido alhures, a concepção construtivista política rawlsiana busca responder quais princípios de justiça apontam meios equânimes da cooperação social concebida por cidadãos livres e iguais, racionais e razoáveis, que seja perene dentro de uma comunidade democrática, porém regada por uma diversidade razoável de doutrinas abrangentes. Com isso, restou demonstrado que o construtivismo político visa uma justificação razoável de princípios de justiça autônomos e independente de doutrinas abrangentes, dado o pluralismo razoável, para lograr um consenso sobreposto.

Tal consenso sobreposto, que é um ajuste social, exsurge da razão pública compartilhada, cuja ferramenta qualifica um povo democrático. Escorado nesta premissa, tem-se que o debate público democrático é um instrumento eficaz para a construção de cidades inteligentes e mais inclusivas, notadamente porque a política é associada à materialização das cidades.

As cidades reinventam-se e transformam-se num ritmo intenso de conflitos e superações. A globalização enquanto fenômeno, aliás, um dos mais significativos que se desenvolveu em sua terceira onda, a partir de meados do século passado, favoreceu uma série de novas interconexões, dentre as quais as relações econômicas, em seu modelo neoliberal, entre diversos e diferentes atores sociais transnacionais, em escala planetária, trazendo aspectos positivos e negativos que impactam diretamente no espaço urbano. Dito de outra forma, com a globalização os avanços tecnológicos, a partir da década de 90 do século XX emerge o slogan “*smart*” como um proeminente anúncio da era digital. O termo se torna ubíquo e abarca a tudo e, no que pertine, aplica-se também às cidades, especialmente quanto a inteligência e a importância política. E, o que seria uma *smart city* ou cidade inteligente? O conceito de cidade inteligente pode ser definido a partir de uma abordagem tecnológica focada em tecnologias de aplicadas à infraestrutura física urbana, ou a partir de uma abordagem holística que consi-

dera os inúmeros componentes interligados que caracterizam o sistema urbano (RIZZON; et al., 2017). O presente trabalho opta por abordar as *smart cities* em uma perspectiva holística, na medida em que nesta há a valorização do capital humano e social associados a tradicional e a moderna infraestrutura em TICs voltadas para o crescimento econômico sustentável.

A “*Smart City* é geralmente caracterizada pela ampla utilização de TIC em infraestruturas tradicionais” (RIZZON et al., 2017, p. 126). A literatura indica vários conceitos de cidade inteligente, dentre os quais cita-se Komninos, Schaffers & Pallot (2011, *apud* RIZZON et al. 2017, p.127) para os quais “ O conceito de Smart City está ligado Às noções de competitividade global, sustentabilidade e qualidade de vida, apoiados por redes de banda larga e tecnologias modernas”; Giffinger et al. (2007 *apud* RIZZON et al. 2017, p.127) afirma que,

Uma Smart City é uma cidade que está em franco desenvolvimento nestas seis características: economia inteligente; pessoas inteligentes; governança inteligente; mobilidade inteligente; ambiente inteligente e; vida inteligente, construídos com uma combinação de doações e autogerenciamento, com cidadão independentes e conscientes.

A cidade inteligente é sem sombra de dúvidas oriunda do neoliberalismo econômico (MOROZOV; BRIA, 2019). E, por essa motivo propõe-se demonstrar que a razão pública compartilhada é assaz a incentivar movimentos e atores sociais contra a austeridade e a quedar a fragmentação dos espaços públicos inaugurados pelo neoliberalismo financeirizado, de modo a elencar alternativas democráticas, desenvolvimento local por meio da cooperação do conhecimento e da inovação, intervenções estratégicas e distribuição dos atributos das cidades inteligentes a todos os cidadãos, incluindo-os ao seio social mediante a distribuição dos recursos incorporados pelas cidades. Reforçando galgar um olhar mais voltado aos cidadãos e à governança eficiente e participativa.

Para tanto, a eficácia do debate público abre, norteia e cria possibilidades, tais como, a defesa da administração coletiva de recursos públicos e a elaboração de políticas públicas que alcancem a soberania tecnológica rumo ao combate da precarização do trabalho, dos despejos, da apropriação monopolizada de dados, da desigualdade social e da privatização da *smart city*, tendo como mote a construção de cidades na vertente de baixo para cima (MOROZOV; BRIA, 2019). Nesse sentido, visando “criar engajamento no ecossistema urbano por uma série de workshops de cocriação, em que será possível influenciar diretamente o planejamento da cidade e incentivar a inteligência coletiva dos cidadãos e o envolvimento de todos os agentes urbanos” (MOROZOV; BRIA, 2019, p. 100).

O debate público da *city data commons* (dados da cidade abertos) sinaliza um novo pacto social e tomada de decisões mais acertadas, mais ligeiras e democráticas, além de promover a incubação de novas ideias, a melhora dos serviços públicos e o empoderamento dos cidadãos, assegurando que os bens e os recursos públicos sejam distribuídos a todos indistintamente e administrados pelo bem comum. O fortalecimento de alternativas à economia de compartilhamento e incentivo de novas formas de financiamento que assegurem melhores oportunidades são noções construídas pelo debate público (MOROZOV; BRIA, 2019, p. 100-101).

Ademais, a construção de espaços de escuta e discussão erige uma cultura democrática, notadamente para impor às contratações públicas “cláusulas éticas, equitativas de gênero, de inovação e de sustentabilidade que definam como as cidades comprem seus produtos” (MOROZOV; BRIA, 2019, p. 101). Os cidadãos devem pleitear recursos inovadores e participa-

tivos que visem a formação de fundos para demandas sociais peculiares e financiamentos mais democráticos e inclusivos, além de um novo trato holístico das políticas tecnológicas. É imperiosa a construção de uma cultura ágil e transparente tendo como norte o combate à corrupção, além de dar “acesso a todo o conhecimento comum, a dados abertos e a infraestruturas urbanas como forma de garantia de uma qualidade de vida melhor e de serviços públicos melhores, mais baratos e mais justos” (MOROZOV; BRIA, 2019, p. 101).

Isso depende da retomada de conhecimentos, dados e infraestruturas tecnológicas essenciais que com muita frequência estão sob controle de poucas grandes multinacionais prestadoras de serviços. Além disso, a soberania tecnológica – incluindo a adoção de softwares, padrões e estruturas livres – deve ser entendida como um pré-requisito para o desenvolvimento de uma pauta tecnológica realmente democrática e capaz de gerar novas economias produtivas e de facilitar o compartilhamento do conhecimento entre cidades, países e movimentos. (MOROZOV; BRIA, 2019, p. 103).

Cidades inteligentes e inclusivas requer um governo inteligente que estabeleça planejamento em curto, médio e longo prazo. Disso, urge desvanecer as proposições políticas alicerçadas apenas em políticas de curto lapso, porquanto configura práticas eleitoreiras, ou seja, urge o combate da síndrome da descontinuidade de políticas públicas, ante a preponderância do interesse público. Cediço que diante da alternância de poder, alguns programas inaugurados por gestões anteriores são extintos para dar guarida à novas propostas, (que muitas vezes destoa das demandas necessárias e já planejadas), desconsiderando os programas outrora iniciados. Contudo, a razão pública impõe a prevalência da democracia e dos interesses coletivos, priorizando o bem estar social.

O desempenho exigido dos governantes e sua relativa importância dependem de algumas situações. No entanto, uma função essencial de todos os governantes é cumprir um importante, e muitas vezes crítico, papel na tomada de decisões e, em particular, na elaboração de políticas relevantes. As decisões governamentais podem ser divididas em decisões relativamente rotineiras com questões atuais, e que não faz muita diferença; é o que eu chamo de ‘notáveis políticas’, que visam efeitos sólidos no futuro. Essas políticas consistem em várias combinações de escolhas críticas e estratégias a longo prazo (DROR, *apud* TUCCI, 2020, p. 49).

Por meio do debate público e da construção de metas democráticas, um governo deve perscrutar uma gestão financeira, tributária e patrimonial eficiente e informatizada, bem como, uma gestão da educação, dos recursos humanos, da saúde, da assistência social, do meio ambiente, da sustentabilidade urbana, do atendimento aos cidadãos, da avaliação dos sistemas e de um banco de dados a exemplo do *big data*, todos informatizados. Além disso, uma cidade inteligente e inclusiva utiliza o debate público como premissa que fomenta a economia local, desde que observe as seguintes ações: cuidados com o meio ambiente; planejamento urbano eficiente e receptivo às novas tecnologias; mobilidade urbana com gerência *on time*; administração pública transparente e com acesso a todos os cidadãos; segurança; economia de energia (energia renovável) e a adoção do *compliance* e da lei anticorrupção (NETO, 2019, p. 47-52).

Cabe ressaltar que a construção de cidades inteligentes e inclusivas não é responsabilidade somente dos governos, isto é, os cidadãos devem se conscientizarem e construir uma concepção política de cidade com ênfase nos impactos sociais, econômicos, ambientais e culturais. A participação de cada um é fundamental para lograr decisões importantes que assegurarão direitos e deveres da coletividade.

Lado outro, cabe advertir que *smart cities* são resultados de um sinecismo tecnológico, o que pode acarretar novas formas de exclusão, caso não ocorra uma democratização de acesso aos meios digitais e não haja uma política de oposição ao monopólio da propriedade intelectual de reversão dos dados apropriados para dados abertos. Visando evitar novas frentes de segregação urbana, a cidade inteligente e inclusiva deve ser construída em harmonia com o direito à cidade (GOMES *apud* SUTTI, 2020, p. 52), notadamente porque cidades são erigidas para pessoas e são o *locus* de concretização dos direitos humanos. Com efeito, a participação do povo, a construção e a celebração da razão pública é uma postura epistêmica e democrática.

Em oposição à financeirização neoliberal que privatizam tanto o espaço público quanto as *smart cities*, é pertinente socorrer-se do pensamento de Enio Waldir da Silva (2014) para o fortalecimento democrático. Citado autor apregoa a possibilidade de instituir um *contrapoder* crítico e eficaz, capaz cooptar o maior número possível de pessoas e de promover as conquistas mais sofisticadas e avançadas da pesquisa científica e artística para oferecer a todos um acesso mínimo aos produtos mais raros e mais nobres da reflexão humana. Isso acena para a implantação de políticas públicas de cunho distributivo que instrumentaliza a democracia como caminho e finalidade de uma sociedade justa.

Assim, por meio da construção de razões públicas compartilhadas, é possível lograr um consenso que aborde propostas para a implantação de um novo modelo urbano, como o enfrentamento das emergências climática e sanitária, e a redução das disparidades sociais. Do mesmo modo, cidades inteligentes e sustentáveis almejam redes urbanas mais estreitas; desenvolvimento dos subúrbios; estímulos ao *homeoffice*; revezamento entre trabalho presencial e remoto; informação; educação, domínio de outras línguas; retomada da economia verde; governança com participação; construção de edifícios flexíveis e de espaços verdes, abertos e plurais; segurança; redesignação das ruas e calçadas para pedestres e ciclistas; melhoramento do transporte público, fortalecimento das associações de bairros, etc.

O planejamento inteligente das cidades é um atributo ontológico, antropológico, ambiental, social, econômico e primordialmente de educação para se ter acesso ao conhecimento e à inclusão social, por meio de uma revolução de mentalidades e participação social, em que as instituições educacionais se perpetuem no tempo e alcance todos os lugares da cidade.

Igualmente como Rawls, o contexto hodierno marcado pela pluralidade reconhece a democracia¹⁵ como uma ferramenta hábil e necessária para a organização social, para a tolerância e para a reinvenção de novas práticas democráticas equitativas.

A democracia encontra a sua unidade e a sua permanência nesta constante busca de si mesma, em nome do direito, nesta procura infinita de seu equilíbrio e no reconhecimento da finitude. A renúncia à unidade permite à sociedade escapar à tutela do Estado e aceder, desde logo, a uma experimentação plural de si mesma, abundante, sob o signo de um permanente desafio, em nome da nova referência aos direitos do homem. (GARAPON, 1996, p. 50).

15 Cabe esclarecer que Habermas enalteceu o discurso político com a presença dupla de “questões de justiça” e “questões instrumentais de poder e coerção”. Lado outro, acusa que a teoria de Rawls “gera uma prioridade dos direitos liberais que rebaixa o processo democrático a um status inferior” e inclui em sua lista de direitos queridos pelos liberais “a liberdade de crença e consciência, a proteção da vida, a liberdade pessoal e a propriedade” (SEN, 2011, p. 359). Rawls rebate a acusação e reconhece alguns apontamentos, porém, a importância das críticas e das contribuições é “que os pontos centrais de uma compreensão mais ampla da democracia são a participação política, o diálogo e a interação pública” (SEN, 2011, p. 360).

Cabe ao poder político ampliar a vida humana em estilo democrático. “A justiça não nos livrará nunca da perturbação de ter de fazer política, mas convida a inventar uma nova cultura política” (GARAPON, 1996, p. 286) e isso consiste em estimular um novo senso cívico para pôr fim à hipocrisia que solapa a democracia. “[...]o político deve considerar-se não apenas como uma instância de redistribuição de riquezas, mas também como a arquitetura de um espaço político comum provedor de identidade cívica para todos.” (GARAPON, 1996, p. 287).

Por fim, um dos desafios dos direitos humanos consiste na implantação de uma cultura democrática, pois se a democracia lograr assegurar o diálogo das diferenças, é possível avançar nas conquistas locais, a emancipar e incluir os cidadãos e a compartilhar conhecimentos. Além disso, em plena era digital, certamente a tecnologia é uma ferramenta de construção da justiça e da paz, bastando para tanto que o indivíduo supere o individualismo moral e a atuação política pautada no autointeresse e logre ver, aceitar e respeitar a alteridade.

5. CONCLUSÃO

A problematização desenvolvida no presente estudo partiu da ideia de Rawls em seu escopo era criar um artefato apto a reduzir as desavenças políticas oriunda das diversidades. Diante disso, defendeu que os princípios norteadores da justificação construtivista se distanciassem das doutrinas morais, filosóficas e religiosas, cabendo buscar a construção de um debate público e objetivo, cujo resultado fosse endossado por todos os cidadãos, independente das concepções de bem e das verdades que cada um carrega.

Rawls propõe um construtivismo político, pois dada a pluralidade razoável, busca uma justificação de princípios de justiça cognitivista, objetiva e pragmatista, que foge das doutrinas abrangentes razoáveis, mas que logre alcançar um consenso sobreposto. O consenso por sobreposição é fruto da razão pública, a qual não milita com doutrinas abrangentes razoáveis. Antes, busca o politicamente razoável que enaltece valores morais-políticos, com vistas à reciprocidade que, por sua vez, clama um dever de civilidade e um ideal de democracia em defesa da participação popular, da tolerância e da liberdade de consciência que assegure os direitos, liberdades e oportunidades fundamentais para a construção de cidades inteligentes e inclusivas.

A razão pública como imperativo democrático aponta para novas ideias, novos direitos e deveres e para novos atores que busquem a justiça equitativa frente às complexidades contemporâneas. Rawls apontou limitações de sua teoria e acenou para a complementação da mesma.

Desse modo, o debate público é o móbil da democracia participativa que exige tanto o respeito do Estado como dos cidadãos. Logo, não obstante ser a *teoria da justiça como equidade* de Rawls uma teoria insuficientemente igualitária e liberal, é correto afirmar que sua concepção de justiça política ainda é contemporânea, cabendo ser complementada diante das novas e emergentes complexidades sociais, mormente no contexto urbano, já que as cidades sempre se reinventam e mudam constantemente.

Uma concepção política de cidades inteligentes e inclusivas somente é alcançada por cidadãos engajados com o dever de reciprocidade e civilidade, que por meio da discussão pública compartilhada é possível lograr políticas públicas que atenda todas as extremidades sociais. Por mais que seja impossível o alcance de uma sociedade uniformizada ou absolutamente justa e igual, ou, que nem todos os cidadãos sejam livres e iguais, vez que é impossível ter liberdade diante da fome, da pobreza, do desconhecimento, da exclusão social, etc., deve-se estabelecer mecanismos de escuta e participação nas capilaridades urbanas, fomentando a democracia participativa, a fim de que ao menos seja celebrada a igualdade de acesso aos bens fundamentais.

A razão pública constrói uma identidade democrática na instrução e capacitação de cada indivíduo e, a partir disso, cada um vê o outro não com austeridade, mas com respeito e como igualmente capaz. Com esse objetivo a articulação esclareceu que a eficácia do debate público cria várias possibilidades, tais como, a implantação de um imposto progressivo focado em um rejuvenescimento patrimonial, o compartilhamento de conhecimentos e poderes, a defesa da administração coletiva de recursos públicos e a elaboração de políticas públicas que alcance a soberania tecnológica rumo ao combate das desigualdades sociais, tendo como norte a construção de cidades na vertente de baixo para cima, que engaje o ecossistema urbano para influenciar o planejamento da cidade e incentivar a inteligência coletiva dos cidadãos.

Além disso, a construção de espaços de escuta e discussão erige uma cultura democrática, tal como o debate da *city data commons* (dados da cidade abertos), que sinaliza um novo pacto social e tomada de decisões democráticas, promovendo a incubação de novas ideias, a melhora dos serviços públicos, bem como assegura que os bens e os recursos públicos sejam distribuídos a todos indistintamente e administrados pelo bem comum.

A cidade inteligente numa perspectiva holística conclama os cidadãos, os governos e os diferentes atores sociais a formular políticas que impeçam a privatização de espaços públicos, a monopolização de dados e a exclusão social em prol do bem comum coletivo. Enfim, a chamada *smart city* requer uma concepção de justiça política urbana que vise a manutenção da ordem pública, a confiabilidade antropológica, a empatia e a celebração de novas solidariedades, com escopo de atenuar as divergências e lograr um arranjo social inteligente, inclusivo, justo e democrático, notadamente para dissipar o fosso crescente das desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Divis/Instituto Piaget, 1996.
- GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LEFEBVRE, Henri. **A Revolução Urbana**. Tradução de Sérgio Martins. Belo Horizonte: Editora UGMG, 2008.
- MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. **A cidade inteligente**: tecnologias urbanas e democracia. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2019.
- NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RIZZON, Fernanda; BERTELLI, Janine; MATTE, Juliana; GRAEBIN, Rosani Elisabete; MACKE, Janaina. **Smart City**: um conceito em construção. Revista Metropolitana de Sustentabilidade. São Paulo, v. 7, n. 3, p. 123-142, Set./Dez., 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/326785680_Smart_City_Um_conceito_em_Construcao. Acesso em: 09 jan, 2021.

ROLNIK, Raquel. **O que é a cidade**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução de Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Enio Waldir. **Estado, Sociedade Civil e Cidadania no Brasil**: Elementos para concretização dos direitos humanos. Ijuí: Editora Unijuí, 2014.

SOARES NETO, Vicente. **Cidades Inteligentes**: guia para construção de centros urbanos eficientes e sustentáveis. São Paulo: Érica, 2019.

SUTTI, Alessandra Arantes. **Smart Cities**: sociedade da informação – políticas públicas – tecnologia disruptiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 21/12/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/12/2021
- Avaliação 1: 05/01/2022
- Avaliação 2: 25/01/2022
- Decisão editorial preliminar: 30/01/2022
- Retorno rodada de correções: 04/02/2022
- Decisão editorial/aprovado: 10/02/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

O INSTITUTO DO RECALL À LUZ DA DOUTRINA UTILITARISTA, DE JEREMY BENTHAM, E CASOS PARADIGMÁTICOS

THE RECALL INSTITUTE IN THE LIGHT OF THE UTILITY DOCTRINE, BY JEREMY BENTHAM, AND PARADIGMATIC CASES

ANA LARISSA DA SILVA BRASIL¹
GABRIELE APARECIDA DE SOUZA E SOUZA²
FRANCISCO QUINTANILHA VERÁS NETO³

RESUMO

No Brasil, a proteção do consumidor encontra-se fundada na Constituição Federal de 1988 e, na legislação infraconstitucional, está abarcada sobremaneira na Lei Federal nº 8.078/1990, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor. Eis que se constata na realidade a desigualdade presente nas relações consumeristas e a vulnerabilidade – que pode ser técnica, jurídica, política ou legislativa, econômica, social, dentre outras – do consumidor ante a figura do fornecedor. Com origem nos Estados Unidos da América, na década de 1960, o *recall* é um, dentre os instrumentos de proteção possíveis, para a preservação da saúde, da segurança e da vida dos consumidores. O presente artigo objetiva analisar o instituto do *recall*, um dentre os instrumentos existentes para a defesa dos direitos consumeristas, relacionando-o à doutrina utilitarista formulada no século XIX pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham, abordando, à guisa de exemplo, casos paradigmáticos envolvendo o *recall* e o uso da lógica utilitarista pelos fornecedores. Observa-se que a aplicação da doutrina benthaniana permite violações a direitos individuais e, no que se refere ao *recall*, o Código de Defesa do Consumidor se mostra o instrumento positivado capaz de tutelar o consumidor contra a coisificação do ser humano. Para os fins propostos, a metodologia utilizada é, primordialmente, dedutiva, por meio de levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Consumidor. *Recall*. Utilitarismo. Jeremy Bentham.

- 1 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharela em Direito pela Universidade Regional do Cariri. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade Paraíso do Ceará. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9015-0544>.
- 2 Mestranda em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0294-3112>.
- 3 Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1620-6017>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BRASIL, Ana Larissa da Silva; SOUZA, Gabriele Aparecida de Souza e; VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha O instituto do recall à luz da doutrina utilitarista, de Jeremy Bentham, e casos paradigmáticos. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 87, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.7959>.

ABSTRACT

In Brazil, consumer protection is founded on the Federal Constitution of 1988 and, in the nonconstitutional legislation, is mainly covered by Federal Law N°. 8.078/1990, also known as the Consumer Protection Code. In fact, one can see in reality the inequality present in consumer relations and the vulnerability - which may be technical, legal, political or legislative, economic, social, or other - of the consumer before the supplier figure. Originating in the United States of America in the 1960s, recall is one of the possible protective instruments for preserving the health, safety and life of consumers. This article aims to analyze the recall institute, one of the existing instruments for the defense of consumers rights, relating it to the utilitarian doctrine formulated in the nineteenth century by the english philosopher and jurist Jeremy Bentham, addressing, by way of example, paradigmatic cases involving the recall and the use of utilitarian logic by suppliers. It is observed that the applications of the aforementioned Bentham doctrine allows violations of individual rights and, with regard to recall, the Consumer Defense Code is the positive instrument capable of protecting the consumer against the objectification of human beings. For the objective purposes, the methodology used is primarily deductive through bibliographic survey.

Keywords: Consumer. Recall. Utilitarianism. Jeremy Bentham.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no capítulo relacionado aos direitos fundamentais o dever do Estado de atuar em favor da defesa dos consumidores. Com efeito, as relações consumeristas são compostas por partes – consumidor e fornecedor – que se encontram em posição de desigualdade entre si.

O fornecedor está, nessa relação, presumivelmente em situação vantajosa, pois tem mais condições de saber sobre os produtos que coloca em circulação – por exemplo, se cumprem as exigências mínimas de segurança para o consumo.

O consumidor, por sua vez, está sempre sujeito a sofrer danos, ante a ausência, na quase totalidade dos casos, de conhecimento técnico sobre o que está adquirindo, afora a sua eventual vulnerabilidade jurídica no que diz respeito a buscar a efetivação de seus direitos.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), principal norma de proteção dos consumidores no Brasil, abarca, dentre outros, o instrumento do *recall* para a defesa dos interesses do consumidor. Consiste, pois, no chamamento para recolhimento de produtos defeituosos e que, muitas vezes, pela falta de qualidade, colocam em risco a saúde, a segurança e a vida de quem lhes tenha obtido.

Esse procedimento é, hodiernamente, muito comum na indústria automobilística, que, por meio de anúncios publicitários, deve retirar de uso os automóveis que representem risco aos seus usuários, e mesmo a terceiros, procedendo ao reparo do defeito detectado sem custos para o consumidor.

A partir da contextualização delineada, o presente trabalho apresenta como problemática a que segue: de que maneira o uso da lógica utilitarista viola os direitos individuais dos consumidores nos casos de *recall*?

No esforço de desenvolver a problemática proposta, o artigo tem como objetivo geral analisar o uso da lógica utilitarista nos casos de *recall* e a violação a direitos individuais e cole-

tivos dos consumidores. Como objetivos específicos, pretende: compreender a positivação dos direitos dos consumidores no Brasil e o instituto do *recall*; relacionar o instituto do *recall* e a lógica utilitarista de Jeremy Bentham e por fim, explicar os casos paradigmáticos de *recall* e a lógica utilitarista.

A pesquisa tem como justificativa a atualidade e originalidade do tema, o desejo de contribuir para o desenvolvimento de outras pesquisas acerca do assunto, além de proporcionar uma análise do direito do consumidor a partir da lógica utilitarista e verificando-se o impacto sobre a saúde e segurança dos sujeitos.

Como hipótese, entende-se que a lógica utilitarista permite a violação de direitos, reduzindo a um cálculo de felicidade, convertendo o consumidor em mercadoria e dinheiro, entrando em choque ao que preleciona o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal de 1988.

Nesse rumo de pensamento, o presente artigo tem por objetivo analisar o instituto do *recall*, um dentre os instrumentos existentes para a defesa dos direitos do consumidor, relacionando-o à doutrina utilitarista formulada no século XIX pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham, abordando, outrossim, casos paradigmáticos envolvendo o *recall* e o uso da lógica utilitarista pelos fornecedores.

Para os fins propostos, a metodologia utilizada será, como método de abordagem o dedutivo, pesquisa de cunho qualitativo e explicativo e a técnica de pesquisa documental indireta.

2. A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES NO BRASIL E O INSTITUTO DO *RECALL*

No Brasil, a proteção aos direitos do consumidor foi contemplada na redação original da Constituição Federal de 1988 entre outros direitos individuais e coletivos, vide-se o artigo 5º, inciso XXXII, segundo o qual “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

Conforme o artigo 48 dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias, o Congresso Nacional teria cento e vinte dias a contar da promulgação da Carta Magna para elaborar um Código de Defesa do Consumidor, de modo que fosse assegurado aos consumidores a defesa e proteção apropriada para suas demandas no mercado de consumo. O artigo 48 mencionado, a saber: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

A produção do Código aludido não foi finalizada no tempo previsto pela Constituição, haja vista a sua conclusão em 1990, porém, quando sancionado, trouxe o que havia de mais atual à época. Sob a forma da Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor é uma norma de ordem pública e de interesse social, positivando “valores básicos de uma sociedade” e, por conseguinte, “indisponíveis à vontade das partes” (MARQUES, 1994, p. 143).

Cumpra dizer que essa característica – de ordem pública e de interesse social – representa também uma limitação à autonomia privada, seja no aspecto econômico ou jurídico. Quando se caracteriza a norma consumerista como sendo de interesse social, remete-se a ideia de “[...] proteção de um grupo social determinado, os consumidores, assim definidos em lei, considerados, em princípio, como vulneráveis na sociedade de massas” (MARQUES, 1994, p. 144).

Eis que se constata na realidade a desigualdade presente nas relações consumeristas e a vulnerabilidade – que pode ser técnica, jurídica, política ou legislativa, econômica, social, dentre outras – do consumidor ante a figura do fornecedor. Em Baggio:

O fornecedor é sem dúvida aquele que detém o conhecimento técnico a respeito do produto ou serviço que está oferecendo, aquele que tem melhores condições de compreender a contratação em toda a sua amplitude. Como é o responsável pelo produto ou pelo serviço, por sua fabricação e colocação no mercado, tem condições de saber quais as melhores condições de contratação, quais as especificidades do produto, quais os possíveis erros ou falhas na sua utilização. O consumidor não detém essas informações e, portanto, coloca-se em situação de desvantagem em relação ao fornecedor. (BAGGIO, 2012, p. 41)

Pois bem, observada essa vulnerabilidade, um dos instrumentos que as normas consumeristas, não somente no Brasil como em outros países, trouxeram para evitar danos aos consumidores, especialmente no que se refere à integridade física, é o *recall*, prática comum no mercado de consumo, também chamado de convocação ou chamar de volta. Trata-se, segundo Tartuce e Assumpção (2018, p. 297), de “[...] um ato de convocação dos fornecedores para que os consumidores ajam em colaboração ou cooperação, um dos ditames da boa-fé objetiva”.

É um instrumento que busca promover a saúde e segurança e surgiu após alguns acidentes graves com consumidores de diversos países. Ele é, também, reflexo da sociedade de massa que busca de forma incessante o lucro e a produção em série para atender às necessidades que os próprios mercados induzem nos consumidores, esse é o cenário do consumo nos países do Ocidente e a dinâmica com que as mudanças ocorrem demonstram quão importante é a proteção dos consumidores contra aqueles produtos que os colocam em risco.

2.1 O RECALL NO CDC

Com origem nos Estados Unidos da América – EUA, na década de 1960, o *recall* tem como nome forte, para sua consagração, o advogado Ralph Nader, formado em Harvard. Nos primeiros dois anos de sua graduação, Nader estudava acerca dos perigos da indústria automobilística e da baixa qualidade dos automóveis colocados no mercado.

Ele continuou sua pesquisa, escreveu e publicou, em 1965, o livro intitulado *Unsafe at Any Speed*⁴, realizando uma acusação contundente à indústria automobilística: a de oferecer aos consumidores carros inseguros e de disponibilizar informações enganosas acerca de seus produtos, tudo isso com o objetivo de maximizar seus lucros (BELINKY, 2010).

4 Inseguro a qualquer velocidade (tradução livre).

A partir dessa denúncia pública de Nader, diversos países passaram a atentar para a realização do *recall* como instrumento de proteção contra danos sérios à saúde, à segurança e à integridade física dos consumidores. No Brasil, o instituto é contemplado no artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor, a saber:

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito (BRASIL, 1990).

O dispositivo mencionado proíbe, de forma expressa, a colocação no mercado de consumo, de produto ou serviço que possua alto grau de nocividade ou periculosidade. Para Grinover (2011), essa expressão “alto grau de nocividade ou periculosidade” contém uma espécie de “zona de penumbra”, haja vista não definir os parâmetros para tal constatação. Assim, o aplicador da norma passa a ser o responsável por medir, em cada caso, o grau de nocividade ou de periculosidade do produto ou serviço disponibilizado no mercado de consumo.

No §1º, o legislador inseriu a ideia de nocividade futura, quando da colocação do produto ou serviço no mercado, seja no que diz respeito a automóveis⁵ ou em relação a qualquer produto ou serviço.

Reconhece-se que o fornecedor tem presumivelmente conhecimento do nível de nocividade ou periculosidade do produto que põe em circulação, sendo responsável por alertar os consumidores por meio de anúncios publicitários e comunicando o fato imediatamente às autoridades competentes.

No §2º o dispositivo reforça que os anúncios serão veiculados às expensas do fornecedor e no §3º amplia o dever jurídico-administrativo de informar os consumidores acerca dos riscos do alto grau de nocividade e periculosidade dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo (GRINOVER, 2011).

Nesse seguimento, o CDC estabelece que:

[...] a titularidade do direito consumerista à saúde e segurança é de toda a coletividade. Assim, sob a perspectiva do chamamento, o consumidor deve ser entendido de forma abstrata, representando todas as pessoas aptas à exposição a produtos ou serviços perigosos, sendo irrelevante a análise da qualificação como destinatário final (GONTIJO; LARA, 2013, p. 6).

5 O instrumento do *recall* é mais conhecido pela sua aplicação no setor automobilístico, no entanto, as normas valem para qualquer produto ou serviço que enseje nocividade e periculosidade ao consumidor e que não tenha sido percebida no momento de colocação no mercado de consumo.

Dessa forma, o CDC impõe ao fornecedor o dever de qualidade dos produtos ou serviços destinados ao mercado de consumo, estabelece a teoria da qualidade, distinguindo os vícios de qualidade por insegurança, disposto nos artigos 12 a 17 do Código consumerista, em título nomeado como “responsabilidade por fato do produto ou serviço”, e os vícios de qualidade por inadequação, insertos nos artigos 18 a 25, denominado “responsabilidade por vício”.

Nesse contexto, importante ressaltar que o artigo retro mencionado é um dispositivo que indica linhas gerais acerca do *recall*, sendo encontrado mais detalhes na Portaria nº 487 de 15 de março de 2012 do Ministério da Justiça. Nela é disciplinado o procedimento de chamamento dos consumidores ou *recall* de produtos e serviços que, após serem colocados no mercado de consumo, forem considerados nocivos ou perigosos (BRASIL, 2012).

Uma das ações a serem realizadas pelos fornecedores, ao verificar a nocividade ou periculosidade de produtos e serviços inseridos no mercado de consumo, deverá comunicar o fato imediatamente ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, aos órgãos estaduais, municipais e do Distrito Federal, ao órgão normativo ou regulador competente para tal. (BRASIL, 2012).

Essa medida deve ser acompanhada das informações detalhadas do produto ou serviço, assim como do defeito apresentado, modelo, ano e demais informações importantes para que não reste dúvidas ao consumidor. Além disso, a portaria impõe a necessária identificação das providências a serem tomadas, determina o plano de mídia a ser adotado para que o chamamento seja amplamente divulgado e o maior número de consumidores seja atingido.

Assim, o anúncio deve ser “direcionado à coletividade de consumidores e não apenas aos proprietários do produto afetado, uma vez que um dos maiores objetivos de um chamamento é garantir o direito à informação clara e ostensiva” (GONÇALVES; MELO, 2015, p. 2).

A portaria ministerial complementa o disposto no CDC e evidencia a preocupação com a saúde e segurança do consumidor, assim como, o compromisso de garantir que a informação seja clara, ostensiva e de qualidade, para que o consumidor tenha os meios necessários para buscar solucionar o defeito apresentado.

Por conseguinte, com o consumidor sendo considerado vulnerável em meio ao mercado de consumo, faz-se necessário o reconhecimento dessa vulnerabilidade tanto como princípio a orientar as relações de consumo, como direito capaz de trazer equilíbrio à relação entre consumidor e fornecedor.

Nesse contexto, a ideia de vulnerabilidade do consumidor advém da produção massificada e do avanço tecnológico que tem sido uma ferramenta importante para os fornecedores (AMARAL, 2017).

Essas características são típicas da sociedade de consumo, estudada por Bauman e outros autores, ele a descreve como uma sociedade na qual “ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável” (BAUMAN, 2008, p. 20).

Nesse sentido, a situação apresentada nos casos de *recall* deixa ainda mais evidente a vulnerabilidade do consumidor frente ao mercado de consumo e as nuances a ele inerentes. Esse instituto passa a equilibrar a relação consumidor-fornecedor.

3. O RECALL À LUZ DA DOCTRINA UTILITARISTA, DE JEREMY BENTHAM

Reconhecendo-se a hipossuficiência – técnica, jurídica, econômica, política ou legislativa, social, entre outras – dos consumidores nas relações de consumos foram criados diversos mecanismos legais para a sua proteção, dentre eles, como visto, o *recall*. A mencionada vulnerabilidade pode ser verificada e ilustrada por meio de situações ocorridas no contexto da indústria automobilística, as quais serão abordadas adiante.

Com efeito, no presente artigo, deseja-se chamar a atenção para a lógica utilitarista – compreendida como aquela advinda do “utilitarismo”, doutrina formulada no século XIX por Jeremy Bentham – que, por vezes, cerca as relações consumeristas, implicando graves riscos ao bem-estar, à segurança e, até mesmo, à saúde e à vida dos consumidores.

3.1 O UTILITARISMO, DE JEREMY BENTHAM

Conforme o utilitarismo, “o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor” (SANDEL, 2019, p. 48). Trata-se de uma doutrina originalmente formulada no século XIX pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham e desdobrada, posteriormente, por seu discípulo, o filósofo e economista britânica John Stuart Mill.

A ideia de Bentham era, em suma, a de que seria possível calcular a felicidade atribuindo-se valor aos prazeres e às dores da vida, de modo que a felicidade estaria mais próxima quanto mais elementos existissem referentes ao prazer e menos destes elementos houvesse em relação à dor, ainda considerando variáveis como intensidade, duração, certeza ou incerteza, (GODOI, 2017).

Esse “cálculo felicitário” é exemplificado na situação do “arrebanhamento de mendigos”, relatada por Sandel (2019, p. 49-50) da seguinte maneira:

[Um] plano de Bentham foi uma estratégia para melhorar “o tratamento dado aos pobres” por meio da criação de um reformatório autofinanciável para abrigá-los. O plano, que procurava reduzir a presença de mendigos nas ruas, oferece uma clara ilustração da lógica utilitarista. Bentham percebeu, primeiramente, que o fato de haver mendigos nas ruas reduz a felicidade dos transeuntes de duas maneiras. Para os mais sensíveis, a visão de um mendigo produz um sentimento de dor; para os mais insensíveis, causa repugnância. De uma forma ou de outra, encontrar mendigos reduz a felicidade do público em geral. Assim, Bentham propôs a remoção dos mendigos das ruas, confinando-os em abrigos. (SANDEL, 2019, p. 49-50).

Ainda quanto ao exemplo mencionado, para que se chegasse à utilidade desse “arrebanhamento”, não bastaria retirar os mendigos da rua, abrigando-os fora do alcance da visão do público em geral. “Uma vez lá confinado, cada mendigo teria de trabalhar para pagar os custos de seu sustento, o que contaria pontos em uma ‘conta de autolibertação’. A conta poderia incluir comida, roupas, roupas de cama, cuidados médicos [...]” (SANDEL, 2019, p. 50). Ainda, pela “captura” de mendigos ao fim de levá-los ao reformatório, chegou-se a propor aos cidadãos a “recompensa de vinte xelins por captura – acrescidos, é claro, à dívida do mendigo” (SANDEL, 2019, p. 50).

Afora da lógica utilitarista, indaga-se se essa proposta por Bentham não representaria, na prática, obrigar os moradores de rua recolhidos ao exercício de trabalhos forçados, além da monetarização da miséria alheia, com o oferecimento de recompensa pela “captura”.

Dentro dessa doutrina benthaniana, contudo, o que se deseja é apenas resolver uma problemática que implica na menor felicidade geral e, assim, a partir dela a dissolução do social pode ser justificada pela compreensão de que na sociedade existem interesses naturalmente divergentes entre si, e que alguns deles não devem ser sacrificados em detrimento de outros (CORREA, 2012).

Decerto, muitas críticas são cabíveis ao utilitarismo. Sem dúvida, o pragmatismo desse pensamento torna mais propensa a violação de direitos fundamentais individuais, considerando que “Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais” (SANDEL, 2019, p. 51). Além disso, persiste o problema referente à medição da quantidade: como mensurar em termos precisos, e justos, valores que são, em si abstratos e, inúmeras vezes, subjetivos?

Nesse rumo de pensamento, vide-se um outro exemplo. Sandel (2019), conta: na década de 1930, um psicólogo social chamado Thorndike chefou uma pesquisa em que indagou jovens que recebiam auxílio do governo acerca da quantia que deveriam receber na hipótese de passarem por determinados sofrimentos.

Assim, foi-lhes perguntado, por exemplo, quanto cobriam para permitir a extração de um de seus dentes superiores da frente, ou para que pudessem amputar o dedo mínimo de um de seus pés, ou para que concordassem em comer uma minhoca viva de 15 centímetros, ou para que anuissem em estrangular até a morte com as próprias mãos um gato vira-latas, ou para que passassem a viver o resto da vida em uma fazenda no Kansas, a 16 km da cidade mais próxima.

A pesquisa tinha por finalidade demonstrar que é, sim, possível monetarizar desejos e aversões, prazer e dor. Mas a lista das quantias obtida com a pesquisa apontou absurdas comparações: passar o resto da vida em uma fazenda no Estado do Kansas, a 16 km da cidade mais próxima, seria mais trinta vezes mais custoso do que estrangular um gato; e comer uma minhoca viva de 15 centímetros seria quase duas vezes mais doloroso do que amputar o dedo mínimo de um dos pés.

Além disso, “quase um terço dos participantes [da pesquisa] havia declarado que nenhuma quantia os induziria a sofrer alguma dessas experiências, sugerindo que a consideravam ‘incomensuravelmente repugnantes’” (SANDEL, 2019, p. 62).

Partindo dessas linhas introdutórias, depreende-se a necessária análise de casos importantes, envolvendo o instituto do *recall*, além disso, verificar a sua ligação com a lógica utilitarista e como ele afeta o cotidiano dos consumidores.

3.2 CASOS PARADIGMÁTICOS ENVOLVENDO O RECALL E A LÓGICA UTILITARISTA

Gontijo e Lara (2013) constatam que o *recall* é um procedimento que depende, em sua essência, de uma ação do consumidor, observando-se que este deve ao responder ao chamamento, mas sempre terá custos pessoais e que não serão arcados pelos fornecedores.

O consumidor, assim, “remunera os riscos da atividade empresarial em duplicidade, seja para adquirir o produto ou serviço, seja para arcar parcialmente com os custos de adesão às campanhas de chamamento” (GONTIJO; LARA, 2013, p. 13)

Os fornecedores, por sua vez, possuem conhecimento, calculam previamente os custos dos riscos, o valor que eventualmente será despendido nesse setor e acabam por diluí-lo entre os consumidores.

Sobre a vulnerabilidade do consumidor, Baggio:

Ao afirmar que a vulnerabilidade do consumidor deve ser objeto de proteção, o Código opta por reconhecer a desigualdade que se estabelece entre o consumidor e o fornecedor em uma relação de consumo, desigualdade esta que pode resultar no desequilíbrio econômico ou técnico entre as partes. [...] O reconhecimento dessa vulnerabilidade está intimamente relacionado à proteção ao princípio igualdade consagrado no art. 5º, *caput*, da CF/1988, pois é o consumidor a parte fraca na relação, sendo essa fraqueza decorrente de vários aspectos, dentre eles os de ordem técnica e econômica. (BAGGIO, 2012, p. 40-41)

Observa-se, então, haver um tratamento diferenciado dos fornecedores em relação aos consumidores no momento pré-venda e no momento pós-venda. Neto e Costa (2015, p. 229) apontam que “após ‘conquistar’ o cliente, o tratamento muda, e se torna extremamente dificultoso fazer valer os direitos previstos nos contratos assinados”.

Contudo, não se pode olvidar que as relações de consumo possuem uma função social, de modo que, mantido o direito do fornecedor de realizar seus negócios comerciais, ele deve observar, assim como o consumidor, o ordenamento jurídico, que veda a prática de condutas abusivas (SAYEG, 1995).

Reconhecendo, pois, a vulnerabilidade - técnica, jurídica, política ou legislativa, econômica, social, ambiental, tributária e outras - do consumidor, o Estado tem o dever constitucional de promover a sua defesa, inclusive com fundamento no princípio da igualdade.

Ao tratar de *recall*, também o fornecedor é quem detém, presumivelmente, o conhecimento acerca do produto que colocou em circulação, e do seu nível de nocividade ou periculosidade, sendo, por conseguinte, responsável por alertar os consumidores por meio de anúncios publicitários e comunicando o fato imediatamente às autoridades competentes. Algumas vezes, contudo, prevalecendo-se de uma lógica puramente utilitarista, põe-se em risco a segurança do consumidor em detrimento de eventuais perdas financeiras.

3.2.1 CASO “FORD PINTO”

Em 1971, houve nos Estados Unidos o lançamento, pela Ford Motor Company, do modelo Ford Pinto, um dos carros compactos mais vendidos naquele país à época. Este veículo possuía, contudo, um seríssimo defeito de fábrica, capaz de ocasionar, inclusive, a morte de passageiros e condutores: em caso de colisão traseira, seu tanque de combustível poderia se romper e, com isso, o automóvel poderia incendiar e/ou explodir.

Estima-se que, até 1977, mais de quinhentas pessoas morreram em decorrência do referido defeito (UCHIMURA; LIMA, 2018, p. 2.159). Sandel (2019, p. 59) conta:

Quando uma das vítimas processou a Ford Motor Company pelo erro de projeto, veio a público que os engenheiros da Ford sabiam do perigo representado pelo tanque de gasolina. Mas os executivos da companhia haviam realizado uma análise de custo e benefício que os levava a concluir que os benefícios de consertar as unidades (em vidas salvas e ferimentos evitados) não compensava os 11 dólares por carro que custaria para equipar cada veículo com um dispositivo que tornasse o tanque de combustível mais seguro. (SANDEL, 2019, p. 59)

O número aproximado de automóveis vendidos e que deveriam ter sido recolhidos para reparo totalizava 12,5 milhões de unidades, mas recolhidos não foram. 11 dólares por cada carro consertado significariam para a Ford o custo total de 137 milhões de dólares.

Outro, contudo, foi o caminho escolhido pela empresa. Eis o cálculo monetário seguido efetuado à época, a considerar como cenário não reparar a falha detectada: estimou-se a ocorrência de 180 mortes; de 180 queimaduras, e de 2.100 veículos incinerados no período de um ano. Para cada morte, atribuiu-se o montante de 200 mil dólares⁶; por queimadura, estipulou-se o valor de 67 mil dólares; e, para cada carro incinerado, conferiu-se o *quantum* monetário de 700 dólares. A não realização dos consertos necessários, assim, totalizaria 49,5 milhões de dólares, o que pareceu à Ford uma conduta economicamente mais vantajosa (UCHIMURA; LIMA, 2018).

“O júri ficou revoltado quando tomou conhecimento do estudo e determinou que fosse paga ao autor da ação uma indenização de 2,5 milhões de dólares pelos prejuízos e 125 milhões de dólares por danos morais (total reduzido mais tarde para 3,5 milhões)” (SANDEL, 2019, p. 58). Quer dizer, nesses termos indenizatórios, para a Ford Motor Company, manteve-se a lógica utilitarista, ao menos do ponto de vista da fabricante de automóveis.

3.2.2 CASO RALPH NADER E O “CHEVROLET CORVAIR”

Na década de 1960, o advogado americano Ralph Nader, formado em Harvard, estudava acerca dos perigos da indústria automobilística e da baixa qualidade dos automóveis colocados no mercado e, desses seus estudos, em 1965, escreveu e publicou o livro intitulado

6 Cumpre dizer que também a Administração Nacional de Segurança do Tráfego Rodoviário dos Estados Unidos, no início dos anos de 1970, adotava o mesmo valor para fins de indenização em caso de acidentes com vítima fatal: 200 mil dólares, já consideradas perdas de produtividade, custos médicos e funerários, além da dor e do sofrimento da vítima (SANDEL, 2019, p. 58).

*Unsafe at Any Speed*⁷. “Mr. Nader started researching automotive safety in 1956 as a second-year student at Harvard Law School and kept at it intermittently” (NYTIMES, 2015, *online*).

Mas o livro passou mesmo a ter ótimas vendas após a divulgação de que a empresa General Motors, mencionada por Nader no primeiro capítulo dessa sua obra, contratou detetives para investigar a vida privada de seu denunciante, o que despertou nos consumidores em geral indignação e curiosidade com o caso. Nesse sentido, observe-se o seguinte relato:

Em 1966, a GM contratou detetives particulares para tentar esconder o advogado Ralph Nader, que havia publicado o livro “Unsafe at Any Speed”, onde criticava o Chevrolet Corvair - um carro que não tinha os mínimos equipamentos de segurança já disponíveis na época. Segundo Nader, milhares mortes em acidentes poderiam ser evitados, mas por economia as montadoras não instalavam os equipamentos. Ao tentar tirar Nader de cena, a companhia perdeu prestígio e deixou a impressão de que não estava interessada na segurança dos consumidores (TERRA, 2009, *online*).

Com efeito, nessa obra, o autor realizou uma grave acusação à indústria automobilística: a de causar “[...] milhares de mortes e acidentes, ao oferecer carros inseguros e informações enganosas no afã de maximizar seus lucros” (BELINKY, 2010, p. 62).

Para corroborar sua afirmação, utilizou como exemplo um modelo de automóvel fabricado pela General Motors, o Chevrolet Corvair, destacando a alta incidência de acidentes fatais relacionados a esse veículo, provocados por um defeito de suspensão que tornava mais fácil para o motorista perder o controle e, até mesmo, “rolar” o carro (NYTIMES, *online*).

Um casal que teve seu filho vitimado pelo defeito no Chevrolet Corvair, através de Nader, ajuizou ação indenizatória contra a empresa, mas à época as indenizações no EUA não passavam dos dez mil dólares e isso também contribuía para a negligência das empresas, tendo em conta que os custos com indenizações eram menores que os custos para reparar o defeito dos automóveis.

Com ajuda de um ex-contador da empresa como testemunha, revelou em juízo que o fabricante preferia pagar as indenizações pelos danos causados, inclusive por morte, do que chamar os veículos para reparação do defeito.

Logrando êxito em sua demanda, Nader conseguiu que fosse pago uma indenização milionária à família, “[...] além de uma determinação judicial no sentido de que os veículos defeituosos fossem recolhidos pela fabricante para os devidos reparos” (GUGLINSKI, 2013).

Nesse seguimento, observa-se o pioneirismo e o papel importante exercido por Ralph Nader para estabelecer as bases necessárias à proteção e defesa do consumidor, inicialmente, frente à poderosa indústria automobilística, posteriormente ampliada aos demais casos de nocividade e periculosidade inerentes a determinados produtos e serviço colocados em circulação. O *recall* ou chamamento, apresenta-se como medida inerente ao mercado de consumo na sociedade de massa.

7 Inseguro a qualquer velocidade (tradução livre).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da problemática proposta, desejou-se examinar: de que maneira o uso da lógica utilitarista viola os direitos individuais dos consumidores nos casos de *recall*? Entende-se que a utilização da referida lógica tem potencial efeito de violação a direitos, reduzindo a um cálculo de felicidade, convertendo o consumidor em mercadoria e dinheiro, assim, entrando em choque ao que preleciona o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal de 1988.

Nessa toada, em 1988, as relações de consumo foram contempladas na Constituição Federal, por meio da qual o legislador constituinte manifestou, no artigo 5º, XXXII, sua opção pela defesa dos direitos do consumidor, em razão de sua vulnerabilidade ante o fornecedor.

Reconhece-se que este tem na realidade melhores condições de saber acerca da eventual nocividade e periculosidade dos produtos que põe em circulação. Diferentemente, os consumidores encontram-se quase sempre sujeitos a sofrer danos, considerando-se o seu desconhecimento técnico em relação ao bem adquirido na quase totalidade dos casos.

Pois bem, o legislador, no Código de Defesa do Consumidor, providenciou dispositivos que tratassem especificamente da qualidade de produtos e serviços e das responsabilidades dos fornecedores pelo que oferta no mercado de consumo.

Tendo em conta que, na relação de consumo as informações que os fornecedores possuem os colocam em posição de privilégio em detrimento dos consumidores e com a massificação da produção e consumo, essa proteção dispendida aos consumidores torna-se ainda mais essencial para evitar danos.

De fato, o CDC está revestido de caráter multidisciplinar, tratando de questões administrativas, cíveis, dentre outras, no entanto, sempre voltando-se para a guarda do consumidor e para a sua condição de destinatário final de produtos e serviços. Cumpre dizer que alguns são fornecedores, mas não há quem não seja, em algum momento, consumidor.

O *recall* é, pois, um instrumento de proteção ao consumidor, por meio do qual o fornecedor convoca o consumidor para recolhimento e reparo de determinado bem durável o qual, não sendo consertado, pode gerar danos futuros pelo seu uso.

Exemplos recorrentes de *recall* podem ser encontrados na indústria automobilística, mas, como abordado no presente artigo, nem sempre se privilegiou a segurança e saúde do consumidor em detrimento de eventuais perdas financeiras das empresas, vide-se os casos “Ford Pinto” e “Chevrolet Corvair” apresentados.

No primeiro caso, ocorrido na década de 1970, descobriu-se que, embora sabendo de um defeito no modelo “Ford Pinto”, defeito este capaz de causar acidentes graves, inclusive com mortes. A empresa Ford Motor Company, fabricante do veículo realizou um cálculo nefasto, a partir do qual, chegou à conclusão de que, em termos financeiros, seria menos custoso o pagamento de eventuais indenizações do que realizar o *recall*.

A empresa optou, a princípio, por não fazer os consertos necessários e, com isso, permitiu que mais de cinco centenas de pessoas falecessem ou tivessem queimaduras graves. Haja vista ser mais barato o pagamento de indenizações que, à época, tinham parâmetros baixos, em relação a valores, o que tornava a prática do *recall* onerosa e desinteressante para grandes empresas.

No mesmo rumo de pensamento, também caminhou anteriormente o caso “Chevrolet Corvair” que, na década de 1960, o advogado americano Ralph Nader, estudava acerca dos perigos da indústria automobilística e da baixa qualidade dos automóveis colocados no mercado. A partir desses estudos, em 1965, escreveu e publicou o livro intitulado *Unsafe at Any Speed*.

O caso “Chevrolet Corvair” tornou conhecido o advogado Ralph Nader, que denunciou publicamente a empresa General Motors, fabricante do veículo, no primeiro capítulo de sua obra. Descobriu-se, posteriormente, que em virtude de sua denúncia, teve sua vida privada investigada por detetives contratados pela denunciada. Isso acabou por impulsionar as vendas de sua obra, além de causar indignação dos consumidores em geral.

Observa-se, assim, o uso da lógica utilitarista, formulada por Jeremy Bentham no século XIX, nas situações mencionadas. O cerne da ideia de Bentham era, em suma, a de que seria possível calcular a felicidade, atribuindo-se valor aos prazeres e às dores da vida, de modo que a felicidade estaria mais próxima quanto mais elementos existissem referentes ao prazer e menos destes elementos houvesse em relação à dor, ainda considerando variáveis como intensidade, duração, certeza ou incerteza. Esse “cálculo felicitário”, contudo, olvida que há bens da vida que não podem ser reduzidos a mercadorias e, assim, não podem ser monetarizados.

Cabíveis diversas críticas à doutrina benthaniana, ela permite a violação de direitos individuais. Em contrapartida, o próprio Código de Defesa do Consumidor é uma norma de ordem pública e de interesse social, positivando valores básicos de uma sociedade, que são, por conseguinte, indisponíveis à vontade das partes. É preciso, pois, que o Estado esteja atento à proteção dos direitos dos consumidores, tutelando-os contra a coisificação do ser humano e à redução da vida.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gisele. A eficácia e a importância da obrigatoriedade do recall no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento para assegurar a dignidade do consumidor. In: SILVA JUNIOR, Dinaldo; ARÉCHAGA, Elena Martínez-Zaporta; ARAËJO, Diego Moura de (org.). **Human rights and universal legal**. Barcelona: Autografia, 2017. p. 257-278.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BELINKY, Aron. **Consumo, cidadania e a construção da democracia no Brasil contemporâneo: Observações e reflexões sobre a história do Idec**. 2010. 344 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5374/62080100005.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 ago.2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 17 ago.2019.

BRASIL. Portaria Ministerial nº 487, de 15 de março de 2012. Disciplina o procedimento de chamamento dos consumidores ou recall de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, forem considerados nocivos ou perigosos. Brasília, DF, 16 mar. 2012. p. 159-159. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca/anexos/portaria-no-487-2012.pdf/view>. Acesso em: 01 jun. 2020.

CORREA, Lara Cruz. Utilitarismo e moralidade – Considerações sobre o indivíduo e o Estado. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 27, n. 79, jun.2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v27n79/a11.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2019.

GODOI, Jivago Silva Calado de. **O utilitarismo de Jeremy Bentham e Stuart Mill**: articulações, problemas e desdobramentos. Monografia, Curso de Bacharelado em Filosofia, Universidade Federal da Paraíba, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/4038/1/JSCG31102017.pdf>. Acesso em 10 out.2019.

GONÇALVES, Tamara Amoroso; MELO, Thaísa. Recall no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista dos Tribunais**, S.I., v. 960, p. 1-8, out. 2015.

GRINOVER, A. P., et al. **Código de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

GUGLINSKI, Vitor. **Breve histórico do Direito do Consumidor e origens do CDC**. 2013. Disponível em: <https://vitor-gug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>. Acesso em: 17 ago. 2019.

LARA, F. T. R. ; GONTIJO, G. D. . **Recall**: proteção do consumidor ou transferência de custos e riscos do negócio? In: Viviane Coêlho de Séllos Knoerr; Frederico da Costa Carvalho Neto; Ronaldo Alves de Andrade. (Org.). **Direito do Consumidor**. 1ªed.Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 345-359.

MARQUES, Claudia Lima. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o MÉRCOSUL. **Revista da Faculdade de Direito Ufrgs**, Porto Alegre, v. 1, n. 10, p.140-156, jul. 1994.

NETO, Zaiden Geraide; COSTA, Kerton Nascimento e. **A Eficácia do Código de Defesa do Consumidor em Face do Tratamento Diferenciado aos Consumidores na Fase Pós-Venda, por Parte dos Serviços de Atendimento ao Consumidor**. Seqüência (Florianópolis), n. 71, p. 221-238, dez. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00221.pdf>. Acesso em: 12 out.2019.

NYTIMES. **50 Years Ago, 'Unsafe at Any Speed' Shook the Auto World**. 26/11/2015. Christopher Jensen. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/11/27/automobiles/50-years-ago-unsafe-at-any-speed-shook-the-auto-world.html>. Acesso em: 9 out.2019.

PICOLI, Rogério Antonio. **Sobre o governo em Jeremy Bentham**: o risco das partes e o traçado do todo. Tese de Doutorado, Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-28052007-145753/publico/TESE_ROGERIO_ANTONIO_PICOLI.pdf. Acesso em 10 out.2019.

SAYEG, Ricardo Hasson. **Práticas comerciais abusivas**: monopólio x consumo – abuso do poder econômico – responsabilidade civil e penal. Bauru, SP: Edipro, 1995.

TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor – Volume Único**, 7. ed. Método, 2018. VitalBook file.

UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli; LIMA, Iara Vigo de. Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2143-2170, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n4/2179-8966-rdp-9-4-2143.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 01/06/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 06/04/2020
- Avaliação 1: 08/06/2020
- Avaliação 2: 31/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 04/06/2021
- Retorno rodada de correções: 04/07/2021
- Decisão editorial/aprovado: 08/07/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

POSSIBILIDADE DE CLASSIFICAÇÃO DA VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA EM UM NOVO DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL ATUAL*

POSSIBILITY OF CLASSIFICATION OF THE VIOLATION OF DUTY OF GOOD FAITH ON A NEW DAMAGE IN LIABILITY CURRENT

EDNEY ALESSANDRO PORTALUPPI¹

CARLA BERTONCINI²

RESUMO

A pesquisa demonstra o reconhecimento de um novo dano decorrente da violação da boa-fé objetiva. Parte-se na origem e evolução da boa-fé, inclusive sua relação com a confiança, para se entender a aceitação da boa-fé objetiva como um princípio jurídico. Por isso, investiga-se a natureza dos deveres laterais que irradiam da boa-fé objetiva em contratual, quando o inadimplemento foi estipulado pela vontade e liberdade das partes do negócio jurídico, ou em extracontratual, quando a lesão tem imposição legal independente do determinado no contrato. Também, examina-se o dano causado por essa violação na esfera patrimonial e extrapatrimonial, bem como diferentes conceitos adotados pelo interprete do direito ao dano moral, para possibilitar uma subdivisão do dano extrapatrimonial em novos danos, além do dano moral e do dano estético, desde que se verifique um interesse merecedor de tutela, ante a influência da jurisprudência italiana. Em conclusão, verifica-se que a boa-fé objetiva é um princípio jurídico, e sua violação tem natureza extracontratual, classificada como um novo dano a ser indenizado. A metodologia adotada é a hipotética-dedutiva, com abordagem na revisão bibliográfica, e coleta de informações em obras jurídicas e legislação.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Inadimplemento contratual. Responsabilidade extracontratual. Novos Danos.

1 *Artigo apresentado no IV Congresso Internacional do PPGD-FUMEC: Diálogos entre o Direito Público e o Privado nas Inovações do Século XXI, e nos termos do Edital, selecionado para publicação na Revista Meritum.

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP; Especialista em Direito Notarial e Registral com Formação para o Magistério Superior, pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Especialista em Direito Civil, Negocial e Imobiliário, pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Possui graduação em Direito pela Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo". Atualmente é Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Município de Anhumas, Comarca de Presidente Prudente (SP). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/4919027433310480>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4354-5329>.

2 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (subárea de concentração Direito Civil) - PUC. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE. Advogada. Atualmente é professora adjunta do curso de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado/Doutorado) e do curso de graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho/PR e professora de Direito Civil (Direito de Família e Sucessões) da UNIFIO-Ourinhos/SP. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/8287398590266450>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4116-2431>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

PORTALUPPI, Edney Alessandro; BERTONCINI, Carla. Possibilidade de classificação da violação da boa-fé objetiva em um novo dano na responsabilidade civil atual. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 101, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.9023>.

ABSTRACT

The research demonstrates the recognition of a new damages resulting from a violation of duty of good faith. It starts with the origin and evolution of good faith, including its relationship with trust, to understand the acceptance of duty of good faith as a legal principle. Therefore, it investigates the nature of the side duties that radiate in duty of good faith in the contract, when the default was stipulated by the will and freedom of the parties of the legal transaction, or in extra-contractual, when the lesion has legal imposition regardless of what is determined in the contract. Also, it examines the damage caused by this violation in patrimony and extra-patrimony sphere, as well as different concepts adopted by the interpreter of the right to moral damage, to make possible a subdivision of extra-patrimony damage in new damage, beyond the moral and esthetic damage, provided that there is a worthy of guardianship interest, by influence of Italian jurisprudence. In conclusion, it is verified that duty of good faith is a legal principle, and its violation has extra-contractual nature, classified as a new damage to be indemnify. The methodology adopted is the hypothetical-deductive, with an approach in the bibliographic review, and collection of information in legal works and legislation.

Keywords: *Duty of good faith. Contract breach. Extra-contractual liability. New damage.*

1. INTRODUÇÃO

A boa-fé objetiva é um princípio jurídico presente em todas às relações negociais da atualidade, e sua manifestação propagar-se em deveres laterais (ou anexos) à prestação da obrigação principal.

Porém, caso não seja observada essa regra de conduta emanada pela confiança depositada no pacto, ainda que haja o cumprimento da prestação da obrigação principal, e na ocorrência de configurar um prejuízo merecedor de tutela, caberá responsabilidade e ressarcimento.

Demonstrar a classificação dessa responsabilidade civil no ordenamento jurídico contemporâneo como contratual ou extracontratual, com a possibilidade de gerar um novo dano - quando violado os deveres laterais impostos pela boa-fé objetiva -, é o objetivo dessa pesquisa.

Para tanto, o estudo percorrerá a origem da boa-fé, sua evolução de princípio moral a aceitação de princípio jurídico, sua relação com o dever de confiança até a diferença entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

Na justificativa para viabilidade de um novo dano será caracterizada a natureza dos deveres laterais que irradiam da boa-fé objetiva, pois, caso admitido sua origem em uma obrigação, cujo fato gerador é o contrato, poderá ser considerada uma terceira espécie de inadimplemento, além do não cumprimento da obrigação principal e da mora, com natureza contratual. Contudo, caso a boa-fé objetiva decorra de norma jurídica que independe do contrato, a natureza será extracontratual.

Também será examinado a qualificação do dano causado pelo desrespeito à boa-fé objetiva em patrimonial ou extrapatrimonial. E, especificamente, na esfera do dano extrapatrimonial será argumentada uma breve sistematização histórica em nosso ordenamento jurídico, com a finalidade de encontrar um conceito mais atual para o dano moral, que determinará subdivisões do dano extrapatrimonial em dano moral e dano estético, e, até mesmo, com a possibilidade de reconhecimento de novos danos, como já verificado pela jurisprudência italiana na prolação da Sentença nº 500/99 da Corte de Cassação.

Esses são os parâmetros em que se pautará a busca metodológica desse estudo, com o fim de validar a possibilidade do reconhecimento da violação da boa-fé objetiva como um novo dano no campo da responsabilidade civil atual.

A pesquisa usará o método hipotético-dedutivo, terá como campo de investigação a revisão bibliográfica, e como coleta de informações utilizará a consulta em leis, livros, artigos científicos e publicações em revistas especializadas.

2. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: ORIGEM, EVOLUÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A CONFIANÇA

A origem do termo Boa-fé está na *fides* romana, no período arcaico, cuja expressão derivou-se dos conceitos de *fides-sacra*, *fides-facto* e *fides-ética*. O primeiro conceito tratava a *fides* como um dever religioso que representava a lealdade com a deusa Fides. Posteriormente, no segundo conceito, surgiu o significado de garantia e confiança em promessas nas relações de clientela. E, no terceiro e último conceito, a *fides* elevou-se a um dever moral a ser seguido por todos os cidadãos romanos (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 53-59).

Após, houve uma evolução da *fides* como dever moral para uma aplicação prática na sociedade romana, construiu-se os conceitos de *fides-poder* (representava uma proteção e obediência entre pratonos e clientes), *fides-promessa* (como uma garantia nas tratativas entre os romanos), e *fides-externa* (representava a proteção da supremacia do povo romano perante os estrangeiros) (PEDROSO, 2014, p. 48-49).

Contudo, ainda não havia uma normatividade jurídica quanto ao termo *fides*, pois esse dever de confiança e proteção persistia apenas no campo do dever moral. Somente com a expansão do comércio romano às fronteiras de outros povos, influenciada pela necessidade de cumprir nos usos e costumes mercantis da época a lealdade à palavra pactuada, que houve a aceitação da imposição jurídica da *fides*, isto é, “com a substituição do fundamento de validade das relações contratuais da forma para o consentimento é que verdadeiramente a *fides* passa a ser qualificada como *fides bona*” (ROSENVALD, 2005, p. 76).

Esse adjetivo *bona* no substantivo na *fides* qualificou-a como *fides bona* ou *bona fides*, e conduziu um fundamento jurídico a expressão, ainda sem base legal expressa, mas que possibilitou ações judiciais para soluções de causas obrigacionais antes impossíveis no direito romano (PEDROSO, 2014, p. 50).

Menezes Cordeiro (1984, p. 70) ainda menciona que “(...) com a criação e sucesso da *fides bona*, a *fides*, mantendo sempre as suas conotações afectivas, ficou novamente disponível para traduzir, também, por incumbência, o sentido que lhe deu o Cristianismo nascente, e que se mantém: fé”.

Também, Nelson Rosenthal (2005, p. 76) explica que “é possível, então, aferir a proximidade entre os *iudicia bonae fidei* e o princípio da boa-fé objetiva do direito das obrigações como espécie de cláusula geral a ser atuada pelo magistrado diante do caso concreto”. Segundo o autor, a *iudicia bonae fidei* era considerada uma espécie de procedimento em que os juízes

decidiam com base na boa-fé costumeira, quando não havia legislação que se aplicasse ao caso concreto.

Observa-se que Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, p. 36-37) aborda dois pontos básicos no estudo da boa-fé: “a proteção da confiança das partes, decorrente da boa-fé, e sua normatividade, ou seja, o seu poder de ser fonte direta de eficácia jurídica, normatividade está vinculada à noção de princípio jurídico”.

Mas, somente com a mudança na concepção jurídica do pensamento intelectual pós Segunda Guerra Mundial - com o reconhecimento jurídico de valores identificados na pessoa como um fim em si mesma, a qual exerce sua potencialidade dentro de uma coletividade organizada, na busca de valorização da sua própria dignidade como Ser Humano - que houve a aceitação universal da transmudação da boa-fé, ao ultrapassar a dimensão dos valores morais e alcançou o seu reconhecimento como norma jurídica. Sua convalidação no campo jurídico com força normativa se fez por meio de princípios jurídicos expostos no ordenamento pela técnica de cláusulas gerais, numa interpretação racional e sempre atualizada para o caso concreto a ser analisado.

Houve um aprimoramento no conceito de boa-fé, partiu-se de um Dever Moral para converter-se a um Dever Jurídico. “Os atores assumem uma perspectiva diferente quando, em vez de seguirem mandamentos morais, exercem seus direitos. Em uma relação moral, uma pessoa se pergunta o que ela deve a outra pessoa, independente de sua relação social com ela (...)” (HABERMAS, 2012, p. 20).

Em uma relação jurídica as pessoas, “umas com as outras reagem às pretensões que o respectivo outro ergue em relação a ela, (...) enquanto a moral nos impõe deveres que passam completamente todas as esferas de ação, o direito moderno cria espaços livres ao arbítrio privado e à configuração da vida individual” (HABERMAS, 2012, p. 20-21).

Essa significação da boa-fé teve alicerce na caracterização originária da confiança, a qual pode ser entendida como “a crença na probidade moral, na sinceridade e nas qualidades de uma pessoa. A ideia gera incompatibilidade com a traição, com o deslize e com a demonstração de incompetência. Também admite o sentido de suficiência, de segurança e de firmeza” (KÜMPEL, 2007, p. 88).

Além disso, com fundamento no dever de confiança, pode-se diferenciar os conceitos de boa-fé subjetiva e objetiva. A boa-fé subjetiva “preocupa-se em analisar a subjetividade da parte da relação. Geralmente ela é utilizada para atribuir alguma vantagem jurídica, ou o nascimento de um direito, àquele que se encontrava de boa-fé” (SILVA, 2002, p. 32), isto é, analisa-se a conduta por meio da vontade mental (estado psicológico) do agente, o que ele acreditava estar fazendo durante determinada situação.

Quanto á boa-fé objetiva, “impõe aos contratantes a obrigatoriedade de observar determinadas condutas, aferidas diante do caso concreto no interesse da parte contrária, visando ao adimplemento satisfatório da obrigação” (DICKSTEIN, 2010, p.19). Nessa vertente, a boa-fé objetiva impõe um padrão de conduta universal a ser respeitados pelos envolvidos como forma de tutelar a relação jurídica originada no dever de confiança por ser uma questão de justiça social.

Especificamente à boa-fé objetiva na relação negocial, Renan Lotufo (2003, p. 315) esclarecer: “traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da outra

parte, alcançando todos os participantes da relação jurídica, não importando o ponto de vista psicológico de uma das partes, servindo como norte e padrão de conduta a ser seguido”.

Nelson Rosenvald (2005, p. 93), enumera três funções desempenhadas pela boa-fé objetiva: 1) função interpretativa: para esclarecer o alcance das negociações; 2) função integrativa: aplicação dos deveres de conduta em todas as fases da negociação; e, 3) função de controle: evitar as condutas abusivas e contrárias à boa-fé na relação contratual.

Ademais, em toda relação negocial existe um vínculo jurídico entre os pactuantes que é a obrigação de cumprir a prestação. Além dessa obrigação principal, a boa-fé objetiva impõe outros deveres de conduta laterais ou anexos à prestação principal. Tais deveres ficam orbitando em torno da obrigação, independem do cumprimento da prestação e obrigam igualmente os envolvidos. “Os deveres anexos decorrentes da boa-fé como norma de conduta não ocupam posição de hierarquia inferior na relação contratual, de modo que sua violação poderá implicar descumprimento da própria prestação principal” (DICKSTEIN, 2010, p. 77).

No mesmo sentido, Têmis Chenso da Silva Rabelo Pedroso (2014, p. 63), “esses deveres instrumentais derivam ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei ou simplesmente da incidência da boa-fé objetiva. Podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal”.

Os deveres de conduta laterais buscam proteger a confiança depositada na relação negocial, e por isso realizam duas finalidades opostas, uma positiva e outra negativa. É positiva quando auxiliar indiretamente as partes para o cumprimento da prestação principal, ou seja, salvaguarda o adimplemento da obrigação. De outro modo, a finalidade negativa provoca uma “espécie de blindagem, que tenciona evitar a adoção de comportamentos desonestos e interesses injustificados que possam atingir o correto processamento da relação obrigacional” (ROSENVALD, 2005, p. 103).

Então, após esse exame sobre a evolução da boa-fé objetiva e sua relação com o dever de confiança, pode-se ampliar o sistema da responsabilidade civil no sentido de ser qualificada uma nova classificação de danos decorrentes da falta de cumprimento de deveres de conduta laterais, mesmo se já houver ocorrido o adimplemento da prestação (obrigação principal), que, neste trabalho, passa-se a nomear como uma “violação da boa-fé objetiva”.

Antes, porém, necessário perscrutar sobre a natureza jurídica dos deveres de conduta laterais nascentes na boa-fé objetiva para delimitar-se o seu fato gerador na responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

3. A NATUREZA DOS DEVERES DE CONDUTA LATERAIS Á PRESTAÇÃO PRINCIPAL

A boa-fé objetiva estabelece deveres de conduta aos contratantes, são deveres que extrapolam o que foi pactuado, porém, mesmo assim, obrigam os participantes, com o objetivo de proteção da pessoa, do patrimônio e da própria relação negocial. Esses deveres de conduta são laterais ou anexos a obrigação principal pactuada, e “podem ser definidos, a título aproximado, como todos aqueles deveres decorrentes do fato jurígeno obrigacional cujo escopo não seja, diretamente, a realização ou a substituição da prestação” (SILVA, 2002, p. 75).

Mas a questão que se propõe é saber se os deveres laterais decorrem de uma relação obrigacional – como proposto acima - ou não. Isso porque se decorrentes de uma obrigação teriam seu fato gerador no contrato, mas se não forem obrigacionais, seriam deveres extracontratuais, com características de um ato ilícito, contrário à lei.

Ao considerar sua natureza contratual, os deveres laterais seriam providos da vontade das partes estabelecida na relação pactuada, ante a liberdade e autonomia em contratar, e a responsabilidade civil surgiria da inexecução do próprio negócio jurídico, sendo um caso de inadimplemento onde “o ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar (CC, arts. 389 e 393)” (DINIZ, 2011, p. 146).

Nessa lógica, em admitir a natureza contratual dos deveres laterais, conforme referido por Rafael Marinangelo (2005, p. 71) cita-se Cesare Massimo Bianca (2000) e Vera Maria Jacob de Fradera (1988).

Nota-se, por esse entendimento, que há um alargamento da noção de inadimplemento, ao considerar, além do inadimplemento absoluto – que ocorre com o não cumprimento da prestação por inobservância ou impossibilidade - e o inadimplemento relativo – pela mora -, uma terceira espécie, a ser chamada de violação aos deveres laterais, incluído, nesta última, a violação à boa-fé objetiva, pois todos teriam natureza obrigacional ou contratual.

Ademais, o Enunciado nº 24, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, informa que: “Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa” (BRASIL, 2012, p. 29).

Nessa perspectiva, Jorge Cesa Ferreira da Silva (2002, p. 82-90) afirma a natureza obrigacional dos deveres laterais, entretanto, propõe, para evitar um excessivo alargamento dos deveres laterais, o estabelecimento dos limites da contratualidade desses deveres. Ele diferencia, de um lado, deveres outros, isto é, “todos aqueles deveres que não possam ser relacionados como necessários à execução do contrato, ou da obrigação, estão fora de seu âmbito, como o dever de não furtar ou de não roubar o patrimônio da outra parte”, e, de outro lado, os deveres obrigacionais “de não destruir o patrimônio da outra parte com a execução do contrato, ou de não informar as eventuais consequências danosas do mau uso da máquina (...)” (SILVA, 2002, p.78-79).

O argumento proposto pelo mencionado autor é relevante, mas difere do já relatado anteriormente nesse estudo, pois a origem dos deveres laterais está na *fides*, cujo vetor mestre é a confiança. Diante disso, verifica-se que a boa-fé objetiva irradia deveres laterais, mas com lastro na confiança, e, assim, não há como limitar a contratualidade dos deveres laterais. A confiança presenciada independe da vontade assumida pelas partes, ela surge da universalidade conquistada como princípio jurídico, e, portanto, de caráter normativo, o que, por si só, explicaria a sua natureza extracontratual.

É justificável uma autonomia dogmática para o regime de violação dos deveres laterais, à mercê de quebra da boa-fé objetiva, não se enquadrando como uma terceira espécie na clássica classificação de inadimplemento absoluto e parcial, mas se constituindo um fenômeno jurídico próprio e independente (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 601).

Mais coerente seria adotar a natureza extracontratual para os deveres laterais, cujo fundamento teleológico está no dever de cumprir uma regra de conduta, que pode envolver tanto as partes no negócio jurídico como terceiros que estão fora dessa relação, e, também, afetar direitos difusos ou sociais e coletivos que envolvam interesses da sociedade de um modo geral, a exemplo de danos ambientais causados por desrespeito a boa-fé objetiva.

Outrossim, seguindo-se na perspectiva da ampliação do conceito de dano indenizável, o Enunciado 456 aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais e imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas” (BRASIL, 2012, p. 29).

Nessa acepção, pela natureza extracontratual, Menezes Cordeiro (1984, p. 615-616) perfilha o alargamento sofrido dos deveres laterais, a “(...) verificar-se que o seu âmbito transcende em muito o da mera contratualidade”, pois esses deveres “nada têm a ver com a regulação contratual e com a sua execução fiel pelas partes”. Para esse autor, os deveres laterais “visam, na verdade, obstar a que, na ocasião do efetivar das prestações e dadas as possibilidades reais de agressão e ingerência provocadas por essa conjuntura, as partes se venham a infligir danos mútuos” (Menezes Cordeiro, 1984, p. 615).

Flávio Alves Martins (2000, p. 01) informa que a normatização do princípio da boa-fé objetiva foi formalizado inicialmente no nosso ordenamento jurídico com a edição do Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º, inciso III, e artigo 51, inciso IV), isso porque esse Código foi publicado em 1990, anteriormente a edição de Código Civil Brasileiro de 2002 (artigos 113, 187 e 422).

Além do mais, “a relação com o contrato, caso exista e seja ela qual for, não explica nem orienta esses deveres: eles radicam em níveis diversos da ordem jurídica, profundos sem dúvida, mas alheios à autonomia privada” (Menezes Cordeiro, 1984, p. 615).

Entretanto, frisa-se, outra vez, que a violação aos deveres laterais não podem ser classificados como uma terceira espécie de inadimplemento, pois “ter-se-á o inadimplemento da obrigação quando faltar a prestação devida, isto é, quando o devedor não cumprir, voluntária ou involuntariamente” (DINIZ, 2007, p. 376-377).

Desse modo, verifica-se que a ofensa à boa-fé objetiva, detentora de deveres laterais à prestação principal, não depende do cumprimento da obrigação contratual, a confirmar sua natureza extracontratual, sem culpa, em virtude da inobservância à norma legal.

4. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA: POSSIBILIDADE DE CLASSIFICAÇÃO COMO UM NOVO DANO

A responsabilidade civil tem como pressuposto um dano, “visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo” (DINIZ, 2011, p. 77). E o dano causado pela violação à boa-fé objetiva, como desrespeito a imposição de seus deveres laterais de conduta, alicerçados na confiança, pode afetar tanto o patrimônio quanto a interesses não patrimoniais da vítima.

No que se refere ao dano patrimonial, imprescindível laudo pericial para sua comprovação, o qual poderá resultar “não só o dano emergente (o que o lesado efetivamente perdeu) mas também o lucro cessante (o aumento que seu patrimônio teria, mas deixou de ter, em razão do evento danoso)” (DINIZ, 2011, p. 84-85).

Sobre o dano extrapatrimonial cabe uma averiguação mais minuciosa, especialmente para que não haja confusão no uso corriqueiro e equivocado da terminologia de dano extrapatrimonial como sinônimo de dano moral. Por isso, a seguir será apresentado a possibilidade de subdivisão do dano extrapatrimonial em outros danos (ou novos danos) além do dano moral, cujo exemplo mais notório é o que já aconteceu com a admissão autônoma do dano estético pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 387.

Destaca-se nessa Súmula nº 387 que o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento no sentido de possibilitar indenizações separadas e cumuladas em relação ao dano moral e ao dano estético, ainda que originários do mesmo fato (BRASIL, 2009).

Posto isso, passa-se, inicialmente, a sistematizar a evolução do conceito de dano extrapatrimonial em nosso ordenamento jurídico. Para tanto, divide-se em cinco fases, historicamente distintas, a partir da legitimação do dano moral até a possibilidade do reconhecimento de novos danos, inclusive o dano de violação à boa-fé objetiva.

Assim, na primeira fase, não existia o ressarcimento por dano moral. Isso, “até pouco tempo atrás, entendia-se como contrário à moral e, portanto, ao direito, todo e qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão de natureza extrapatrimonial se esta se delineava unicamente como sofrimento” (MORAES, 2003, p. 145). Entendia-se que não havia como atribuir um valor pecuniário para bens que não fossem “objeto”, então, o sofrimento da pessoa não tinha valor econômico algum, pois a regra lógica aplicada era: “aquilo que não se pode medir, não se pode indenizar”, a indenização era considerada a medida do dano. Portanto, a compensação pelo dano moral era impraticável, e a vítima era obrigada a suportar o dano sofrido (MORAES, 2003, p. 146).

Na segunda fase, surge o ressarcimento do dano moral como um desdobramento do dano material. Com o passar do tempo, os princípios estruturais da vida em sociedade mudaram, bem como “a consciência coletiva acerca do conceito de justiça: o que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a ser evidente” (MORAES, 2003, p. 147).

Percebeu-se que era impossível ignorar o dano extrapatrimonial, e que não era a dor sofrida que deveria ser paga, mas, agora, a própria vítima, como forma de equilibrar os efeitos causados pelo dano a seu espírito. Foi a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 59.940, datado de 26 de abril de 1966, relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro, do Supremo Tribunal, o marco da transição do paradigma da “irresponsabilidade à responsabilização, embora ainda através de um fundamento patrimonial para a indenização” (MORAES, 2003, p.149). Esse julgado assegurou, pela primeira vez na história brasileira, uma indenização pela morte de um filho menor que não tinha renda, mas que representava um desapontamento aos pais sobre um possível amparo econômico quando de suas velhices.

Depois, na terceira fase, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, incisos V e X), admitiu-se a compensação autônoma do dano moral, independentemente de

seu caráter patrimonial. Então, passou a existir dois danos legítimos no ordenamento jurídico: um de caráter patrimonial e outro extrapatrimonial (moral).

Ainda, nessa evolução, a quarta fase ocorreu com a positivação do dano moral no Código Civil de 2002 (artigo 186), com exclusividade e independência.

E, por derradeiro, a quinta fase aconteceu com a autonomia do dano estético em relação ao dano moral, aprovado pela mencionada Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça em 26 de agosto de 2009.

Nesse raciocínio, até aqui, pode-se afirmar que o nosso atual ordenamento jurídico admite dois gêneros de danos: patrimonial e extrapatrimonial, e duas subespécies de dano extrapatrimonial: moral e estético. Na diferenciação do dano estético com o dano moral, inclusive já no caminhar para a possibilidade da existência de novos danos, necessário se faz entender o que vem a ser dano moral.

Entretanto, conceituar dano moral não é tarefa simples e depende da interpretação dada pelo operador do direito. Mesmo assim, em síntese, é imprescindível citar três possíveis definições.

A definição mais comum, por ser a mais citada na doutrina e jurisprudência pátria, seria aquela que conceitua o dano moral como “efeito moral da lesão a um interesse juridicamente protegido”, assim considerados em razão dos sentimentos de dor, vexame, sofrimento e humilhação, e desde que não se qualifique como um simples desconforto ou aborrecimento (MORAES, 2006, p. 246).

Aliás, Anderson Schreiber (2012, p. 131) orienta que “a dor não representa elemento ontológico do dano moral, mas puro reflexo consequencialístico, que pode se manifestar ou não, sem que isto elimine o fato da lesão a um interesse extrapatrimonial”.

Também, o Enunciado nº 445, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, evidencia que: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento” (BRASIL, 2012, p. 29).

Outra definição para o dano moral seria a “lesão a um direito da personalidade”, todavia, esse conceito é criticado porque “não é possível ater-se ao modelo de direito subjetivo para tutelar os interesses existenciais relativos à pessoa humana” (MORAES, 2006, p. 246).

A crítica a essa definição é no sentido de considerar que a lesão corresponderia a um direito, pois, assim sendo, estaria a restringir o dano moral a modelos típicos e específicos de direitos subjetivos. Nesse sentido, afirmou Pietro Perlingieri (1999, p. 156): “não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites (...)”.

E, finalmente, a mais recente definição considera o dano moral como “uma cláusula geral de tutela da personalidade” (MORAES, 2006, p. 246). Para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 182) essa concepção resulta de uma “metodologia civil-constitucional, a qual tem como característica predominante a aplicação dos princípios e das regras constitucionais às relações intersubjetivas de Direito Civil e a consequente defesa da unidade do ordenamento (...)”. Seu fundamento é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana utilizado horizontalmente nas questões de responsabilidade civil.

Então, “sob esta perspectiva, conceitua-se o dano moral como a lesão à dignidade da pessoa humana” (MORAES, 2006, p. 246), e, portanto, “toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que pretenda tê-lo como objeto, que negue sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral” (MORAES, 2003, p. 188).

Essa fundamentação na dignidade da pessoa humana (premissa Kantiana, que condena tudo aquilo que puder servir para reduzir a pessoa – o chamado sujeito de direito - à condição de objeto), materializa-se nos princípios da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), da liberdade e da solidariedade social ou familiar (MORAES, 2006, p. 246).

De modo igual, Anderson Schreiber (2012, p. 178) confirma que “a dignidade consiste no vetor segundo o qual se orientam e se devem orientar todos os interesses (sejam materiais, sejam existenciais), que somente são considerados merecedores de tutela na medida em que instrumentalizado a favor deste fim”.

Destarte, mostra-se preferível utilizar o conceito de dano moral como sendo a lesão à dignidade da pessoa humana, e como conceito de dano estético uma deformidade (externa) da beleza física do indivíduo, percebe-se que existem outros interesses merecedores de tutela que independem de serem resguardados pelo direito subjetivo, e que não se enquadram nessas definições de dano moral e estético, tais como: o dano psíquico, o dano biológico, o dano espiritual, e, propriamente, o dano de violação da boa-fé objetiva.

Nesse cenário, surge a noção de injustiça do dano, pioneiramente tratado na jurisprudência italiana, máxime a decisão nº 500, datada de 22 de julho de 1999, pela Corte de Casação, onde se admitiu o ressarcimento por um dano que não estava acobertado pelo direito subjetivo, mas sim por um interesse merecedor de tutela (ITÁLIA, 1999). Saiu-se da redoma da antijuridicidade (tipicidade fechada) para um horizonte amplo de possibilidades (interesses), mas restritos apenas aqueles interesses juridicamente relevantes e dignos de tutela pelo ordenamento, afastando-se os meros aborrecimentos do dia a dia e interesses relevantes não acobertados pelo direito.

Portanto, o ressarcimento a tais interesses merecedores de tutela, como aconteceu na jurisprudência italiana, provocou um novo fenômeno chamado de reconhecimento a novos danos, cuja melhor classificação no nosso ordenamento jurídico pode ser denominada de outras subespécies do dano extrapatrimonial, além do dano moral e do dano estético.

Por tudo isso, afirma-se a possibilidade de a violação da boa-fé objetiva fazer parte do alargamento desse (novo) conceito de dano - dano injusto -, e encontrar-se no nosso ordenamento jurídico como um dano novo, ante a sua natureza extracontratual, que protege não só os interesses da vítima, mas todos os interesses merecedores de tutela na relação negocial (interna e externa), visando o seu ressarcimento, e não mais considerar somente as condutas do ofensor para integrá-las no direito subjetivo, numa qualificação ultrapassada e limitada a tipificação legal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a relação entre a violação da boa-fé objetiva e a responsabilidade civil atual requer a aplicação de um novo conceito para os danos extrapatrimoniais, a fim de possibilitar o reconhecimento de outros danos ainda não amparados pelo direito subjetivo, mas que necessitam de proteção pelo direito, caso contrário haveria um a desamparo à vítima e uma ineficácia de justiça.

Esses novos danos encontram sua legitimação no ordenamento quando houver lesão a um interesse merecedor de tutela, seja em afetação ao seu patrimônio ou a própria pessoa em sua dignidade ou, evidentemente, a boa-fé objetiva.

Para justificar essa afirmação, caminhou-se desde as origens do princípio da boa-fé objetiva até a sua evolução em aceitação universal - de princípio moral a princípio jurídico -, tendo o alicerce no dever de confiança depositada relação negocial, seja entre as partes ou com terceiros externos ao pacto negociado ou, ainda, com interesses sociais e coletivos.

Ora, *fides* se tornou *bona fides*, e depois a boa-fé deixou de ser uma confiança mística para galgar status de norma dentro do ordenamento jurídico, isto é, um princípio jurídico. Nesse cenário, saiu-se do campo subjetivo da pessoa para uma realidade objetiva, universal e concreta, cuja manifestação se verificou em cumprimento a deveres de conduta laterais ou anexos à prestação da obrigação principal firmada.

Verificou-se que a classificação da responsabilidade civil decorrente de violação aos deveres laterais pode ser diferente conforme a natureza a ser adotada pelo operador do direito. Por esse motivo, afirmou-se não estar correto o fundamento de a violação da boa-fé objetivar ter natureza contratual, conforme estabelecido pela autonomia e vontade das partes, porque, nesse caso, essa violação da boa-fé objetiva seria classificada como uma terceira espécie de inadimplemento (violação positiva do contrato), juntamente com o não cumprimento da prestação principal (inadimplemento absoluto) e a mora (inadimplemento relativo).

Diante disso, revelou-se melhor adotar a natureza extracontratual para a violação dos deveres laterais impostos pela boa-fé objetiva, pela simples desatenção ao princípio jurídico que determina um comportamento de conduta universal, posto ser independente da relação contratual, alheio à vontade e à liberdade das partes, por decorrer de norma jurídica.

Essa responsabilização pela violação a boa-fé objetiva depende de um dano, o qual pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. O dano patrimonial necessita de laudo pericial para averiguação, o que torna mais simples a sua constatação. Diferentemente, no contexto do dano extrapatrimonial não se pode atribuir apenas o dano moral, visto que já admitido, também, o dano estético, conforme decidido na Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça.

Diante dessa evolução no cenário do dano extrapatrimonial, verificou-se a possibilidade de outros danos (ou novos danos) também existirem, a depender de como o interprete do direito tem por conceito o que seja o dano moral.

Assim, desenvolveu-se uma sistematização do reconhecimento de dano extrapatrimonial no nosso ordenamento jurídico, bem como abordou-se diferentes conceitos adotados ao dano moral. E destacou-se que entre os conceitos de dano moral, aquele que se apresentou mais atual foi o entendido como uma ofensa à dignidade humana, tendo seu amparo jurídico

no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira, numa perspectiva civil-constitucional em sua concretude.

Nessa senda, percebeu-se que havia outros prejuízos que não se enquadravam nem nessa atual definição do dano moral, nem no conceito de dano estético, mas que mereciam proteção pelo direito, como os prejuízos provocados à lesão a boa-fé objetiva.

O reconhecimento desses interesses mercedores de tutela na jurisprudência italiana (Sentença nº 500/99 da Corte de Cassação), trouxe a possibilidade do acolhimento de novos danos pelo ordenamento jurídico brasileiro, mesmo não estando acobertados, ainda, pelo direito subjetivo, mas que exigem um ressarcimento à vítima.

Portanto, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico que irradia deveres de conduta laterais à prestação da obrigação principal, com fundamento na confiança universal depositada nas relações negociais, tem sua natureza extracontratual, e se não for respeitada por quem quer que seja, será capaz de provocar um prejuízo digno de tutela, a classificar-se em um novo dano, onde o interesse lesado merece proteção pelo nosso ordenamento jurídico.

Reconhecer a possibilidade de novos danos, com ampliação no sistema jurídico nacional pela admissão de novos fenômenos já incorporados pelo direito estrangeiro, é uma necessidade atual de atender os anseios normativos de uma dinâmica sociedade que clama por justiça em cada ato de seu desenvolvimento, cuja formalização envolve as relações negociais e os princípios jurídicos, mormente, o da boa-fé objetiva.

REFERÊNCIAS

BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile – Il contratto*. 2.ed. Milano: Giuffrè Editora, 2000. v. 3

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 387**. Segunda Seção. 26 ago. 2009. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula387.pdf. Acesso em: 24 jul. 2021.

DICKSTEIN, Marcelo. **A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surreccio e suppressio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **A quebra positiva do contrato**. Porto Alegre: Ajus, 1988. nº 44.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa: um ensaio**. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

ITÁLIA. *Corte di Cassazione*. **Acórdão nº 500**, de 22 de julho de 1999. Relator: Preden Pm Dettori. Disponível em: http://www.sanzioniamministrative.it/collegamenti/RicercaGiuridica/sentenze/CassazioneCivile/Cass_Civ_500_1999-Unite.pdf. Acesso em 24 jul. 2021.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Teoria da aparência no Código Civil de 2002**. São Paulo: Editora Método, 2007.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MARINANGELO, Rafael. **A violação positiva do contrato e o inadimplemento dos deveres laterais impostos pela boa-fé**. 2005. 178 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6374>. Acesso em: 22 jul. 2021.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. v.1 e 2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *In: Revista Direito, Estado e Sociedade* (PUC-RJ), v. 9, n. 29, jul.-dez. 2006 (p. 233-258).

PEDROSO, Têmis Chenso da Silva Rabelo. **Boa-fé e função social do contrato: uma leitura hermenêutica constitucional**. Saarbrücken (Alemanha): Novas Edições Acadêmicas, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 19/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/04/2022
- Avaliação 1: 2021
- Avaliação 2: 2021
- Decisão editorial preliminar: 19/04/2022
- Retorno rodada de correções: 19/04/2022
- Decisão editorial/aprovado: 01/05/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

UM OLHAR SOBRE A LEI DE MEDIAÇÃO (LEI Nº 13.140/2015): A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*

A VIEW ON THE MEDIATION STATUTE (STATUTE NO.
13.140/2015): THE CONFLICT RESOLUTION BY PUBLIC ADMINISTRATION

MARCOS PAULO DE ALVARENGA PINTO¹

RESUMO

O presente estudo tem como objeto a análise descritiva e crítica do Capítulo II, da Lei 13.140/2015, norma que trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro não apenas a principiologia e a regulamentação do instituto da mediação de conflitos, mas também a possibilidade de a Administração Pública se valer do mesmo instrumento. Disto se extrai o problema central pela qual permeia todo o trabalho, consistente nas incompatibilidades das características das pessoas jurídicas de direito público com a utilização de um método resolutivo proveniente do direito privado. Para tanto, busca-se realizar uma análise da norma em questão, tendo como foco a estrutura das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos e o instituto da transação por adesão. O presente estudo acaba por concluir que a mediação administrativa ainda não é uma realidade no Brasil, embora reconheça que o esforço do legislador em trazer as inovadoras disposições seja uma importante contribuição para o debate sobre o uso de institutos extrajudiciais para a resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública.

Palavras-chave: Lei de mediação; Resolução de conflitos; Mediação administrativa; Transação por adesão.

ABSTRACT

The object of this paper is an descriptive and critical analysis of Chapter II of Statute no. 13.140/2015, a statute that brought to the brazilian legal system not only the principle and regulation of the institute of conflict mediation, but also the possibility of use of the same method by the Public Administration. From this the main problem that permeates all the paper is extracted, consisting in the incompatibilities of the characteristics of government companies with the use of a resolving method from private law. Therefore, the paper seeks to carry out an analysis of the mediation statute, focusing on the structure of the administrative conflict prevention and resolution chambers and the institute of transaction by standard form. The paper concludes that administrative mediation is not yet a reality in Brazil, although it recognizes that the legislator's effort of bringing the innovative provisions is an important contribution to debate on the use of extrajudicial institutes for the resolution of conflicts involving the Public Administration.

Keywords: Mediation statute; Conflict resolution; Administrative mediation; Transaction by standard form.

1 *Artigo apresentado no IV Congresso Internacional do PPGD-FUMEC: Diálogos entre o Direito Público e o Privado nas Inovações do Século XXI, e nos termos do Edital, selecionado para publicação na Revista Meritum. Mestrando em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/7168476044958706>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

PINTO, Marcos Paulo de Alvarenga. Um olhar sobre a Lei de Mediação (lei nº 13.140/2015): a resolução de conflitos pela Administração Pública. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 114, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.9036>.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se dedica a observar o Capítulo II da chamada “Lei de Mediação”, Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a), excerto destinado a regulamentar algumas formas de resolução não jurisdicional de conflitos por parte da Administração Pública. A referida norma foi editada logo após o Novo Código de Processo Civil, de maneira que veio a reforçar a ideia do que a doutrina processual civil denominou “Justiça Multiportas”. Embora a mediação seja o instituto primordialmente homenageado pela Lei 13.140/2015, certo é que a norma trouxe um capítulo específico para tratar sobre a autocomposição de conflitos dentro da Administração Pública.

Em verdade, o Novo Código de Processo Civil, no seu artigo 174, previu de forma expressa e bastante tímida a possibilidade de criação de câmaras de mediação e conciliação pelos entes federativos, com atribuições de solução consensual de conflitos (BRASIL, 2015b). Coube, assim, à Lei 13.140/2015 disciplinar a proposta do Código processual, de modo a regulamentar o que se denominou “câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos”, órgão que veio a ter contornos distintos daqueles abarcados pela sistemática típica das técnicas de solução de conflitos, em especial a mediação e a conciliação (BRASIL, 2015a).

O presente estudo reconhece que a mediação e a conciliação entre particulares estão em amplo crescimento e já se configuram como instrumentos essenciais de pacificação social, dentro e fora dos tribunais. Em paralelo, são apontados elementos que corroboram o distanciamento da participação da Administração Pública em procedimentos genuinamente de autocomposição. Nota-se que ainda resta um caminho a ser trilhado pela doutrina e jurisprudência, a fim de traçarem os novos rumos do interesse público a ser perseguido pelo administrador, de maneira a propiciar a possibilidade de aplicação irrestrita de técnicas de resolução de conflitos não jurisdicionais no âmbito do poder público.

A possibilidade de resolução não jurisdicional de conflitos é deveras inovadora, a ponto de inaugurar profundos debates acerca das prerrogativas inerentes ao regime jurídico administrativo e o seu limite como parte de uma autocomposição. O presente estudo aborda toda a estrutura regulamentada pela Lei 13.140/2015, de modo a trazer alguns pontos que contribuem para com o esclarecimento de novos institutos, sem deixar de trazer questões ainda distantes de respostas claras e pacíficas no mundo jurídico (BRASIL, 2015a).

2. A LEI 13.140/2015 EM PARADOXO: O INSTRUMENTO DA MEDIAÇÃO E AS CÂMARAS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS

A mediação se traduz na técnica destinada à autocomposição de partes dentro de um conflito. O referido instrumento consiste em apenas um dos diversos meios de autocomposição de conflitos, no entanto, foi ele o instituto homenageado pela Lei 13.140/2015, norma que buscou trazer regras e princípios atinentes ao procedimento de mediação, de forma clara e sistemática. Importante apontar que a principiologia trazida para a mediação também é de observância obrigatória dos conciliadores, dever funcional que se extrai a partir da leitura

combinada do artigo 2º, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a), do artigo 166, Código de Processo Civil (BRASIL, 2015b) e do artigo 1º, Anexo III, da Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2010), ato administrativo que introduziu as técnicas da conciliação e da mediação no poder judiciário pátrio.

Neste sentido, em comentários à “Lei de Mediação”, Leonardo Carneiro da Cunha (CABRAL; CURY, 2020) aponta que é objetivo do mediador demonstrar que é natural, comum e normal a ocorrência de conflitos numa sociedade, devendo ser encarada igualmente como natural, comum e normal a busca consensual por uma solução. Sintetiza-se, assim, a lógica que consagra o microsistema jurídico de resolução de conflitos de maneira autocompositiva e não jurisdicional.

À luz da leitura das normas acima elencadas, é possível afirmar que a mediação e a conciliação devem ser realizadas com atenção aos princípios da I) independência, II) imparcialidade, III) isonomia entre as partes, IV) oralidade, V) informalidade, VI) autonomia da vontade, VII) consensualidade, VIII) confidencialidade e, por fim, a IX) boa-fé. Cumpre destacar que o presente estudo não objetiva à análise detalhada de todos os princípios que norteiam a mediação e a conciliação. Na realidade, o estudo pretende destacar, em linhas gerais, os princípios que consolidam a pedra angular de toda a crítica a ser construída e que, por vezes, tornam-se obstáculos para o uso de técnicas de autocomposição de conflitos dentro da Administração Pública.

De início, vale destacar que a norma abstrata impõe ao mediador uma atuação com independência. Pensar na condução de uma exitosa resolução compartilhada de conflitos é projetar um mediador sem qualquer submissão hierárquica, independentemente do órgão e autoridade envolvidos. Faz-se necessário, portanto, que o terceiro condutor haja de forma plenamente independente. Neste sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves (2020) entende que tal princípio permite que o condutor deixe de redigir solução ilegal ou inexecutável, em nítida prevalência da ordem jurídica e da eficácia da solução do conflito em detrimento da vontade das partes. No entanto, certo é que interesses legais e particulares devem ser sopesados no caso concreto, já que também cabe ao mediador conduzir a uma resolução dentro dos limites da lei, mas alheia a seu império, de maneira que sejam respeitadas as manifestações de vontade originariamente contrapostas.

Para tanto, o mediador também precisa ser imparcial. O seu papel é auxiliar os interessados na compreensão de questões conflituosas e suas repercussões, a fim de que eles possam, por si próprios, buscar soluções consensuais (CHINI; *et al.*, 2019), logo, não há como o mediador atuar deliberadamente em atenção aos interesses de uma das partes. Justamente por essa razão que o artigo 5º, da “Lei da Mediação” (BRASIL, 2015a), prevê a aplicação das hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes a mediadores. Salienta-se que o emprego de técnicas negociais típicas dos métodos que visam a favorecer a autocomposição não ofende o dever de imparcialidade. Aliás, a intenção do mediador é esta: dentro do seu papel, objetiva-se contribuir ao máximo para o consenso através de amplo diálogo.

Em conjunto com a isonomia entre as partes, a independência e a imparcialidade do mediador são exemplos de princípios basilares em técnicas que buscam a autocomposição. Por outro lado, quando se observa o tratamento dado à autocomposição envolvendo a Administração Pública, particularmente tratada no Capítulo II, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a), tais normas em abstrato parecem estar distantes dos inovadores procedimentos trazidos

pela norma. E é justamente nesta constatação que reside a conclusão central norteadora do presente estudo. É preciso que o jurista reconheça a “Lei de Mediação” como a norma instituidora e regulamentadora de diversos institutos que objetivam à resolução de conflitos de forma não jurisdicional. Todavia, ao mesmo jurista cabe saber distinguir os instrumentos legais, já que cada um deles procura alcançar o mesmo fim, porém, de formas substancialmente divergentes.

Para fins de autocomposição administrativa - portanto, quando houver interesse da Administração Pública - a norma reservou a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a serem localizadas dentro dos órgãos de advocacia pública, com o seu funcionamento e modo de composição estabelecidos por regulamento do próprio ente estatal, conforme dispõe o artigo 32, *caput* e parágrafo 1º, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a). É possível perceber, então, que câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos devem ser topograficamente criadas dentro da instituição destinada aos defensores da Administração Pública. Desta afirmação surge uma primeira questão, quando comparada a autocomposição administrativa que se pretende instaurar e a principiologia pertinente à mediação.

É inegável que a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos dentro da estrutura da advocacia pública tem um lado prático sedutor. A norma determinar o compartilhamento do espaço físico facilita o trabalho dos advogados públicos e, conseqüentemente, pode atender à maior eficiência do sistema com um menor custo para a máquina estatal. No entanto, entender a opção do legislador apenas sob o viés da praticidade e eficiência não parece ser uma interpretação inequívoca, já que advogados públicos ganharam um papel de destaque quanto à autocomposição administrativa que se intenta com a lei.

À exemplo, quando são observadas as disposições acerca do tratamento dado aos conflitos envolvendo a Administração Pública federal, nota-se que a Lei 13.140/2015 trouxe singular protagonismo da Advocacia-Geral da União na realização das chamadas “transações por adesão”, instrumento legal inaugurado pela “Lei de Mediação” e que será trabalhado na seção subsequente. Por ora resta concluir que, para a Administração Pública federal submeter controvérsias a soluções extrajudiciais é necessário que os requisitos e as condições da resolução sejam previamente determinados em ato administrativo próprio, além de ser imprescindível a autorização do próprio advogado público, ou, ao menos, de seu parecer favorável, que por sua vez deve ser chancelado pelo Presidente da República, nos termos do artigo 35, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a). Assim, diante de tamanha participação no processo de aceite de demandas de resoluções não jurisdicionais, na qual o próprio defensor da Administração Pública deve fazer parte de atos preparatórios para a admissibilidade de pedidos para a câmara, conclui-se que o legislador depositou diretamente para a advocacia pública não apenas a recepção da estrutura física, mas, principalmente, o controle dos trabalhos a serem realizados nas câmaras.²

Disto, tem-se outro ponto a ser destacado, que reside na disposição acerca da figura do mediador que tomará a frente de uma solução consensual dentro da autocomposição administrativa. De fato, quem será o mediador das câmaras instituídas dentro da advocacia pública? Malgrado a omissão legal e diante de tanta autonomia concedida à Advocacia-Geral

2 Dentre as funções dos advogados públicos está não apenas a atuação nos atos preparatórios para a admissibilidade de demandas, mas também o poder de instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos, quando houver relação com a prestação de serviços públicos, nos termos do artigo 33, parágrafo único, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a).

da União em âmbito federal, parece ser plausível pensar que o legislador dedicou à própria figura do advogado público a função de mediador dos conflitos³, por mais atentatório que isto possa ser em relação à observância dos princípios da imparcialidade, independência e, sobretudo, da isonomia entre as partes.

Consubstancia-se, deste modo, uma situação paradoxal. O advogado público mediar conflitos de interesse do ente federativo com o qual é seu dever legal tutelar soa deveras incoerente, quando se atenta para a principiologia que espera ser observada por um procedimento de mediação de conflitos. Portanto, caso a interpretação ora levantada passe a ser a leitura da Administração Pública, restará comprometida a ideia primordial da existência de um terceiro imparcial, devidamente capacitado para conduzir o diálogo e a solução pelos próprios interessados.

O contato inicial com a Lei 13.140/2015 pode levar à constatação de uma função genuinamente mediadora por parte das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, nas quais serão observadas as técnicas autocompositivas. Para tal conclusão, basta ter a ciência de que a instituição e regulamentação das câmaras se deram na “Lei de Mediação”. Além disso, o artigo 174, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015b), traz a possibilidade de criação de câmaras de mediação e conciliação voltadas à solução consensual de conflitos no ambiente administrativo. Todavia, ao regulamentar a instituição de tais câmaras em seu Capítulo II, a Lei 13.140/2015 inaugurou diversas peculiaridades para a ocorrência de resolução de conflitos, de maneira que se torna questionável se o instrumento da mediação efetivamente pode ser aplicado, na sua essência, à Administração Pública.

E por quais razões houve tanta especificidade na “Lei de Mediação” quando do tratamento de conflitos que versam sobre questões de interesse da Administração Pública? Por que afastar a principiologia básica da mediação quando há interesse público envolvido? A principal justificativa reside no fato de existir a necessária observância de princípios basilares de direito administrativo, que, por sua vez, regem a atividade administrativa do poder público. E, é sobre este embate que se dedica o próximo item do estudo.

3. O INTERESSE PÚBLICO E A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Dos pontos até então levantados é possível destacar que as câmaras de prevenção e resolução de conflitos tais como foram dispostas no Capítulo II, da “Lei de Mediação”, parecem se esquivar das exigências legais que visam à aplicação do instrumento de mediação na sua essência. Em consequência, tem-se por inaplicáveis os princípios fundamentais da mediação na estrutura contemplada pelas câmaras, como a imparcialidade e independência dos mediadores e a isonomia entre as partes interessadas.

3 A lei parece delegar ao advogado público a função de mediador em âmbito federal, no artigo 37, da Lei de Mediação, quando do tratamento da possibilidade de solução de conflitos que envolvem a União e demais entes federativos estaduais: “É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito” (BRASIL, 2015a).

É primordial ter em mente que o instrumento da mediação é um instituto originariamente de direito privado, em busca da solução de conflitos por meio de técnicas negociais, prezando por vontades dispostas em pé de igualdade pelos envolvidos. Em contraponto a isto, quiçá por receio de que soluções não jurisdicionais possam deixar de observar o interesse público, o legislador federal procurou traçar requisitos e um procedimento específico ao acordo de vontades se houver a Administração Pública como parte. Como já ventilado, a possível justificativa para o tratamento diferenciado se deve às diretrizes dispostas ao regime jurídico administrativo, que pode ser traduzido como o conjunto de prerrogativas e restrições dispostas à Administração Pública (DI PIETRO, 2019). Deste regime é possível extrair que, além de sua indisponibilidade, o interesse público tem supremacia sobre os interesses individuais - dos particulares administrados -, e tal premissa deve servir de fundamento para todo o direito público (DI PIETRO, 2019).

Tem-se, portanto, na visão mais clássica do direito administrativo, o interesse público como alicerce primeiro que norteia a atuação administrativa, de modo que a sua observância se sobrepõe em quaisquer atos administrativos. Assim, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público formam a base do direito administrativo (SALGADO, 2019). Sob tal raciocínio, não há que pensar na Administração Pública como parte disposta a realizar uma autocomposição sob os moldes de um instituto primordialmente de natureza privada como a mediação, na qual vontades são manifestadas em uma situação de igualdade de condições e, a partir disto, conduzidas ao consenso.

Por outro lado, aos juristas modernos a autocomposição administrativa pode ser vista com bons olhos. Neste sentido leciona o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves (2020), que defende ser aceitável uma solução consensual no âmbito da Administração Pública por dois motivos. O primeiro diz respeito ao fato de nem todo direito defendido pela Administração Pública ser indisponível, devendo ser feita a distinção entre relações jurídicas de direito material de natureza administrativa e de natureza civil das quais participa a Administração Pública.

Por este prisma, inexistiria obstáculo se, por exemplo, as cláusulas de um contrato de locação de bem público entre a Administração Pública e um particular fossem discutidas em mesa de mediação. Em segundo lugar, o autor afirma que, ainda que se trate de direito indisponível é possível a transação a respeito das formas e prazos de cumprimento da obrigação, exatamente como ocorre no processo coletivo.

Na esteira de apoio ao pensamento moderno, há doutrina que entende ser o interesse público e o interesse privado complementares entre si, no sentido de ser o público também a salvaguarda do privado, de modo que este último se projeta no primeiro (SALGADO, 2019). Raciocinar a lógica administrativa desta forma acaba por escapar da ideia adversarial entre os interesses, fazendo com que ganhe espaço a aproximação e a coexistência entre os interesses público e privado.

Por mais que sejam importantes as críticas à normatização da estrutura e funcionamento das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a Lei 13.140/2015 parece ter dado um passo fundamental e inovador no ordenamento jurídico pátrio, não apenas no sentido de institucionalizar o instrumento da mediação, mas também provocar uma aproximação da solução não jurisdicional com a Administração Pública. Trazer o embrião deste debate é primordial para que, num futuro, juristas possam desenvolver possíveis maneiras

de compatibilização do interesse público com técnicas negociais, a ponto de - quem sabe - viabilizar a mediação administrativa em sua plenitude entre órgãos da Administração Pública e particulares, como já apontado pelo exemplo trazido por Daniel Amorim (2020), quanto à possibilidade do uso da mediação em questões eminentemente privadas e prescindíveis à observância irrestrita da indisponibilidade do interesse público.

No entanto, o presente estudo não intenta adentrar nas profundezas do debate acerca do interesse público. Aqui se pretende, em verdade, atentar às incoerências da aplicação de técnicas de autocomposição na Administração Pública tal como foi disposta pela Lei 13.140/2015 e o instrumento da mediação em si, projetado com toda a sistemática e principiologia próprias, mas por vezes distantes da realidade da atividade administrativa. A abordagem ora proposta se resume a um olhar para o presente, para o que a norma apresenta como ferramenta, de modo que possa contribuir para debates mais profundos no futuro (próximo, assim se espera).

4. AS ATRIBUIÇÕES FUNCIONAIS DAS CÂMARAS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS

De volta à letra da Lei 13.140/2015, os incisos do artigo 32 (BRASIL, 2015^a) trazem as atribuições das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, quais sejam: (a) promover a celebração de termo de ajustamento de conduta; (b) dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública; e (c) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público. A primeira delas se expressa na possibilidade de promoção de termos de ajustamento de conduta, negócio jurídico que possui como característica ser um acordo firmado por partes em conflito, de modo a estabelecer condições de cumprimento do acordo (DI PIETRO, 2019). Previsto em várias áreas do direito, este negócio visa à proteção de direitos de caráter transindividual, constituído por obrigações de fazer ou de não fazer e a correspondente cominação sancionatória caso de seu descumprimento (FARIAS, 2020). Sob o ponto de vista do instrumento de mediação, resta inequívoca a possibilidade de seu uso na formação de termos de ajustamento de conduta, ainda que o conflito envolva interesse público, observadas as peculiaridades do caso concreto.

Outra atribuição das câmaras consiste na possibilidade de resolução de conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública. Interessante apontar que, nesta situação o órgão da advocacia pública examina as vontades e profere decisão como terceiro imparcial, de maneira a consubstanciar uma hipótese de julgamento administrativo (CABRAL; CURY, 2020). Tal previsão reforça o fato de decisões administrativas poderem resolver demandas entre órgãos administrativos, sem que haja a necessidade de intervenção jurisdicional.

Quanto a esta atribuição de julgamento de conflitos entre órgãos e entidades públicas, faz-se imprescindível clarear duas possíveis hipóteses para a sua ocorrência: I) quando tratar-se de conflitos entre órgãos e entidades pertencentes ao mesmo ente federativo; e II) na solução de conflitos entre órgãos e entidades de entes federativos distintos. Nesta última (II),

parece inexistir problemas para a apreciação jurisdicional de eventual decisão administrativa proferida em sede da câmara de prevenção e solução de litígios. São pessoas jurídicas distintas que se dispuseram a solucionar problemas pautados em interesses contrapostos de maneira heterocompositiva, todavia, sem força jurisdicional. Naturalmente, do inadimplemento contratual ou da irresignação de uma das partes, a pessoa jurídica de direito público poderá recorrer à apreciação jurisdicional.

Por outro lado, quando se trata da hipótese de solução de conflitos entre órgãos e entidades do mesmo ente federativo (I), via de regra não parece haver a possibilidade de apreciação perante um juiz, já que se trata de um conflito de atividades dentro de uma mesma pessoa jurídica. Em outras palavras, os interesses controversos decorrem de divergência ínsita à distribuição interna de atribuições. Logo, tem-se, na ocasião, reflexo do exercício pleno da autonomia administrativa quanto à estruturação interna e organização da prestação da atividade pública, consequência natural do fenômeno da desconcentração administrativa, fundada no poder hierárquico da própria pessoa jurídica de direito público (CARVALHO, 2018). Não se trata de violação dos ditames constitucionais da jurisdição una, mas da mera constatação de sua inaplicabilidade. A efetiva solução se respalda no exercício do poder da autotutela ou de mera reorganização da estrutura administrativa de uma pessoa jurídica de direito público.

Conclusão diferente se alcança diante da possibilidade de conflitos provenientes da organização administrativa descentralizada. Neste caso, pessoas jurídicas diversas prestam o serviço público, ainda que provenientes do mesmo ente federativo. A este último cabe exercer controle meramente finalístico diante da administração pública indireta, sem que haja a manifestação do poder hierárquico (CARVALHO, 2018).

À exemplo, é possível pensar em conflitos insanáveis por solução não jurisdicional entre uma universidade pública federal e o Ministério da Educação, no tocante ao sistema de ensino adotado pela instituição educacional. De um lado, ter-se-á o argumento baseado na autonomia pedagógica marcante de autarquias em regime especial (CARVALHO, 2018), como é o caso da natureza jurídica de grande parte das universidades públicas federais. De outro, tem-se o órgão independente⁴ - Ministério da Educação -, atrelado ao Chefe do Executivo da União. Resta, ao caso, apenas a apreciação do poder judiciário, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Por fim, o inciso II, do artigo 32, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015^a) traz a atribuição das câmaras consistente na avaliação de admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público. A hipótese reside na possibilidade de resolução não jurisdicional de conflitos entre a Administração Pública e particulares como, por exemplo, a possibilidade de solução de conflitos envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro atinente aos contratos administrativos, conforme previsto no artigo 32, parágrafo 5º, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015^a). No entanto, esta terceira e última atribuição das câmaras parece ser a mais distante da mediação e, portanto, merece maior atenção pelo presente estudo.

4 Dentro da classificação de órgãos públicos, Matheus Carvalho aponta que, malgrado inexistia consenso doutrinário quanto aos conceitos dos variados órgãos, grande parte dos administrativistas entendem que os Ministérios são exemplos de órgãos independentes, já que não estão hierarquicamente subordinados a nenhum outro órgão e se encontram no topo da hierarquia do poder estatal, sujeitando-se somente ao controle que é exercido entre os poderes estruturais do Estado (CARVALHO, 2018).

De início, para que haja consensualidade livre e desimpedida na resolução não jurisdicional, primeiramente devem ser presumidas a isonomia entre os interessados e, sobretudo, a autonomia das vontades (NEVES, 2020), conforme disposição expressa da principiologia no artigo 2º, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015^a). E, em sentido contrário, a atribuição em questão determina que a câmara – portanto, a advocacia pública – avalie, em caráter de admissibilidade, pedidos de resolução de conflitos, nos moldes da regulamentação do ente federativo.

Desta forma, antes de iniciar quaisquer tratativas que se destinem à resolução do conflito entre particulares e Administração Pública, faz-se imprescindível que haja uma avaliação de admissibilidade por parte do advogado público, com base em requisitos previamente estabelecidos em ato administrativo. A razão desta apreciação preliminar e a indissolúvel subsunção do caso concreto do particular a exigências predispostas em ato administrativo reforçam a preocupação do legislador federal com a indisponibilidade do interesse público já abordada.

O regime jurídico diferenciado da Administração Pública, se comparado ao grau de liberdade que vigora no âmbito privado, coloca-lhe limites muito claros e relevantes no momento de se utilizar o caminho consensual na resolução de conflitos (CABRAL; CURY, 2020). Por exemplo, a norma exclui de forma expressa a atribuição das câmaras para a solução de controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos à autorização do poder legislativo, como é a hipótese da venda de bem imóvel público, que depende de autorização legal, nos termos do artigo 17, inciso I, da Lei 8.666/1993 (BRASIL, 1993).

Por outro lado, como já foi ressaltado, não há como desmerecer o esforço do legislador federal em dar um primeiro sinal de abertura para se pensar a mediação administrativa. O debate acerca da conciliação das prerrogativas e restrições da Administração Pública com o instrumento de mediação e demais técnicas negociais típicas do âmbito privado é demasiadamente profundo. Na realidade, a própria nomenclatura utilizada para definir a instituição competente, qual seja, “câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos” parece inapropriada no tocante à atividade preventiva que supostamente lhe é conferida. De fato, nenhuma das três atribuições é suficientemente aplicável para hipóteses de se prevenir ato lesivo ao particular. Em harmonia a este entendimento, Luciane Moessa de Souza (CABRAL; CURY, 2020) defende que a prevenção seja dada no âmbito de cada órgão integrante da Administração Pública, mediante uma atuação que prime pelo diálogo e pela transparência.

Além disso, não se olvida que a atuação preventiva para resguardar direitos dos particulares também é tarefa do poder judiciário. Seabra Fagundes (1957) há muito já levantada as hipóteses de suscitação de controle jurisdicional por parte de particulares, como aquelas em caráter preventivo, pela procura de sustação de ato lesivo em vias de execução. De outra banda, agora em controle diferido, o poder judiciário é responsável pela tutela do ressarcimento de prejuízo decorrente de execução administrativa, caso a autoridade utilize os meios coercitivos diretos. Acerca da última hipótese, vale acrescentar também a possibilidade de controle *a posteriori* jurisdicional sobre atos administrativos que violam princípios de observância obrigatória pelo administrador, como a proporcionalidade e a razoabilidade (CARVALHO, 2018).

Ainda sobre a última atribuição abordada, há de se concluir que o acordo não jurisdicional entre a Administração Pública e seus administrados foge da proposta do instrumento da mediação em demasia. Não se trata apenas do prejuízo aos princípios basilares da mediação, como a isonomia entre as partes, a imparcialidade do mediador (aqui a figura talvez nem

exista) e a consensualidade, mas também em razão da submissão da vontade do particular a requisitos previamente estabelecidos pelo ente federado, a ser apreciado em caráter de admissibilidade pelo próprio representante da Administração Pública.

Das disparidades entre o tratamento dado para a solução de conflitos entre particulares e Administração Pública e a mediação, há de se concluir que são figuras distintas e que, portanto, para a efetividade de cada uma delas se faz imprescindível que seja dado tratamento diverso às peculiaridades de cada situação. Logo, embora o Capítulo II seja parte originária da “Lei de Mediação”, tendo sido pensado em conjunto com o instrumento da mediação, a solução de conflitos entre Administração Pública e particulares não se forma a partir de técnicas de mediação. O que, em tese, refletiria uma solução consensual, torna-se um acordo celebrado dentro do órgão da advocacia pública, sob as regras instituídas pela própria administração pública do ente estatal competente. E, ademais, todo o procedimento é provavelmente constituído sem a condução de um terceiro imparcial.

Não há prejuízo asseverar que, no que diz respeito às pessoas jurídicas de direito público, inexistente uma regulação a respeito da mediação. Pelo contrário, perceber que a atuação das câmaras em conflitos entre administrador e particulares não passa pelo instrumento da mediação contribui para que o jurista saiba distinguir as diferentes possibilidades trazidas pela “Lei de Mediação”, ainda que a denominação da Lei 13.140/2015 seja deveras limitadora e, quiçá, inapropriada.

No entanto, é inegável que acordos provenientes de conflitos entre a Administração Pública e particulares possuem natureza jurídica contratual e que, por força da lei⁵, tornam-se títulos executivos extrajudiciais. Sobre a constituição de tais contratos, o legislador federal traz diversas pistas acerca da sua intenção, especificamente quando da regulamentação dos acordos realizados no âmbito da Administração Pública federal. Neste sentido, soluções não jurisdicionais entre o administrador federal e particulares são formalizadas mediante a denominada “transação por adesão”, nos exatos termos do artigo 35, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015^a), acordo que será objeto do próximo item do presente estudo.

5. A TRANSAÇÃO POR ADESÃO UTILIZADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A “Lei de Mediação” (BRASIL, 2015a) aproveitou para tratar na Seção II, do Capítulo II, sobre os conflitos envolvendo a Administração Pública federal, direta e indireta. Já no *caput* do artigo inaugural (artigo 35), a norma traz o instituto da transação por adesão como o negócio jurídico a ser formado sobre todas as controvérsias existentes entre a União e particulares⁶. Na busca de um conceito para o novel instrumento, tem-se na transação por adesão um meio extrajudicial de solução de conflitos. Através dele, o interessado aceita as condições

5 Artigo 32, parágrafo 3º, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a).

6 Na hipótese de conflitos entre órgãos e entidades de direito público da Administração Pública federal, deve a Advocacia-Geral da União realizar a composição extrajudicial do conflito, conforme dispõe o artigo 36, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a).

previamente dispostas em resolução administrativa, formulando pedido junto à Advocacia-Geral da União e juntando prova de atendimento aos requisitos estabelecidos, que são os termos da proposta geral formulada pelo ente público (CABRAL; CURY, 2020).

O início da futura transação por adesão consiste na possibilidade de elaboração de uma proposta geral, formulada pela Administração Pública federal através de uma resolução administrativa⁷. Vale ressaltar que não basta para a realização de acordos o ato administrativo em si, mas deve haver fundamento jurídico para tanto. Assim, os incisos do artigo 35, da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015a) preveem que o futuro acordo deve ser fundado em i) autorização do Advogado-Geral da União, com base em jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou ii) parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Percebe-se que o respaldo jurídico deve partir de ato do advogado público em harmonia com entendimento pacífico do poder judiciário, ou então, através de um ato administrativo composto, no qual o parecer do advogado público é chancelado pelo aceite do chefe do poder executivo. Malgrado a omissão legal, acredita-se que tais requisitos para a promoção da transação por adesão seja de observância obrigatória aos Estados-membros e Municípios que desejarem criar as suas próprias câmaras, por força do princípio da simetria, sob o risco de não se atentarem para a busca do interesse público. Arrisca-se dizer que, no futuro, é bem provável que a observância obrigatória (ou não) ao modelo federal por parte dos demais entes seja objeto de manifestação por parte dos tribunais superiores.

Diante do conceito e da robustez jurídica necessária para que o Estado esteja apto à promoção de acordo, resta claro que a transação por adesão não se trata de uma forma de mediação. João Luiz Lessa Neto (CABRAL; CURY, 2020) entende não se tratar nem de alguma outra hipótese de negociação, acreditando inexistir espaço para negociação na acepção tradicional do termo. E, como já foi ressaltado, o distanciamento do acordo envolvendo a Administração Pública e particulares com práticas negociais se deve à preocupação com o regime jurídico administrativo.

Em verdade, a proposta inicial editada pela Administração Pública representa o limite que o administrador consegue oferecer aos particulares que suprirem determinados requisitos e estão dispostos a transacionar. Caso o administrador vá além dos termos autorizados, é possível que reste configurada uma violação às prerrogativas inerentes a sua atuação, configurando inclusive ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, da Lei 8.249/1992 (BRASIL, 1992). Conclui-se, portanto, que se trata de um modelo de solução consensual por adesão. Posto isto, existem dois institutos que necessitam ser melhor esclarecidos, que é a transação e a adesão. Para tanto, faz-se necessário recorrer à doutrina do direito civil.

Transação se caracteriza por ser um acordo alcançado mediante concessões mútuas das partes, diante das manifestações de vontade. Ou seja, na transação cada interessado abre mão de determinado direito, a fim de alcançar um denominador comum que solucione ou previna um conflito. Trata-se de uma espécie de contrato de natureza civil, expressamente previsto nos artigos 840 e seguintes, do Código Civil, mas que possuiu ingresso no ordena-

7 "Em razão da regra da impessoalidade da administração pública, não é possível que, uma vez apresentada a resolução administrativa, seja negada a adesão ao interessado que preencha os requisitos legais. A União está vinculada aos termos da proposta de transação por adesão que apresente, não havendo discricionariedade para celebrar ou não transação com o interessado que preencha os requisitos" (CABRAL; CURY, 2020).

mento jurídico brasileiro ainda no Código Civil de 1916. Devido à longa presença do instituto no direito brasileiro, Caio Mário da Silva Pereira (2011) já alertava para a variada conotação semântica do vocábulo “transação”, o que de fato ocorre no cotidiano dos tribunais e que, inclusive, pode ter ocorrido com a apropriação do termo pela “Lei de Mediação”.

Saber se houve ou não impropriedade do legislador federal ao utilizar o termo como a forma de acordo a ser realizado pela Administração Pública faz com que seja retomado o debate acerca da disponibilidade do interesse público, o que não é o propósito. Disto, basta apenas concluir que, aos juristas clássicos defensores da irrestrita observância do interesse público quanto a sua indisponibilidade e supremacia sobre o interesse privado, parece ser inviável imaginar o Estado como parte de uma transação, que tem em sua essência a mútua renúncia de direitos. Para a corrente administrativista mais moderna, a aplicação do instituto da transação na Administração Pública é sim algo a se pensar.

Dentro da classificação funcional dos contratos civis, pode-se encontrar o segundo termo a ser aprofundado. O contrato de adesão, portanto, é aquele em que é possível perceber três atributos: predisposição das cláusulas, unilateralidade e rigidez. Neste negócio jurídico, ensinam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2018) que um dos contratantes não possui a liberdade de estipulação do conteúdo das cláusulas, restando-lhe apenas a liberdade de aceitar ou não a contratação. Em complemento, Flávio Tartuce (2019) coloca em posições diametralmente opostas os contratos de adesão dos chamados contratos paritários ou negociais. Diferente da adesão, contrato paritário ou negocial é aquele em que o conteúdo é plenamente discutido entre as partes, o que parece se harmonizar mais com o instituto da transação, em decorrência da sua característica colaboração mútua.

Não há como esquecer o fato de contratos administrativos terem como atributo a sua natureza de contrato de adesão (DI PIETRO, 2019). Ainda que não seja precedido de licitação, todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração Pública. Além disso, a “Lei de Mediação” parece ter se esforçado em trazer um novo instituto, distinto de um mero contrato administrativo. Por essa razão, houve a tentativa de harmonização dos institutos da transação e da adesão, na busca de trazer relativa colaboração mútua dos interessados, desde que atendidos os requisitos predispostos em ato administrativo, no intuito de resguardar o interesse público. Entretanto, o contrato de transação tem como característica precípua a mútua concessão dentro de uma relação jurídica, fato que parece afastar de pronto qualquer forma de adesão eventualmente imposta por uma das partes. Sob essa ótica, a norma parece insistir na conciliação do que é essencialmente inconciliável.

A norma busca traçar tantas condições à transação, de modo que o administrador não perca de vista o interesse público, que acabou por criar um instrumento que nunca alcançará a sua função, que é a autocomposição pura e irrestrita, nos moldes do que a principiologia da mediação pressupõe. Pelo procedimento eleito pelo legislador federal, a norma se perde na construção de um instrumento que, na prática, legitima a criação de planos de adesão em prol da desburocratização da solução de conflitos e do desafogamento do poder judiciário. E, ainda, escancara a observância estrita da supremacia do interesse público sobre o interesse dos administrados e da solução “consensual” apenas quando for conveniente para a parte mais forte do conflito. Por certo, o contrato de adesão é uma realidade dentro da Administração Pública; já a transação, uma (polêmica) novidade.

Em paralelo às críticas realizadas quanto ao procedimento utilizado para a resolução não jurisdicional envolvendo Administração Pública e particulares, fato é que a transação por adesão é válida e eficaz no mundo jurídico, se respeitados os requisitos predispostos. Na prática, trata-se de um contrato de adesão, que por sua vez pode se consolidar como um instrumento social bastante eficaz na resolução de conflitos. Para tanto, deve-se ter a consciência de que não se trata de uma hipótese de mediação administrativa, porque esta ainda não faz parte do ordenamento jurídico pátrio. Logo, para que as peculiaridades do procedimento de formação de uma transação por adesão não maculem todo o microsistema de resolução de conflitos por técnicas negociais trazido pela “Lei de Mediação”, faz-se imprescindível a distinção.

Mediação e transação por adesão são, portanto, institutos substancialmente distintos, ainda que visem ao mesmo fim. Por mais que o presente estudo tenha expressamente reconhecido o esforço do legislador em colocar em pauta profundos debates sobre o tratamento da coisa pública por parte do administrador, ainda existem grandes obstáculos a serem superados pelo ordenamento jurídico para que concessões no ambiente administrativo sejam efetivamente realizadas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi da intenção do presente estudo deixar uma última observação para a conclusão do trabalho. A Lei 13.140/2015, em seu artigo 33 (BRASIL, 2015a), previu a aplicação subsidiária das normas atinentes à mediação judicial e extrajudicial consagrada no primeiro capítulo da norma, enquanto não forem instituídas as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos. Assim sendo, a norma expressamente autoriza a Administração Pública a utilizar o instrumento de mediação na sua plenitude na resolução de seus conflitos, respeitando toda a sistemática trazida nas linhas preliminares da norma, caso ainda não sejam instauradas conforme previstas no Capítulo II.

Ora, diante de tudo que foi exposto há de se concluir que a aplicação subsidiária não é possível, de maneira a consubstanciar uma impropriedade por parte do legislador federal. Do contrário, não haveria qualquer interesse em constituir as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos por uma razão muito simples: a regulamentação sobre conflitos entre particulares e Administração Pública desconfigurou a mediação e os demais instrumentos amplamente divulgados e aceitos pela nova sistemática da “Justiça Multiportas”. Logo, se não há câmara instalada, por exemplo, a mediação administrativa seria uma realidade, vez que a lei autorizaria a sua utilização subsidiária.

De todo modo, optou-se por fazer essa observação apenas para reiterar o entendimento de que a “Lei de Mediação” trouxe não apenas o microsistema de resolução não jurisdicional de conflitos, mas também outros institutos, em especial aqueles destinados a resoluções envolvendo a Administração Pública. No presente estudo também foram trazidas as incompatibilidades do instrumento da mediação com o princípio da indisponibilidade do interesse público e a sua supremacia sobre o interesse privado. Além disso, foi dedicada uma seção para que fosse esmiuçada a estrutura das câmaras assim como as suas atribuições.

Por fim, o presente estudo buscou trabalhar um negócio jurídico até então desconhecido, que é a transação por adesão trazida pela “Lei de Mediação”, capaz de viabilizar a solução conflitiva entre particulares e a União mediante procedimento próprio. Ainda que diversas críticas quanto à sua natureza e aplicação possam ser levantadas, é inegável que o instrumento pode representar um grande avanço para o alcance da autocomposição administrativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil do 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.248, de 2 de junho de 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, Brasília-DF, de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 01 mar. 2021.

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**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 22 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 01 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 (a). Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 29 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 27 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (b). Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Diário de Justiça Eletrônico do Conselho Nacional de Justiça nº 219/2010, de 01 de dezembro de 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CURY, Cesar Felipe (coords.). **Lei de mediação comentada artigo por artigo**. 2ª ed. Indaiatuba: Foco, 2020. Edição de *e-book*.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018

CHINI, Alexandre; COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco; FLEXA, Alexandre; ROCHA, Felipe Borring. **Juizados especiais cíveis e criminais - Lei 9.099/1995 comentada**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 32ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição de *e-book*.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, Volume IV - Contratos**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

FARIAS, Talden. Termo de ajustamento de conduta e celeridade processual. Revista **Consultor Jurídico**, 4 de abril de 2020, 12h20. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/ambiente-juridico-termo-ajustamento-conduta-celeridade-processual>. Acesso em: 10 mar. 2021.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - introdução ao direito processual civil - Volume I**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil - processo de conhecimento - Volume II**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - Volume Único**. 12ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, Volume III - Contratos**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SALGADO, Buenã Porto. **Manual de arbitragem na Administração Pública**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil - Volume único**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 26/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 26/04/2022
- Avaliação 1: 2021
- Avaliação 2: 2021
- Decisão editorial preliminar: 26/04/2022
- Retorno rodada de correções: 26/04/2022
- Decisão editorial/aprovado: 01/05/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

COMPLIANCE E INTEGRIDADE EMPRESARIAL – A VALORAÇÃO ÉTICA NA GOVERNANÇA CORPORATIVA*

COMPLIANCE AND BUSINESS INTEGRITY - THE ETHICAL VALUE IN CORPORATE GOVERNANCE

HELTON JÚNIO DA SILVA¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar os institutos de *Compliance* e integridade empresarial no contexto de governança corporativa levando em consideração a análise econômica do direito. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica de obras jurídicas, normas e procedimentos. Buscou-se em diferentes estudos os conceitos, definições e compreensões do tema com o intuito de contextualizar a valoração da postura ética como alterações de procedimentos no cenário corporativo como forma de minimizar os riscos para da empresa e da governança. Como resultado identificou-se a importância da implantação do *Compliance* como aparelhamento em segurança e prevenção de riscos. O presente estudo contribuiu na construção de referencial teórico sobre o atual debate sobre *Compliance* e integridade empresarial como elementos de mitigação de riscos inclusive de condenações financeiras, além de relacionar a tenência dos procedimentos a serem adotados no ambiente corporativo.

Palavras-chave: *Compliance*; Integridade; Governança Corporativa

ABSTRACT

This article aims to analyze the Institutes of Compliance and Integrity in the context of corporate governance taking into account the economic analysis of law. It is a bibliographical research of legal works, norms and procedures. Concepts, definitions and understandings of the theme were sought in different studies in order to contextualize the valuation of ethical posture as procedural changes in the corporate scenario as a way to minimize risks for the company and governance. As a result, the importance of implementing Compliance was identified as an instrument in safety and risk prevention. This study contributed to the construction of a theoretical framework on the current debate on Compliance and business integrity as elements of risk mitigation, including financial convictions, in addition to relating the tendency of procedures to be adopted in the corporate environment.

Keywords: *Compliance*; *Integrity*; *Corporate Governance*

¹ * Artigo apresentado no IV Congresso Internacional do PPGD-FUMEC: Diálogos entre o Direito Público e o Privado nas Inovações do Século XXI, e nos termos do Edital, selecionado para publicação na Revista Meritum. Doutorando em Sistema de Informação e Gestão do Conhecimento. Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Milton Campos. Pós-Graduado em Consultoria Jurídica Empresarial pela pelo Centro Universitário UNISEB. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Pedagogia pela Universidade do Estado de Minas Gerais (2003). Professor do Curso de Pós-Graduação da PUC/MINAS e Membro da Comissão Especial de Direito Notarial e Registral da OAB Federal. Advogado.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SILVA, Helton Júnio da. Compliance e integridade empresarial - a valoração ética na governança corporativa. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 129, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.9026>.

1. INTRODUÇÃO

As expressões *Compliance* e a integridade vem ganhando cada vez mais espaço no cenário político brasileiro. Com origem na expressão idiomática inglesa “*to comply with*” o termo *Compliance* é compreendido basicamente como o cumprimento de normas e regulamentos com o objetivo de evitar a prática de atos ilícitos por parte da empresa e todos que a compõem. Já a integridade empresarial por sua vez está relacionada ao comportamento probo, correto, honesto e contrário à corrupção.

Inseridos nos valores que compõem a filosofia empresarial, o *Compliance* e a integridade fundamentam programas e procedimentos éticos e de anticorrupção. A sociedade brasileira enfrenta profundas mudanças comportamentais nos procedimentos e condutas governamentais e empresariais. Os movimentos anticorrupção são os principais motivadores da referida mudança. Escândalos de corrupção, tais como o Mensalão, Operações Lava Jato e Zelotes, com a consequente prisão de grandes executivos e profissionais de altos cargos de direção no Brasil foram essenciais para justificar o resgate à postura ética das corporações.

Diante desse cenário, o Direito brasileiro passou a promover uma nova concepção de responsabilidade, com fundamento na teoria do domínio do fato e fundamentada na Lei 12.846/2013, Lei Anticorrupção, o que justifica a realização do presente estudo para melhor compreensão do *Compliance*. Assim as expressões de *Compliance* e integridade empresarial atingiram os programas e código de condutas das empresas multinacionais e empresas brasileiras de grande porte. Nesta nova perspectiva, o dirigente que, por sua função, deveria estar ciente do que se passa na saúde financeira da empresa que gere, deve estar atento as atos de seu colaboradores, pois o dirigente pode ser responsabilizado em âmbito civil, administrativo e criminal pelos atos ilícitos cometidos por funcionários sob seu comando. Assim, os programas de *Compliance* e de integridade empresarial passaram a fazer parte das discussões das diretorias.

Com o risco de perdas financeiras vultuosas, condenações de dirigentes, riscos de se comprometer a reputação da empresa ou a própria continuidade da atividade empresarial. A iniciativa privada tem um papel fundamental na prevenção da corrupção e na manutenção de um ambiente corporativo pautado por princípios de ética e integridade, o que demonstra a relevância do estudo dos aspectos de *Compliance* e Integridade no universo empresarial.

O presente estudo não tem por objetivo discorrer sobre ética no aspecto filosófico, mas sim analisar as concepções de *Compliance* e da integridade empresarial como instrumentos gerenciais e mitigadores de risco. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica de obras jurídicas, normas e procedimentos. Para fins didáticos, optou-se, no presente estudo, por abordar no primeiro capítulo *Compliance* e Análise Econômica do Direto, na sequência adentrar nos aspectos da Governança Corporativa, posteriormente apresentar alguns aspectos sobre a Lei Anticorrupção brasileira e, por fim, discorrer sobre as concepções de *Compliance* e integridade empresarial a com base na doutrina, nas orientações do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle e no Decreto Federal 8.420 de 2015.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE *COMPLIANCE* E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Etimologicamente o termo ‘*Compliance*’ vem do verbo inglês *to comply* e significa agir conforme uma regra, um pedido, um acordo interno ou simplesmente responder a um comando. Não existe na língua portuguesa termo para este mesmo significado (ANTONIK, 2016, p.46). Apesar de entender que por não haver termo similar em português, ANTONIK apresenta um conceito geral do que podemos entender por *Compliance*: “é a adesão da companhia a normas ou procedimentos de determinado setor. Seu objetivo primordial é o combate à corrupção”. (ANTONIK, 2016, p. 46).

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em 2016 elaborou um guia intitulado “Guia Para Programas De *Compliance*”, ocasião em que assim conceituou o *Compliance* :

Compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores. Por meio dos programas de *Compliance*, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação (BRASIL, 2016).

A expressão *Compliance* é adotada no cenário brasileiro muito antes da Lei Anticorrupção. As empresas multinacionais que estavam sujeitas às exigências do mercado de ações já adotavam práticas de *Compliance*, isso porque o chamado *Foreign Corrupt Practices Act-FCAP*, legislação americana anticorrupção de 1977, e o *UK Bribery Act* de 2010, no Reino Unido, já aplicavam multas por atos de corrupção praticados no exterior, bem como instigavam as empresas a implantarem departamentos de *Compliance* em todas as suas filiais espalhadas pelo mundo.

No Brasil, a CVM - Comissão de Valores Mobiliários, a exemplo de países como EUA e Reino Unido, por meio da Instrução 509, de 16 de novembro de 2011, estabeleceu que as empresas de capital aberto no Brasil deveriam possuir meios para receber denúncias - inclusive sigilosas - internas e externas à companhia. Essa determinação representou um avanço importante nas práticas de governança corporativa e nos esforços das empresas para detecção e tratamento dos desvios de conduta e situações de fraude. A preocupação com a reputação também passou a ser prioridade no país, tendo em vista a situação de grandes construtoras brasileiras (FIUZA e SILVA, 2016).

Em função da Lei 12.846/13 e do Decreto Federal 8.420/15, as corporações passaram a ser condenadas pelos atos de corrupção executados inclusive pelos seus colaboradores. Como consequência, organizações começaram a implementar e promover programas de *Compliance* e de integridade empresarial com o intuito de eliminar ou atenuar as vultuosas perdas financeiras causadas por eventuais multas impostas.

Diferentemente do que possa sugerir a Análise Econômica do Direito não está restrita ao estudo do Direito Econômico. Ela se amplia consistindo numa inter-relação entre os vários ramos do direito e sua relação com a Economia, ou seja, em “um movimento interdisciplinar, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência econômica, especialmente os ele-

mentos valor, utilidade e eficiência” (Diniz; Ribeiro, 2010). Desta forma, a Análise Econômica do Direito pode ser considerada como o estudo da teoria e dos métodos econômicos frente aos impactos das determinações legais e do direito. Ou seja, é o debate polarizado entre economia e direito.

As determinações jurídicas e o desenvolvimento de doutrinas econômicas contribuíram para o surgimento da Análise Econômica do Direito. Nas palavras dos professores Ribeiro e Galeski Júnior:

O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics* que, preliminarmente, pode ser definido como a aplicação da teoria econômica, em especial das normas e instituições jurídicas, surgiu a partir do desenvolvimento das doutrinas econômicas e da atenção dos economistas para os assuntos jurídicos vindo, posteriormente, chamar a atenção dos juristas para esse novo enfoque do “fenômeno” jurídico. (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2015, p.69)

Com base nos fundamentos apresentados é possível interpretar a Análise Econômica do Direito, comum a várias áreas do conhecimento do Direito, com objetivos econômicos e até sociais. Sendo assim, a Análise Econômica do Direito é fundamentalmente um movimento que traz para o sistema jurídico a influência das ciências sociais econômicas, especialmente os elementos de “valor”, “utilidade” e “eficiência” (RIBEIRO, 2015, p.83).

Estudiosos afirmam que a Análise Econômica do Direito se aplica preferencialmente sobre os direitos reais e contratuais:

Os autores da Análise Econômica do direito aplicam seu método normalmente sobre o direito de propriedade, responsabilidade civil e direito dos contratos. Não são, porém, as únicas áreas do Direito que merecem atenção da Escola, já que o objetivo é buscar a interpretação mais abrangente do fenômeno jurídico com a aplicação dos critérios econômicos. (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2015, p.69)

É evidente que a Análise Econômica do Direito poderia ser tratada em outras áreas, mas as áreas acima citadas são, de fato, as que mais se destacam. No presente estudo, que aborda o *Compliance* e a integridade empresarial, a interdisciplinaridade é uma realidade, pois gera impactos no que se refere à responsabilidade civil, ao direito dos contratos e patrimônio, entre outros (FIUZA; SILVA, 2016).

Alguns autores trabalham a relevância da conduta ética no aspecto econômico. Ao tratar da ética e sua relação com o direito instituidor do *Compliance*, as professoras Marcia Carla Pereira Ribeiro e Patricia Dittrich Ferreira Diniz mencionam que:

Uma visão ponderável na doutrina acerca do questionamento da inserção do estudo da ética na economia é aquela expressa por Amartya Sen. O economista defende a concepção de um desenvolvimento pleno, fomentado pela inclusão da análise da ética na economia, discutindo o pressuposto do comportamento autointeressado utilizando na economia moderna, tendo em vista que, para obter o pleno desenvolvimento, há que se analisar a condição de bem-estar (aplicação da justiça distributiva) e a condição do agente (adotando uma visão mais abrangente da pessoa, incluindo a valorização de elementos desejados pelo agente, sua capacidade de formar estes objetivos e realizá-los) (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 90)

A Análise Econômica do Direito e *Compliance* tem sua origem nos institutos do antitruste e da defesa da concorrência, principalmente pela presente articulação entre o Direito e a Economia. Ao abordar a Análise Econômica do Direito e das organizações os autores Décio Zylbersztajn e Rache Sztajn afirmam que:

A origem da discussão contemporânea de (Direito e Economia) encontram-se nos trabalhos pioneiros de Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarcchi, que apontaram novos aspectos e questões para o tratamento da relação entre Direito e Economia, e, mais recentemente na Teoria das Organizações. O primeiro, ganhador do Nobel de Economia, demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. Coase explicou que a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação dos resultados econômicos. (ZYLBERSTAJN; SZTAJN, 2006, p.1)

Os referidos autores expõem que o instituto do custo de transação, que consiste fundamentalmente nas despesas que os investidores e empresários enfrentam quando compram e vendem no mercado. De outra forma, são os custos com a negociação, com a disponibilização dos itens no mercado e com a própria determinação da estrutura organizacional de uma empresa.

Não se pode deixar de sinalizar que a escola *Law and Economics* busca avaliar as variáveis, ou seja, se por um lado há uma análise do custo da transação, por outro, para alcançar a eficiência, estimula um acentuado nível de incertezas. O entendimento, com base no escopo da integridade, é de que a eficiência isolada não deve ser o único objeto para o qual se dirigem as regras jurídicas, uma vez que é preciso levar em consideração tanto as questões econômicas quanto os princípios que permeiam os direitos sociais (FIUZA; SILVA, 2016). O Autor Nelson Rosenvald afirma que:

Na Análise Econômica do Direito é bem delineada uma ética contemporânea da perfeita eficiência técnica, que se resume em fazer algo bem feito, independentemente da valoração da própria ação em termos universais da moral. Não se duvide de que apesar da técnica e pragmática, a *Law and economics* é uma forma ética. (ROSENVALD, 2013, p.162)

Por outro lado, é importante mencionar que a ideia do lucro a qualquer custo também foi levada em consideração pela Análise Econômica do Direito na teoria da eficiência. O chamado lucro da intervenção² é o lucro obtido por aquele que, sem autorização prévia, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outros. Mas esse lucro da intervenção nos dias atuais está se tornando mais restrito, mesmo porque a própria responsabilidade civil equaliza as consequências.

O professor Nelson Rosenvald apresenta as três dimensões que formam o contexto transitivo:

A desenvoltura da análise econômica deriva do seu foco nos estudos de incentivos da parte de sujeitos econômicos a aderirem a um contexto de promessas, obrigações e remédios. Este contexto transitivo se compõe de três dimensões: (I) a dimensão contratual – que se atém exclusivamente às relações entre os contraentes; (II) a dimensão competitiva – que se refere a potenciais contratantes que estão fora da referida transação (a disciplina do Mercado); (III) a dimensão coercitiva – que se refere ao sistema de enfor-

2 As expressões “enriquecimento por intromissão”, “lucro ilicitamente obtido através da ingerência na esfera jurídica alheia” e “enriquecimento obtido mediante fato injusto” são também utilizadas doutrinariamente como sinônimos de “lucro da intervenção”. (PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. O Enriquecimento e o dano. p.8.)

cement, público ou privado. O específico vínculo entre as três dimensões determina os custos translativos complexos. Assim, em uma única certa transação, será possível indicar remédios mais eficazes e eficientes para inibir ou incentivar comportamentos. (ROSENVALD, 2013, p. 150-151)

Sem a pretensão de enveredar na complexidade da Análise Econômica do Direito, o presente estudo pretende analisar sua aplicabilidade, levando em consideração as regras de *Compliance* e da integridade empresarial em seu aspecto legal, bem como sua função como fenômeno jurídico.

3. GOVERNANÇA CORPORATIVA

Com o objetivo de proteger os acionistas dos abusos de poder da alta administração das empresas e em razão da evolução mundial da economia, e da sistematização empresarial, surgiu a necessidade de normas de definição dos papéis das organizações, especialmente no que se refere à abertura do mercado ao capital externo. Embora vários países já tenham adotado essa prática, os pioneiros no assunto foram Os Estados Unidos e o Reino Unido.

Já no que se refere ao estudo da governança corporativa no Brasil é importante mencionar que desde 27 de novembro de 1995, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBCG) vem colaborando para o desempenho sustentável e influenciando os agentes da sociedade por mais transparência, justiça e responsabilidade.

De acordo com o referido instituto, o conceito de governança corporativa pode ser assim entendida:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.³

Percebe-se assim que a definição de “governança corporativa” tem um papel fundamental na implantação das práticas de *Compliance* e na cultura da integridade.

Neste contexto, vale mencionar que a simples estruturação de uma empresa não a torna mais ética. Porém, há quem defenda que o modelo organizacional pode contribuir facilitando a comunicação na estrutura gerencial além de se mostrar importante na melhoria da eficiência dos sistemas de controle interno, evitando e prevenindo a possibilidade de fraudes e minimizando riscos. Cita-se como exemplo de atitudes de controle interno as auditorias realizadas pela própria empresa ou ainda a implantação de sistema de gestão da qualidade. Tais controles são essenciais para garantir a eficácia dos programas de *Compliance*. Nesse sentido, destaca-se as palavras do professor e executivo Luis Roberto Antonik:

3 Consulta realizada no portal do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em 10 jul 2020.

Responsabilidade social, ética e *Compliance* não existem sem controles rígidos. O mundo é hostil e enganoso, onde prevalecem as aparências diante da venda e das virtudes. De nada adiantaria uma empresa repleta de normas de governabilidade se elas não forem sistemática e exaustivamente auditadas. (ANTONIK, 2016, p.20)

A partir desse entendimento, seria possível afirmar, em primeiro lugar, que se a empresa não se estrutura de modo apropriado os departamentos e gerências direcionado para finalidade específica do controle de nada adiantará a implantação de regras internas ou ainda de canais de comunicação, promoção de treinamentos, entre outras atividades. Além disso, não bastaria ter a estrutura, já que também seria necessário o comprometimento e o envolvimento técnico e ético dos envolvidos.

No que se refere à concepção de governança, o professor Modesto Carvalhosa explica que:

Quando se tratar de pessoas jurídicas que possua órgão colegiado nele de ser criado um comitê de governança para supervisionar o exercício regular e eficaz da auditoria interna nas suas funções de aplicar o Código de Ética, promover a auditoria jurídica, econômica e financeira dos contratos, investigar as condutas internas de seus quadros dirigentes e funcionais, bem como as condutas da própria pessoa jurídica nos seus relacionamentos como o Poder Público. (CARVALHOSA, 2015, p. 330)

Por outro lado, não se pode deixar de considerar que constituir gerências, departamentos e contratar profissionais especializados para efetuar todo este controle tem um custo alto. É importante ainda mencionar que esta implantações consome parte do tempo das atividades produtivas, além de criar a necessidade de promover treinamentos constantes e desenvolver canais que, de alguma forma, se tornam burocráticos.

Adotar ética, *Compliance* e responsabilidade social como tônicas gerenciais é um processo mais difícil ainda e requer maturidade empresarial e solidez de propósitos. Os acionistas têm o papel primordial nas formas como o trabalho será conduzido, pois é pela manifestação da vontade deles que será conhecida a direção a se seguir, os objetivos a serem alcançados e, o mais importante, como os propósitos serão atingidos (ANTONIK, 2016, p.32)

Toda essa sistemática causa um impacto significativo no *full-time equivalent* (FTE), um método de mensuração do grau de envolvimento de um colaborador ou funcionário nas atividades de uma organização ou projeto, e as corporações devem considerar essa atribuição no *core business*.

4. A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

A Lei Federal 12.846/13⁴, mais conhecida como a Lei Anticorrupção, que entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014, regulamenta as responsabilidades objetiva, administrativa e judicial das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira.

4 Regulamentado pelo Decreto Nº 8.420, DE 18 de março de 2015 que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

Tal norma tornou-se um marco legal de grande destaque para o Brasil, na medida em que o contexto política em que foi aprovada refletia uma situação de julgamentos de processos envolvendo grandes empreiteiras que levaram a condenação e prisão de diretores e agentes políticos. A referida lei está em sintonia com as práticas internacionais, a exemplo do *Foreign Corrupt Practices Act* – FCAP⁵, nos Estados Unidos, e do *UK Bribery Act*⁶, no Reino Unido

Os esforços de globalização do combate à corrupção estão igualmente presentes em diversas ações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que resultam na edição da “Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos e Estrangeiros em Transações Comerciais e Internacionais”, assinada pelo Brasil em 1997 e ratificada e promulgada em 2000. Apesar da ratificação da Convenção pelo Brasil em 2000, a apenas em 2010 – mesmo ano em que foi publicada a Lei Anticorrupção do Reino Unido, o *UK Bribery Act* – é que foi proposto pela Presidência da República o Projeto de Lei nº 6.286/2010, que resultaria anos depois na edição da nossa própria Lei Anticorrupção. (CASCIONE; RIBEIRO, 2015, p.7)

No que se refere ao Direito Público, sem entrar em maiores detalhes da legislação, principalmente da legislação internacional, o Brasil já se mostrava empenhado em responsabilizar as pessoas jurídicas por atos de corrupção. Percebe-se este movimento quando, por exemplo ratificou os seguintes atos: a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, de 1997 (Decreto nº 3678/2000), a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 1996 (Decreto nº 4.410 de 2002) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (Decreto nº 5.687 de 2006).

Contextualmente, é possível perceber que no ordenamento jurídico brasileiro várias leis de uma certa forma já estabeleciam sanções aos atos ilícitos promovidos por pessoas jurídicas junto à administração pública. A exemplo de algumas legislações, pode-se citar: a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.249/92), a Lei Antitruste (Lei 12.529/2011) e Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) entre outras. Ressalta-se porém, que a Lei Anticorrupção proporcionou novas ferramentas jurídicas com inovações no escopo, na responsabilidade e na solidariedade, envolvendo até os terceiros contratados:

A presente Lei, ademais, torna as companhias objetivamente responsáveis por atos de corrupção junto ao Poder Público independente das pessoas físicas envolvidas, direta e indiretamente, no ilícito.

Essa responsabilidade objetiva alcança a solidariedade entre empresas controladoras, controladas e consorciadas, aquelas resultantes de fusão e de aquisições, além das terceiras envolvidas nas condutas corretivas típicas presentes na Lei. (CARVALHOSA, 2015, p. 30)

5 The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. (“FCPA”), was enacted for the purpose of making it unlawful for certain classes of persons and entities to make payments to foreign government officials to assist in obtaining or retaining business. Specifically, the anti-bribery provisions of the FCPA prohibit the willful use of the mails or any means of instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of any offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of money or anything of value to any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given or promised, directly or indirectly, to a foreign official to influence the foreign official in his or her official capacity, induce the foreign official to do or omit to do an act in violation of his or her lawful duty, or to secure any improper advantage in order to assist in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. acesso em 10 jul 2020.

6 The Bribery Act 2010 was introduced to update and enhance UK law on bribery including foreign bribery in order to address better the requirements of the 1997 OECD anti-bribery Convention. It is now among the strictest legislation internationally on bribery. Notably, it introduces a new strict liability offence for companies and partnerships of failing to prevent bribery. Disponível em: <http://www.transparency.org.uk/our-work/business-integrity/bribery-act/>. acesso em 10 jul 2020.

Um dos pontos de destaque na lei anticorrupção diz respeito à responsabilidade objetiva. Tal norma disciplina a responsabilidade objetiva por atos lesivos contra a administração pública, realizados pelos agente responsáveis ou por terceiros, utilizados para simular seus reais interesses se configura de maneira solidária. Dessa forma, tem-se que a responsabilidade prevista na Lei Anticorrupção não depende da apuração de culpa ou do dolo, seja por parte da empresa ou de seus dirigentes, e que também se desdobra para pessoas jurídicas a responsabilidade por fatos cometidos por pessoas do âmbito hierárquico de sua organização. Em função disso:

Como consequência, a pessoa jurídica acusada não pode se defender de eventuais acusações formuladas pelo Poder Público, seja na instância administrativa, seja na instância judicial, alegando o desconhecimento, a não autorização ou mesmo a expressa proibição dos atos praticados para a punição são a demonstração da efetiva existência do ato lesivo contra a administração pública e do nexo de causalidade entre o ato lesivo e a atividade da pessoa jurídica acusada. (CASCIONE; RIBEIRO, 2015, p.100)

O disposto na citada lei envolve as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma como são organizadas ou qual o modelo societário adotado. Envolve ainda quaisquer fundações, associações de entidades ou de pessoas, ou sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, conforme dispõe o parágrafo único do Art.1º.

Complementando o exposto no art. 1º, o Art. 3º expande ainda mais a responsabilidade objetiva para a alta direção das empresas. Conclui-se assim que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. Prosseguindo neste entendimento até mesmo o parceiro comercial poderá ser responsabilizado. É importante mencionar, porém que, a responsabilidade dos dirigentes ou administradores por atos ilícitos serão limitados na medida da sua culpabilidade.

Embora a Lei Anticorrupção mereça um estudo minucioso sobre aspectos e impactos, o presente estudo tem como foco a motivação trazida pela referida lei no que se refere à abrandamento das penalidades e até ao oferecimento de benefícios caso as empresas tenham em execução programas de integridade. Nesse sentido, o estabelecimento de normas regulamentares de conformidade, mediante a adoção de um código de ética, de processos de análise de riscos, de auditorias internas com poderes de verificação do mérito das transações, entre outros, tem o objetivo de coibir a prática da corrupção, como fica estabelecido no artigo 7º da Lei 12.846/2013.

Com base na redação do inciso VIII, fica estabelecida a premiação pela existência de programas com o objetivo de criar, incentivar e efetivar métodos de conformidade, o que na filosofia pode ser entendido como formação profissional ética. Em termos de manual, pode haver a implantação de códigos de conduta:

É, com efeito, o regime de conformidade tem por objeto precipuamente a própria pessoa jurídica no que respeita não apenas aos seus deveres de estrito e legítimo cumprimento da lei, como aqueles junto à comunidade em que atuam, nela compreendidos os seus beneficiários (fim social), e os seus usuários (*stakeholders*); todos voltados para o atendimento precípua do interesse público, como expressão do bem comum. (CARVALHOSA, 2015, p. 326)

Feita as considerações relevantes sobre a lei anticorrupção e sua relação com a adequação das empresas a este novo modelo de organização e ética, pode-se passar para o estudo do *Compliance* e da integridade empresarial propriamente dita.

5. COMPLIANCE E INTEGRIDADE EMPRESARIAL

A situação política brasileira tem dado grande destaque aos ideais de *Compliance* e integridade empresarial. As grandes empresas têm sido constantemente vistas em escândalos envolvendo o poder público e atos de corrupção. Observa-se que tem sido divulgados na imprensa acordos de leniência da operação Lava Jato com base na Lei nº 12.846/13 (intitulada “Lei Anticorrupção”).

As empresas que se envolveram nos ilícitos apurados pela operação lava jato, por exemplo, tem sido obrigadas a pagar milhões em multas, além de assumir publicamente a sua culpa, colaborar com as investigações dos ilícitos e na produção de provas, e ainda se comprometer a implantar um programa de *Compliance*.

O Brasil tem melhorado muito institucionalmente. Nos últimos anos, corruptos tem sido presos, de forma inédita, o que não estávamos acostumados a ver. Os contadores são, cada vez mais, valorizados e requisitados. Dificilmente alguém firma um contrato empresarial sem contar com a orientação de um advogado. Um empresário não ousaria colocar à mesa um importante projeto de desenvolvimento sem o auxílio de um consultor especializado. A Receita Federal tem se aparelhado instrumentalmente, seus funcionários estão entre os melhores da administração pública. Os agentes da Polícia Federal são muito bem preparados. A imprensa brasileira é investigativa, diligente, independente e implacável. Assim, em uma sociedade cada vez mais combativa em relação à corrupção, um indivíduo deve pensar duas vezes antes de praticar o ato ilícito. (ANTONIK, 2016, p.49)

As palavras do professor Luis Roberto Antonik no trecho acima chegam a denotar uma função de catarse, um desabafo. Entretanto, de alguma forma, são verdadeiras as afirmações, uma vez que retratam um momento nunca visto da história do país, como diz o jargão. O fato é que, seja pela Análise Econômica do Direto e/ou pelas consequências das condutas inadequadas (multas e outras punições), o país vem passando por um amadurecimento institucional (FIUZA; SILVA, 2016).

As condenações imediatas passaram a alcançar patrimônio localizado no Brasil, contas bancárias no exterior, empresas e, principalmente, sua imagem e reputação. O professor Antonik reforça ainda que utilizar a corrupção como parte do negócio passou a custar muito caro para as empresas (ANTONIK, 2016).

Entre outras sanções pode-se citar: ressarcimento de dinheiro aos cofres públicos no caso de desvio ou ainda a estipulação de multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, o que nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Em muitos casos, dependendo do seguimento da empresa, as multas poderão ultrapassar a margem de lucro.

A forma mais adequada para se impedir ou pelo menos evitar tal responsabilização, considerando o cenário de riscos que podem comprometer inclusive a continuidade da empresa, talvez seja impedir, barrar e prevenir da maneira mais sistematizada possível a prática atos ilícitos e inadequados pela pessoa jurídica ou por seus dirigentes, administradores e colaboradores de alguma forma.

Relembre-se que a cultura de *Compliance*, orientada por decisão empresariais em conformidade com *best practices* e por padrões procedimentais de governança corporativa, não se limita à avaliação de um “estar em conformidade com a Lei”. A instrução de deveres no âmbito corporativo também diz respeito aos incentivos às novas práticas empresariais, buscando fomentar, por meio de regulamentação jurídica, um verdadeiro novo padrão de mercado. (SILVEIRA, 2015, p. 321).

O Guia de Programa de *Compliance*, elaborado pelo Conselho Administrativo de Defesa da Economia (CADE), divulgou que *Compliance* é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis, decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores.⁷

As atividades de *Compliance* devem ser organizadas por meio de um programa e seu objetivo é o planejamento das atividades como, por exemplo, a implementação periódica de revisão de condutas, políticas e procedimentos da instituição. O programa deve iniciar pela identificação e gestão dos riscos, através de supervisão, monitoramento e disseminação de sua cultura para todos aqueles que se relacionam com a organização. (TOSSATI; CASADO, 2018, p.101)

Os professores Ribeiro e Diniz defendem que o *Compliance* pode ser aplicado em todos os tipos e corporações:

O *Compliance* envolve questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização, visto que o mercado tende a exigir cada vez mais condutas legais e éticas, para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que devem buscar lucratividade de forma sustentável, focando no desenvolvimento econômico e sócio ambiental na condução dos seus negócios. (RIBEIRO; DINIZ, 2015)

Importante ainda mencionar que no portal do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle são divulgadas as ações da administração pública com o objetivo de colaborar e incentivar as empresas na implantação dos devidos instrumentos de controles. Pode encontrar como sugestões de implantação o Programa de Integridade para Empresas Privadas, que consiste praticamente em uma espécie de instruindo a implantação do programa; ou ainda o Programa de Integridade para Empresas Estatais e, para completar, é possível também encontrar um Guia de Integridade para Pequenos Negócios. Esse guia expõe que a integridade seria, em geral, definida como a qualidade daquele que se comporta de maneira correta, honesta e contrária à corrupção⁸.

Conforme explicitado no próprio portal da CGU, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC) atualmente é o órgão do Governo Federal responsável por assistir

7 Guia de Programa de *Compliance*. Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *Compliance* concorrencial. http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-Compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em 10 jul 2020.

8 Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em 10 jul 2020.

direta e imediatamente o Presidente da República quanto aos assuntos que, no âmbito do Poder Executivo, sejam relativos à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

Os guias disponibilizados no portal do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle são bem elaborados e possuem as informações necessária e que realmente tem por intuito colaborar na implantação ou na melhoria dos programas de controle.

O Programa de Integridade para Empresas Privadas, ao tratar da integridade, expõe que:

Verifica-se que o Programa de Integridade tem como foco medidas anticorrupção adotadas pela empresa, especialmente aquelas que visem à prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos contra a administração pública nacional e estrangeira previstos na Lei nº 12.846/2013. Empresas que já possuem programa de *Compliance*, ou seja, uma estrutura para o bom cumprimento de leis em geral, devem trabalhar para que medidas anticorrupção sejam integradas ao programa já existente. Mesmo empresas que possuem e aplicam medidas dessa natureza, sobretudo para atender a legislações antisuborno estrangeiras, devem atentar-se para a necessidade de adaptá-las à nova lei brasileira, em especial para refletir a preocupação com a ocorrência de fraudes em licitações e na execução de contratos com o setor público.⁹

Com relação à forma de apuração e tratamento da responsabilidade o Decreto Federal nº 8.420/2015 versa, em seu art. 2º, que a apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica que possa resultar na aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização – PAR. Outros critérios também são definidos, como: a instauração do PAR, acordo de Leniência, Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspeitas (CEIS) e Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

Outro dispositivo que merece destaque neste estudo é parágrafo quarto do art. 5º que dispõe que caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no capítulo IV, do mesmo texto legal, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.

Já o art. 42 dispõe os itens a serem avaliados no programa de integridade. Cabe salientar que a independência indicada no inciso IX, deve ser funcional e, preferencialmente, financeira. É importante que os mencionados departamentos e a estrutura de governança estejam livres de interferência de instâncias hierárquicas superiores e possuam centros de custos próprios, sem o quais a independência funcional pode ser prejudicada pela criação de obstáculos orçamentários na gestão das atribuições¹⁰. O referido inciso bem como alguns dos demais incisos do art. 42, como, por exemplo, o comprometido da alta direção, os padrões de conduta, a análise periódica de riscos e as diligências apropriadas na contratação, levam uma carga de subjetividade. Dessa forma, mensurar o real cumprimento de tais itens será um desafio para os julgadores e maior ainda será o grau de dificuldade da pessoa jurídica submetida a esse desafio comprovar a eficácia do programa. Importante ainda mencionar que o parágrafo

9 Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em 10 jul 2020.

10 CASCIONE, Fábio de Souza Aranha (org.). Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar. São Paulo: LiberArts, 2015, p. 107.

primeiro do art. 42 esclarece sobre os parâmetros em que deverá ser considerado o porte da pessoa jurídica:

Para finalizar as considerações sobre *Compliance* e integridade, é válido mencionar que, embora o presente estudo considere que *Compliance* e integridade são conceitos complementares, é importante mencionar que existem pensamentos contrários a este entendimento. Destaca-se, assim, os entendimentos divergentes de que *Compliance* não corresponde exatamente ao conceito de integridade, na medida em que o primeiro estaria estritamente ligada ao exato cumprimento da lei e da norma, ao passo que o segundo vai além do que determina a lei, direcionando-se ao que seja correto. Os defensores desta tese argumentam ainda que o *Compliance* “nasce morto”, uma vez que sem uma cultura de integridade o programa não se sustenta.

A Lei Anticorrupção abordou o vocábulo “integridade” ao prever, no art.7, VIII, que serão levados em consideração na aplicação de penalidades, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade e a aplicação efetiva de códigos de ética e de condutas no âmbito da pessoa jurídica. Notem que a legislação anticorrupção brasileira parece aplicar o vocábulo “integridade” de forma semelhante ao vocábulo “*Compliance*” do sistema norte americano. (OLIVEIRA, 2017, p. 27)

Nesse sentido, é possível afirmar que os programas e procedimentos internos para contenção dos riscos se tornam instrumentos de vigilância e canais de denúncia. Dessa forma, não se apresenta como mecanismo que incentivam condutas éticas no âmbito corporativo, mas sim meros códigos de vocação punitiva.

É possível apontar ainda a limitação dos agentes envolvidos: funcionários, gestores, diretores e stakeholders pode comprometer a eficácia dos programas de integridade empresarial. Parafraseando Alessandra Gonsales, tanto o profissional que atua dentro da empresa como fornecedores de serviço, precisam ter a preocupação extra na hora de avaliar os riscos de suas ações. Uma vez que, o fato de falar em nome do *Compliance*, se não o torna uma pessoa melhor do que os outros, deve sim servir de referência (LEC, 2017, p.04).

Assim é imprescindível que as corporações ampliem o debate sobre mitigar riscos em todos os níveis da empresa, seja nas áreas operacionais, estratégicas, na direção da empresa e departamentos de *Compliance*, com o intuito de difundir o compromisso à todos os envolvidos.

Vale mencionar que o incentivo a condutas adequadas deva ser promovido em todas as atividades profissionais e pessoais:

Importante dizer que o *Compliance* não é uma disciplina restrita ao mercado de capitais. A conformidade é oponível a todos os aspectos das relações sociais. Podemos afirmar, que um agir em “*Compliance*” é tudo aquilo que se espera do homem-médio nas suas relações, é a conduta “proba”, “honesta”, “transparente”, “razoável”, “leal”, vocacionada ao bem-estar, seja no ambiente financeiro, ambiental, laboral, comunitário, dentre outros. (TOSSATI; CASADO, 2018, p.99)

Não se trata de uniforme a ser utilizado na atividade profissional, mas conduta e hábitos em todas os espaços sociais. É importante que o profissional adote comportamentos lícitos, mas sua reputação social valora o reconhecimento de integridade plena.

O *Compliance* compreende um estar em consonância com as legislações e regulamentos internos e externos das organizações. Extrapola, desse modo, o simples acolhimento da legislação e tem por objetivo um atuar de acordo com os princípios da ética, moral, honestidade e transparência, não só na condução dos negócios, mas também na atitude de todas as pessoas envolvidas, revelando um comportamento responsável (TOSSATI e CASADO, 2018, p.100)

O comportamento chamado pelos autores de responsável ultrapassa das delimitações de procedimentos legalmente permitidas e alcança a subjetividade dos valores morais e atributos de boa conduta. Assim a ética como valor social que identifica, qualifica e guia princípios universais e crenças e ações humanas ganha espaço no cenário empresarial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, é possível afirmar que o *Compliance* e a integridade empresarial realmente são mecanismos de controle e mitigação de riscos nos negócios. Desde que bem estruturados no universo corporativo, os instrumentos de *Compliance* e integridade podem colaborar na redução da incidência de fraudes e desconformidades, o que implica a redução da exposição de riscos de desvios de recursos, sanções legais, perdas financeiras e comprometimento da reputação. Por outro lado, oferecem maior segurança na toma de decisão dentro da organização, o que aumenta a eficiência na gestão do desempenho empresarial.

A expressão *Compliance*, cujo significado literal vincula-se ao cumprimento de leis e regras está mais limitada à condutas delimitadas e orientadas. Entretanto, há uma defesa para ampliar a interpretação, de maneira a alcançar a integridade e ética. A expectativa é a cultura organizacional incentive boas práticas, independentemente da existência de dispositivos legais e padrões operacionais.

Nesse sentido, a integridade seria um instrumento mais efetivo, no ambiente corporativo, para o combate à corrupção, fraudes, lavagem de dinheiro e demais ilícitos contra a máquina pública e contra terceiros. Para isso é preciso considerar a prevenção, detecção e correção e uma forma de comunicação estruturada, treinamentos frequentes, inclusive com canais de efetivos, processos de apuração e políticas de conduta e consequência.

No presente trabalho não se propõe a distinguir a distinção entre as expressões, mas sim problematizar as mesmas no universo corporativo, considerando um mundo neoliberal, globalizado. Nesse cenário, os institutos se tornaram realidade indeclinável nas grandes corporações, empresas multinacionais e até na administração pública. Seja pela responsabilidade objetiva formalizada na Lei Anticorrupção, que exige atos de prevenção e monitoramento para redução dos riscos, ou pela relevância dada aos programas de integridade na dosimetria das multas previstas, a conduta ética se faz necessária na governança corporativa para sobrevivência empresarial.

Os programas de integridade se mostram uma inovação no contexto empresarial brasileiro. Os dirigentes das grandes corporações e empresas multinacionais estão percebendo que a integridade empresarial agrega valor ao negócio. Possivelmente porque um sistema

de governança corporativa bem aparelhado, com programas de integridade, elimina custos adicionais para o acionista.

Nesse sentido, além de evitar riscos e infrações, a existência de programa de *Compliance* pode também ser interpretada como boa-fé, surgindo como atenuante nas penalidades dispostas na legislação. Não restam dúvidas de que as multas por infrações à Lei Anticorrupção são muito altas e os custos estimados das defesas são iguais ou maiores do que as multas. Sendo assim, não se trata de vocação exclusivamente ética e preocupada com a conduta dos funcionários, parceiros e colaboradores, mas sim por mitigar riscos, garantir a continuidade dos negócios e promover lucro.

Dessa forma, o *Compliance* e a integridade empresarial, sob a perspectiva das melhores práticas na governança corporativa e análise econômica do direito, são elementos a serem apreciados pelas novas empresas e pelas corporações que já estejam no mercado, pois não se tratam exclusivamente de custos extras das atividades empresariais, mas, sim, de aparelhamento em segurança e prevenção de riscos.

Possivelmente a estratégia mais ampla e mais eficaz no que se refere a integridade empresarial deva ser a de incorporar a ética à cultura de negócios e atos corporativos, de modo que não seja possível dissociar o comprometimento com a observância da legislação e das práticas internas. A promoção de respeito, dignidade e principalmente a valoração da ética nas atividades empresariais passam a ser princípios para contemplação da integridade empresarial. Como proposta de pesquisas futuras seria muito pertinente investigar como a gestão do conhecimento de uma organização pode colaborar na promoção da Cultura da Integridade. Em contexto similar problematizar o contexto capacitante da gestão do conhecimento pode influenciar na conduta ética dos profissionais da organização.

REFERÊNCIAS

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**: uma visão prática. Rio de Janeiro, RJ: Alta Books, 2016.

CASCIONE, Fábio de Souza Aranha (org.). **Lei anticorrupção: uma análise interdisciplinar**. São Paulo: LiberArts, 2015.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à lei anticorrupção**: lei 12.846/2013. 2. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jul 2020.

BRASIL. LEI Nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 10 jul 2020.

BRASIL. Decreto 8.420 de 18 de março de 2015. **Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 10 jul 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Guia para programas de Compliance**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-Compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em: 10 jul 2020.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360°: Riscos, Estratégias, Conflitos e Vaidades No Mundo Corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitaria, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. v.5.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 18. ed. São Paulo: RT, 2015.

FIUZA, César e SILVA, Helton Júnio da. *Compliance e Integridade corporativa sob a perspectiva da análise econômica do Direito*. In: CATEB, Alexandre Bueno; GABRICH, Frederico de Andrade; SZTAJN, Rachel (Orgs). **Análise Econômica e estratégica do Direito** Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia. Vol.9. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 77 – 107.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed.rev.atual.ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEC -LEGAL ETHICS COMPLIANCE. 19 ed. São Paulo: Cusman, Out.2017.

OLIVEIRA, Luis Gustavo Miranda de [Org]. **Compliance e integridade: aspectos práticos e teóricos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas**. Revista de Informação Legislativa, ano 52, n.205, p. 87-105, jan./mar. 2015.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade Civil: a reparação e a plena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013: lei anticorrupção**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2014.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. São Paulo: Atlas, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 4: direito das coisas**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Método, 2011.

TOSATTI, Tatiana. CASADO, Guilherme. A mitigação de riscos por meio dos sistemas de *Compliance*, autorregulação e regulação estatal. Revista de Direito Internacional e Globalização econômica. São Paulo, Volume 03, Ano 02, p. 91-107, 2018).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier. **Novo Código de Processo Civil comparado: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos: com as alterações da lei anticorrupção (lei 12.846/2013)**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2014.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 26/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 26/04/2022
- Avaliação 1: 2021
- Avaliação 2: 2021
- Decisão editorial preliminar: 26/04/2022
- Retorno rodada de correções: 26/04/2022
- Decisão editorial/aprovado: 01/05/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE: UMA ANÁLISE DOS CRIMES AMBIENTAIS NO CONTEXTO DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM EM BRUMADINHO/MG*

THE ENVIRONMENTAL CRIMES LAW AND THE PRINCIPLE OF PROTECTING DEFICIENT PROTECTION: AN ANALYSIS OF ENVIRONMENTAL CRIMES IN THE CONTEXT OF THE COLLAPSE OF THE DAM IN BRUMADINHO/MG

MARCOS PAULO ANDRADE BIANCHINI¹

GISELLE MARQUES DE ARAÚJO²

ADEMIR KLEBER MORBECK DE OLIVEIRA³

RESUMO

A pesquisa buscou entender os mecanismos do Direito Penal dispostos na legalidade que são impingidos à conduta humana no contexto do rompimento da barragem da Vale S.A. em Brumadinho/MG com o propósito de prevenir tragédias semelhantes no futuro, haja vista a intensa atividade de mineração em muitas regiões do Brasil. O objetivo geral da pesquisa foi verificar a proporcionalidade das sanções penais aplicáveis no contexto fático para entender se as sanções tipificadas na legalidade trazem realmente proteção aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, em especial a poluição do Rio Paraopeba. Conclui-se que o *quantum* das penas cominadas nos crimes ambientais, que são apurados com o rompimento da Barragem da Vale S.A. em Brumadinho/MG, não observam o dever de proporcionalidade e violam o princípio da vedação à proteção deficiente. O estudo foi desenvolvido pelo método dialético, possibilitando o questionamento sobre as certezas até então estabelecidas, propiciando negá-las e, desse exercício intelectual, extrair um conhecimento seguro.

Palavras-chave: Crimes ambientais. Mineração. Rompimento de barragem. Direito penal ambiental. Teoria das penas.

- 1 * Artigo apresentado no IV Congresso Internacional do PPGD-FUMEC: Diálogos entre o Direito Público e o Privado nas Inovações do Século XXI, e nos termos do Edital, selecionado para publicação na Revista Meritum. Doutorando em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Campo Grande, MS. Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte, MG. Professor Universitário. Advogado. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/4196274767642580>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4040-1146>.
- 2 Pós Doutora e Docente do Programa de Pós Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da Universidade Anhanguera-UNIDERP, Campo Grande, MS. Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ. Advogada. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/7499143357798035>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7083-1411>.
- 3 Doutor em Ecologia e Recursos Naturais pela Universidade Federal de São Carlos, SP. Docente do Programa de Pós Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da Universidade Anhanguera-UNIDERP, Campo Grande, MS. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/9681273613446080>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9373-9573>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BIANCHINI, Marcos Paulo Andrade; ARAÚJO, Giselle Marques de; OLIVEIRA, Ademir Kleber Morbeck de. A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE: uma análise dos crimes ambientais no contexto do rompimento da barragem em Brumadinho/MG. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 146, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.9022>.

ABSTRACT

The research sought to understand the mechanisms of Criminal Law laid down in the legality that are imposed on human conduct in the context of the collapse of the Vale SA dam in Brumadinho/MG with the purpose of preventing similar tragedies in the future, given the intense mining activity in many regions of Brazil. The general objective of the research was to verify the proportionality of the applicable criminal sanctions in the factual context to understand if the sanctions typified in legality really bring protection to the legal assets protected by the Criminal Law, in particular the pollution in the Paraopeba River. It is concluded that the quantum of penalties imposed in environmental crimes, which are calculated with the rupture of the Vale S.A. Dam in Brumadinho/MG, do not comply with the duty of proportionality and violate the principle of prohibition of deficient protection. The study was developed using the dialectical method, making it possible to question the certainties established so far, allowing them to deny them and, from this intellectual exercise, extract secure knowledge.

Keywords: *Environmental crimes. Mining. Dam failure. Environmental criminal law. Feather theory.*

1. INTRODUÇÃO

Em janeiro de 2019 ocorreu o rompimento da Barragem I, na Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho, Minas Gerais. O fluxo de rejeitos matou 270 pessoas e causou danos à fauna, à flora e a poluição hídrica no Rio Paraopeba, que integra a bacia do rio São Francisco.

Tal fato se deu apenas quatro anos após o rompimento da barragem do Fundão da Samarco, na cidade de Mariana, também em Minas Gerais, que atingiu o Rio Doce que percorre territórios de diversos estados brasileiros (BRASIL, 2015).

Em razão dos fatos em Brumadinho foi deflagrada ação penal pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais para apurar a responsabilidade penal de dezesseis técnicos e engenheiros e duas empresas, sendo elas a Vale S.A. e a Tüv Süd Bureau de Projetos e Consultoria Ltda.

Os danos causados pelo rompimento da barragem chamaram a atenção da comunidade científica a fim de buscar mecanismos que sejam impingidos à conduta humana com o propósito de prevenir tragédias semelhantes no futuro, haja vista a intensa atividade de mineração em muitas regiões do Brasil.

Atentando aos aspectos jurídicos que se atem às condutas humanas que violam bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, a pesquisa busca responder a seguinte pergunta: as sanções penais aplicáveis no contexto fático da poluição do Rio Paraopeba com o rompimento da barragem da Vale S.A em Brumadinho, Minas Gerais, atendem ao princípio da vedação da proteção deficiente?

Com isso, o objetivo geral da pesquisa é verificar a proporcionalidade das sanções penais aplicáveis no contexto fático para entender se as sanções tipificadas na legalidade trazem realmente proteção aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, como concebido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, buscou compreender os danos hídricos e socioambientais no rio Paraopeba causados pelo rompimento da barragem para delinear a extensão da materialidade delitiva, como foi apurado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Posteriormente, apreendeu-se os tipos penal aplicados ao caso como estão dispostos na Lei 9.605/98, a Lei de Crimes Ambientais, que fazem subsunção aos fatos apurados na persecu-

ção penal. Por fim, verificou se as sanções penais previstas na legalidade são proporcionais para atender as a finalidade da pena que versa sobre a retribuição e a prevenção dos crimes ambientais decorrentes de atividade mineradora que causam danos grandiosos ao ambiente.

O estudo foi desenvolvido pelo método dialético, possibilitando o questionamento sobre as certezas até então estabelecidas, propiciando negá-las e, desse exercício intelectual, extrair um conhecimento seguro. Quanto à natureza dos dados são primários a CRFB/1988, a Lei de Crimes Ambientais. São dados secundários da pesquisa a opinião dos pesquisadores a respeito do Direito Constitucional, do Direito Penal e do Direito Ambiental e suas interpretações. Os dados recolhidos e reconstruídos foram analisados na perspectiva do Direito Penal Libertário proposto por Winfried Hassemer.

2. OS DANOS AMBIENTAIS E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

No dia 25 de janeiro de 2019, por volta das 12h28min, no município de Brumadinho, Minas Gerais, houve o rompimento da Barragem I que se situava no Complexo Minerário do Paraopeba, na Mina do Córrego do Feijão, em Brumadinho, região metropolitana de Belo Horizonte.

Com isso, houve o carreamento de 12 milhões de metros cúbicos (m³) de rejeitos de mineração que atingiu a calha do Ribeirão Ferro-Carvão, no local do rompimento, e do rio Paraopeba, em Brumadinho, até a Usina Hidrelétrica (UHE) de Retiro Baixo, entre os municípios mineiros de Curvelo e Pompéu (MINAS GERAIS, 2020, p. 06).

Segundo o Ministério Público de Minas Gerais a empresa Vale S.A e a empresa TÜV SÜD Bureau De Projetos e Consultoria Ltda em concurso com um grupo de 14 (quatorze) pessoa, dentre eles especialistas, engenheiros, consultores técnicos e gestores, foram responsáveis pela morte de 270 (duzentas e setenta) pessoas, que eram funcionários da VALE e de empresas terceirizadas, moradores do município e turistas (MINAS GERAIS, 2020, p. 8).

Também foram identificados danos à fauna e a flora, soterrados por toneladas de rejeitos. A conduta dos agentes matou espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, bem como modificaram, danificaram e destruíram ninhos, abrigos ou criadouros naturais. O crime foi praticado em unidades de conservação e ocorreu com emprego de método capaz de provocar destruição em massa. Houve também, por carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática no Rio Paraopeba (MINAS GERAIS, 2020, p. 10).

O evento causou danos à flora que se deu com a destruição e danificação de flores-tas consideradas de preservação permanente, primárias ou em processo de recuperação, em estágio avançado e médio de regeneração, do bioma Mata Atlântica. Houve o impedimento e a dificuldade da regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação. As condutas dos responsáveis pelo rompimento da barragem causaram danos direto e indireto às suas áreas circundantes, além dos crimes contra a flora resultaram, também, em erosão do solo (MINAS GERAIS, 2020, p. 10-11).

As condutas dos agentes, como aduz o Ministério Público, também causaram poluição de diversa natureza em níveis tais que resultaram e podem resultar em danos à saúde humana, causando poluição hídrica no Rio Paraopeba, que tornou necessária a interrupção do abastecimento público de água de comunidades. O crime ocorreu por lançamento de resíduos sólidos, líquidos e detritos, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos (MINAS GERAIS, 2020, p. 11).

O Ministério Público denunciou as empresas e técnicos envolvidos como incursos nas sanções do Art. 54, *caput*, Lei 9.605/98 em razão da prática que causou poluição de diversas naturezas em níveis tais que resultaram e puderam resultar em danos à saúde humana e provocaram a mortandade de animais e a destruição significativa da flora. Houve a destruição da vegetação das áreas adjacentes a essas drenagens, incluindo áreas significativas de florestas do bioma Mata Atlântica, e danos à fauna, incluindo representantes de diversos grupos de animais, danos aos ecossistemas aquáticos e terrestres, e alterações da paisagem. A pena cominada para esse delito é reclusão de 1 a 4 anos e multa (MINAS GERAIS, 2019, p. 443)

As águas do rio Paraopeba, na ocasião, eram responsáveis pelo abastecimento de 2,3 milhões de pessoas, que incluía a região metropolitana de Belo Horizonte (SILVEIRA, 2019).

Em razão da poluição e da destruição de partes de comunidades, houve a interrupção da captação de água para abastecimento de populações humanas. Houve também restrições de uso da água para múltiplas atividades, com prejuízos econômicos para diversas atividades, incluindo agricultura, pecuária, pesca e o turismo.

Um ano após a tragédia foram monitorados 21 pontos de coleta ao longo do rio Paraopeba e o resultado das análises da água deram conta que 11 pontos a qualidade da água foi ruim e em nove pontos foi péssimo. As águas do rio continuam apresentando níveis em desconformidade para os metais pesados, em valores superiores aos que estabelece a legislação (RIBEIRO, 2020, p. 26).

Essa poluição hídrica se amolda, em tese, no tipo penal previsto no Art. 54, §2º, III, Lei n.º 9.605/98 que tem pena cominada de reclusão de 1 a 5 anos e multa.

Os rejeitos poluíram o Rio Paraopeba com altas concentrações de metais pesados como o manganês, o cromo, o mercúrio, o arsênio, o cádmio, o zinco, o chumbo, o níquel, o bário, o cobre e o níquel. O laudo da Polícia Federal que instrui a denúncia da conta de que:

uma quantidade superior a 40.640 toneladas de material alóctone oriundo do desastre foi lançada posteriormente ao desastre no rio Paraopeba entre os meses de fevereiro e abril de 2019, incluindo as seguintes quantidades de metais e semi-metais: 651 kg de Arsênio; 814 kg de Cádmio; 981 kg de Cobalto; 1515 kg de Cromo; 3336 kg de Cobre; 1865 kg de Níquel; 1763 kg de Chumbo; e 3397 kg de Zinco (MINAS GERAIS, 2020, p. 449-450).

Quadro 1. Valores máximos alcançados por metais pesados acima do permitido

Metais pesados	Limite permitido na água (mg/L)	Concentração de metais pesados após o rompimentos
Manganês	0,01	736 vezes acima do limite permitido
Cádmio	0,01	800 vezes acima do limite permitido
Cromo	0,05	49 vezes acima do limite permitido
Mercúrio	0,2	21 vezes acima do limite permitido

Fonte: (POLIGNANO e LEMOS, 2020, p. 39).

Em razão do lançamento de resíduos sólidos, líquidos e detritos, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos os agentes foram denunciados, também, nas sanções previstas no Art. 54, §2º, V, Lei 9.605/98, que tem pena cominada de reclusão de 1 a 5 anos e multa.

Verifica-se que os três crimes que causaram danos ao Rio Paraopeba tem pena mínima de 1 (um) ano e podem ser atingidos por inúmeros institutos despenalizadores como, por exemplo, a suspensão condicional do processo, nos termos do Art. 89, da Lei 9.099/95, ou o acordo de não persecução penal do Art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP). Ainda, se houver condenação, existe a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como dispõe o Art. 44, I do Código Penal (CP).

A tragédia do rompimento da barragem da Vale em Brumadinho despertou a atenção da comunidade científica no que diz respeito a administração das tensões permanentes existentes entre a iniciativa econômica privada e a preservação ambiental, haja vista que é dever de toda a sociedade promover e garantir o direito fundamental ao ambiente equilibrado, que é essencial à qualidade de todas as vidas na perspectiva do paradigma biocêntrico, que contempla a Natureza como um todo (SARLET e FENSTERSEIFER, 2019). Isso, para além da visão míope e minimalista antropocêntrica que consta na Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano de 1972 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) reconheceu como direito fundamental o “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput*, da CRFB/1988), de importância intergeracional. Por isso, foi conferido ao ambiente o *status* de bem jurídico e a ele conferiu a proteção do Direito Penal, além das tutelas cível e administrativa, como dispõe o Art. 255, §3º da CRFB/1988 e o Art. 3º da Lei 9.605/1998, sendo esta última a legislação infraconstitucional que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Certo é que da conduta lesiva ao ambiente pode exsurgir para o infrator a responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa e a responsabilidade penal, sendo que tais responsabilidades podem ser imputadas simultaneamente, em atendimento à normas existentes que protegem o bem jurídico afetado.

Assim, um ato ilícito pode trazer múltiplas consequências jurídicas, mas a única consequência da responsabilidade penal é a pena. Logo, a pena é a coerção penal aplicada para retribuir e procurar evitar o acontecimento de novos delitos (ZAFFARONI, 2011, p. 98).

De início, o direito penal serve para proteção subsidiária, também chamada de *ultima ratio*, dos bens jurídicos mais importantes para uma sociedade. Isto é, quando falharem ou forem insuficientes a proteção cível, administrativa ou de outros ramos do Direito, aí sim deve-se invocar a proteção penal.

Atendendo ao princípio da subsidiariedade, a pena deve ser cominada às condutas que violam os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e, só assim, a pena cumprida surte o efeito desejado e cumpre sua missão.

É dever do legislador pátrio observar e guardar a devida proporcionalidade entre a sanção penal cominada em face da lesão ao bem jurídico que é tutelado pelo Direito Penal (PRADO, 2019, p. 134) sob pena de não garantir a proteção que se espera que, no caso em análise, se trata do Meio Ambiente.

No atual paradigma Constitucional o Estado tem o dever de proteção e promoção dos direitos fundamentais do cidadão e deve proteger também, igualmente, os bens jurídicos que são eleitos os mais importantes e são postos sob a tutela do Direito Penal. Qualquer intervenção do Estado só pode ser legitimada em “observância a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição” (SARLET, 2004, p. 82).

Verifica-se que de um lado existem os direitos fundamentais do cidadão que é acusado e necessita de todos os instrumentos materiais e processuais para que seja possível um julgamento em consonância com a racionalidade e que atente para a dignidade da pessoa humana, que é princípio fundamental da Constituição de República de 1988, como dispõe seu Art. 1º, III.

Não se pode afetar de modo desproporcional os direitos fundamentais de quem esteja sendo acusado. A proporcionalidade atua dessa forma como um controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, em especial nos direitos de defesa do réu, exercendo uma proibição de excesso (SARLET, 2004, p. 83).

Por outro lado, a proporcionalidade deve ser observada também em relação ao *quantum* da pena cominado nos tipos penas e os bens jurídicos que tutelados pelo penal.

Se as penas cominadas aos tipos penais não observarem a proporcionalidade, se revelando pequenas e até mesmo insignificantes frente aos resultados e consequências dos crimes, se manifestará uma verdadeira desproteção, ou proteção deficiente do bem jurídico que se projetou a proteção penal.

O Estado, por meio da função legislativa, executiva ou judiciária, não pode falhar no seu dever de proteção aos bens jurídicos mais importantes da sociedade atuando de modo insuficiente, ficando aquém da proteção mínima exigida e imposta pela Constituição, ou, até mesmo, deixando de atuar. Essa “desproteção”, como outra face do princípio da proporcionalidade, foi denominada proibição de insuficiência ou vedação à proteção deficiente (SARLET, 2004, p. 84).

Dessa forma, há uma distinção entre os dois modos de manifestação da proporcionalidade que deve ser observada na proteção de direitos: de um lado há a princípio da proibição de excesso que censura as intervenções que mitigam por demais os direitos fundamentais

do cidadão. Por outro lado, há a proibição de proteção deficiente que atua ao afastar as omissões do Estado, que no caso em estudo, se revela ser inconstitucional o grau de satisfação do fim legislativo em grau inferior e tão baixo ao ponto de não ter realizado o direito fundamental (STRECK, 2008).

Percebe-se que há uma proteção insuficiente do Meio Ambiente em razão das penas baixas cominadas aos tipos penais da Lei de Crimes Ambientais que se há subsunção aos fatos relacionados ao rompimento da barragem da Vale S.A. em Brumadinho, Minas Gerais.

São essas as duas facetas do princípio da proporcionalidade: de um lado o Estado não pode interferir demasiadamente na vida do cidadão ao ponto de mitigar ou suplantar os direitos e garantias fundamentais de defesa daquele que é acusado. Entretanto, por outro lado, não deve atuar aquém dos ditames estabelecidos pela Constituição na proteção de bens jurídicos que foram postos sob a tutela do Direito Penal, que no caso em análise, se trata do Meio Ambiente.

Percebe-se que as penas cominadas aos crimes tipificados no Art. 54, caput, §2º, II e V da Lei 9.605/98 se revelam desproporcionais frente aos danos ao causados no rio Paraopeba com o rompimento da barragem em Brumadinho, pois as penas são pequenas e são afastadas por institutos despenalizadores como a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal e, se houver condenação, as penas privativas de liberdade podem ser substituídas por penas restritivas de direitos.

3. A TUTELA PENAL E A TEORIA DO DIREITO PENAL LIBERTÁRIO

Num primeiro contato a teoria do Direito Penal Libertário parece ser contrária ao “direito penal”, que se revela por meio dos seus instrumentos de coação, como as penas privativas de liberdade, a pena de multa, as prisões cautelares, o confisco de patrimônio. Tais sanções, dentro da concepção do paradigma do Estado Democrático de Direito, mais podem lembrar roubo e a limitação da liberdade do que a sua criação ou promoção (HASSEMER, 2007, p. xv).

Na realidade, a lembrança sé correta, haja vista que o direito penal no cotidiano exerce a coação, causa danos temporários e depois os retira, como por exemplo, nas prisões preventivas que, segundo princípios constitucionais num Estado de Direito, seus cidadãos de imediato deveriam ser considerados inocentes. Ademais, a condenação de pena privativa a liberdade, mantém seres humanos encarcerados por anos, até décadas. Em que pese todas as críticas, o direito penal até a atualidade tem operado um verdadeiro “esbulho da liberdade” (HASSEMER, 2007, p. xv).

O direito fundamental à liberdade nasce junto com o Estado de Direito e é considerado como direito de 1ª dimensão⁴. O advento do Estado de Direito, da forma como se manifesta na modernidade, tem como característica a submissão de todos a um regime de Direito, que no pano de fundo (*background*) das revoluções burguesas, o exercício do poder se manifes-

4 Ver mais sobre as gerações/dimensões de direito em: BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, 206 p.; SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 520 p.; SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 282 p.

taria somente quando autorizado pela ordem jurídica em vigor. Aos indivíduos foram conferidos meios processuais e jurisdicionais para repelir qualquer abuso cometido (CHEVALIER, 2013, p. 14).

Foi no Estado de Direito que houve a releitura da visão patrimonialista feudal, regime que concebia o homem como um “meio”. Com o advento do Estado de Direito se passou a considerar o homem como um fim em si mesmo, segundo os ideais iluministas e kantiano, como aquele que deve ser o destinatário de direitos: centro e finalidade de todas as instituições e organizações políticas (ROCHA, 1994, p. 72).

Foi nesse paradigma do Estado de Direito, chamado de Estado de Direito Liberal, que se instalou um sistema de regras com objetivo de estabilizar as expectativas de comportamento e garantir a esfera privada da liberdade do indivíduo, frente aos seus iguais e, sobretudo, frente ao Estado (FERNANDES, 2012, p. 70).

Desde então, logo no nascedouro do Estado de Direito, as Constituições impõem ao Estado um comportamento negativo, abstencionista, de não intervenção; limitando assim a ação do Estado e daqueles que estão no exercício do poder, a fim de garantir formalmente e efetivamente os direitos fundamentais de 1ª dimensão: em primeiro a liberdade, juntamente com a igualdade e a propriedade (ROCHA, 1994, p. 71).

Por isso, o direito penal, desde o nascedouro do Estado de Direito, deve sempre observar seu caráter subsidiário, ser a *ultima ratio*, pois:

Nesse mundo de perseguição de interesses e emprego de força, deve ter o Estado o meio de coagir, mesmo quando a pessoa envolvida entenda isso de forma totalmente diversa e pretenda se esquivar da coação estatal. Ao final, como *ultima ratio*, decisões que são tomadas e fundamentadas em uma ordem jurídica cunhada pelo Estado de Direito devem também, em caso de necessidade, poder ser executadas coercitivamente e o direito penal foi e sempre será o responsável por essa execução (HASSEMER, 2007, p. xvi).

Nos tempos modernos o direito penal tem se modernizado, em decorrência das constelações e relações modernas, como se vê, por exemplo, no direito penal econômico, direito penal ambiental, ou no direito penal tributário. São especiais *soft law* que mais controlam, fiscalizam, negociam, ameaçam, do que realmente punem. Essa burocratização do direito penal (*white collars*) não elimina os problemas do direito penal sangrento (*blue collars*), pois enquanto houver estupros, homicídios e roubos permanecerá atuando o direito penal com seus instrumentos de limitação da liberdade (HASSEMER, 2007, p. xvi).

Ao se procurar perpassar a fachada exterior do direito penal, frente a atuação de outros ramos do direito, encontra-se o seu verdadeiro sentido na filosofia do iluminismo:

o direito penal é um instrumento de criação de liberdade. Ele é o resultado de um contrato social (ideal, pensado e não-sucedido historicamente) no qual os cidadãos renunciam, igualmente, a uma parte de sua liberdade como criaturas para criar uma ordem comum que lhes assegurem a liberdade garantida. Essa ordem supera o incerto e vulnerável estado de natureza, ela define e protege os limites da liberdade de cada um, bem como impõe sanções por violações a esses limites. Ela institui o Estado controlador e, em caso de necessidade, o Estado que pune é o mesmo que dá a medida de suas capacidades para que essa garanta a liberdade dos cidadãos (HASSEMER, 2007, p. xvii).

De forma diferente do controle social operado pela família, trabalho, mídia, etc., o direito penal atual com controle social vinculando às promessas e garantias “cuja tarefa é, nos conflitos de normas mais difíceis entre os seres humanos, garantir e poupar, da forma mais ampla possível, os direitos fundamentais dos envolvidos” (HASSEMER, 2007, p. xvii).

O direito penal deve entender e justificar a punição estatal como a forma de garantir a resistência das normas fundamentais de um ordenamento jurídico, não somente as vedações contidas no direito penal material, mas, também, as garantias de liberdade que encontram espeque no processo penal que deve ser constitucional: “a pena somente é apropriada e justificada quando da violação de bens jurídicos vitais de direito penal, porém não para apoiar os desejos por solução de problemas vagos e amplos demais” (HASSEMER, 2007, p. 81).

Nesse sentido a pena encontra-se justificativa e legitimidade em relação ao seu conceito (o que significa) e em relação ao fim da sua própria instituição (para qual finalidade), com isso, há a orientação da pena para uma direção futura, isto é, sua finalidade.

Por isso, a pena deve ter um tom decisivamente moderno. Seria irracional a pena ter por finalidade o acréscimo do mal, uma mera retribuição por um crime cometido anteriormente. Essa finalidade da pena deve ser esquecida, como defende o direito penal libertário proposto por Hassemer.

A pena deve conduzir o olhar ao futuro e organizar o sistema penal de forma que as infrações penais não se repitam (HASSEMER, 2007, p. 82).

Na atualidade há um expansionismo do Direito Penal e a pena passou a ser considerada o remédio para todos os males e tem sido promovidos “à posição de portadores de esperança para a solução dos grandes problemas sociais e políticos e uma ‘demanda urgente de ação’, se associa ao aumento das vedações penais, das intervenções e das sanções” (HASSEMER, 2007, p. 83).

Com isso, a tendência nas práxis moderna tem sido a retomada a ideia da finalidade da retribuição do mal cometido, e na opinião de outros estudiosos, a pena serve para ressocialização do criminoso e intimidação de criminosos potenciais, isto é, de nós todos.

Entretanto, o direito penal deve apontar para o futuro, para um futuro melhor, e não somente para passado com uma atitude vingativa, que só torna nebuloso o presente e dificultar o progresso social.

Também o direito penal não se relaciona apenas com o autor e a vítima, pois não estão sozinhos quando há violação das normas do ordenamento jurídico. Todo o corpo social é atingido pela infração, mesmo que a violação aos bens jurídicos não seja perceptível para todos. Isso porque

A lei penal protege os bens jurídicos e, sem esse seu reconhecimento, não poderíamos mais, atualmente, viver em comunidade, em conformidade com nosso entendimento social e de acordo com nossa opinião constituída democraticamente: a segurança fundamental dos pressupostos da dignidade humana, acima de tudo, da vida, da liberdade, da saúde, da honra, da propriedade e das condições necessárias para um coletivização ao mesmo tempo libertária e exitosa (HASSEMER, 2007, p. 89).

O crime viola mandamentos que protegem bens jurídicos. Por isso, a violação a essas normas de comportamento vai para além da vítima, e atende a sociedade. Esses manda-

mentos comportamentais só sobrevivem se a fratura causada pelo crime for corrigida de forma pública e enfática, ocasião em que a sociedade esclarecerá que qualquer rompimento da norma não será aceito e tampouco tolerado; que se condena toda violação e insiste-se na vigência da normatividade; que não será permitida a continuidade da sua negação. Obrigatoriamente, a pena privativa de liberdade não é a única a ser aplicada como sanção; a reprimenda e a desaprovação poderiam, a depender do caso, ser suficientes. Entretanto, a aplicação da penalidade deve se dar sempre nos limites da liberdade, que para o direito penal libertário, sua observância é obrigatória (HASSEMER, 2007, p. 89).

Nesse sentido, para Hassemer, a pena deve ser orientada para o passado e para o futuro no seguinte sentido: para o passado porque o rompimento da norma é irrenunciável para a vida coletiva. Para o futuro porque assegura que possíveis violações futuras encontraram a força de resistência da normatividade. Esse é o papel que o Direito Penal deve ocupar no ordenamento jurídico, haja vista que a tendência moderna se revela com a erosão de normas e mudança rápida de valores, que compromete a validade das normas. O Direito Penal, então, se revela como um *cânon* dos mandamentos fundamentais e irrenunciáveis de uma sociedade, e, os impõe (HASSEMER, 2007, p. 90).

Na esteira do Direito Penal Libertário, tem-se que a prevenção geral positiva da pena possui consequências relevantes importantes como se passa a definir: (i) os objetivos da pena, no que diz respeito à recuperação do agente e intimidação geral, tem seu lugar pois também são meios que reafirmar as normas fundamentais; (ii) a manifestação do direito penal é um evento público e transmite de forma fiel e clara a estabilização das normas violadas; (iii) a imputação da pena e sua execução devem levar em conta as peculiaridades subjetivas do o autor do fato; (iv) a justiça criminal deve ter segurança obrigatoriedade por meio de uma decisão fundamentada (HASSEMER, 2007, p. 90).

Percebe-se que para o Direito Penal Libertário a teoria da prevenção geral positiva é a que mais corresponde às aspirações da finalidade da pena no Estado Democrático de Direito, com aplicação de sanções proporcionais que atentam aos Direitos Fundamentais do cidadão, mas que também proporcione proteção aos bens jurídicos postos sob a tutela do Direito Penal.

A aplicação de sanção frente a violação das normas fundamentais do ordenamento jurídico, aciona o Direito Penal e, com isso, a pena revela-se e atua na efetivação do controle social reafirmando os valores e normas irrenunciáveis a vida em sociedade, em especial no objeto da pesquisa, haja vista que a aplicação da pena por meio da atuação do Direito Penal atua de tal forma a prevenir futuras condutas que gerem degradações ao Meio Ambiente como aconteceu com o rompimento da barragem da Vale S.A. em Brumadinho, Minas Gerais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que as condutas que degradaram o rio Paraopeba com o rompimento da barragem em Brumadinho estão tipificadas nos três delitos dispostos no Art. 54, *caput*, §2º, II e V da Lei 9.605/98, que possuem cominadas pena de reclusão que variam de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

Com penas nesses patamares os denunciados fazem jus a muitos institutos despenalizadores, como por exemplo, a suspensão condicional do processo, nos termos do Art. 89, da Lei 9.099/95, ou o acordo de não persecução penal do Art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP). Se houver condenação, existe a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como dispõe o Art. 44, I do Código Penal (CP).

Percebeu-se que as penas cominadas aos tipos penais estudados se revelam desproporcionais e insignificantes frente aos danos causados no rio Paraopeba, que foram grandiosos e muitos deles irrecuperáveis.

Dessa forma, o *quantum* das penas cominadas nos crimes ambientais, que são apurados com o rompimento da Barragem da Vale S.A. em Brumadinho/MG, não observa o dever de proporcionalidade e violam o princípio da vedação à proteção deficiente. Por um lado o Estado não deve intervir desproporcionalmente na vida dos cidadãos, entretanto, de outro lado, a atuação não deve ficar aquém de parâmetros proporcionais que acabam por deixar os bens jurídicos desprotegidos, se manifestando uma proteção deficiente ou insuficiente.

Assim, os mandamentos de criminalização dispostos na 9.605/98, a Lei de Crimes Ambientais, que são aplicáveis ao caso objeto da pesquisa, segundo a teoria do Direito Penal Libertário de Hassemer, não traz efetivação do controle social reafirmando os valores e normas irrenunciáveis à vida em sociedade.

Não se pode conceber uma pretensa reafirmação de normas indispensáveis para a vida em sociedade, uma vez que as penas cominadas aos tipos penais dispostos no Art. 54, *caput*, §2º, II e V da Lei 9.605/98 são desproporcionais e prestam uma proteção penal insuficiente em face dos danos causados, como verificou-se na degradação e poluição causada ao rio Paraopeba que foi atingido por toneladas de rejeitos oriundos da barragem que se rompeu em Brumadinho, Minas Gerais.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, T. **Estudos de direito**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, 468 p.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, 206 p.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 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. Acesso em: 10 dez. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 03 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei n. 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 08 dez. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Denúncia**. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Autos n.º 38.65.2016.4.01.3822 (Busca e apreensão); Autos n.º 3078-89.2015.4.01.3822 (Medida Cautelar); IPL Polícia Civil - MG 1271-34-2016.4.01.3822; IPL Polícia Civil - MG 1250-24.2016.4.01.3822; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) - MPF n.º 1.22.000.003490/2015-78; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. Samarco Mineração S.A. BHP Billiton Brasil Ltda. Vale S.A. VOGBr Recursos Hídricos e Gotecnia Ltda. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco/at_download/file. Acesso em: 15 nov. 2020.

CHEVALLIER, J. **O Estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, 136 p.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012, 1.305 p.

HASSEMER, W. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 264 p.

HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, 456 p.

MINAS GERAIS. Fundação Estadual do Meio Ambiente. **Rompimento das Barragens da Vale em Brumadinho**: Bacia do Rio Paraopeba. Disponível em: < http://www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/2020/ACOES_RECUPERACAO_PARAOPEBA/Caderno_1_ano_-_Rompimento_das_barragens_de_Brumadinho.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2020.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Denúncia**. Ação Penal que tramita sob os autos do Processo nº 0003237-65.2019.8.13.0090 perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Brumadinho, Minas Gerais. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA96FC71E26016FCA4BFC4161BD>. Acesso em: 14 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano**. In: Anais Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano. Estocolmo, 6p., 1972. Disponível em: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2167.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2020.

POLIGNANO, M. V.; LEMOS, R. S. Rompimento da barragem da Vale em Brumadinho: impactos socioambientais na Bacia do Rio Paraopeba. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 72, n. 2, p. 37-43, abr. 2020. Disponível em http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252020000200011&lng=pt&nrm=iso. acessos em 08 dez. 2020.

REGIS, P. L. **Direito Penal do Ambiente**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788530986919. Disponível em: <https://integradaminhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986919/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

RIBEIRO, M. L. **Observando os Rios**: O retrato da qualidade da água nas bacias dos rios Paraopeba e Alto São Francisco um ano após o rompimento da barragem Córrego do Feijão – Minas Gerais. SOS Mata Atlântica. Janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.sosma.org.br/wp-content/uploads/2020/01/observando-rios-brumadinho-2020digital.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020.

ROCHA, C. L. A.. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, 306 p.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 520 p.

SARLET, I. W. Constituição e proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 47/2004, p. 60 – 122, Mar - Abr / 2004.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>. Acesso em: 15 nov. 2020.

SARMENTO, D. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, 282 p.

SILVEIRA, E. Estudo mostra que rejeitos da barragem de Brumadinho “mataram” o rio Paraopeba. **O Eco**, em 03 abr 2019. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/reportagens/estudo-mostra-que-rejeitos-da-barragem-de-brumadinho-mataram-o-rio-paraopeba/#:~:text=Quem%20apoia-,Estudo%20mostra%20que%20rejeitos%20da,Brumadinho%20%E2%80%9Cmataram%E2%80%9D%20o%20rio%20Paraopeba&text=SOS%20Mata%20Atl%C3%A2ntica%20analisa%20a%20qualidade%20da%20%C3%A1gua%20do%20rio%20Paraopeba.&text=A%20conclus%C3%A3o%20%C3%A9%20de%20um,8%20a%2014%20de%20mar%C3%A7o>. Acesso em: 09 dez. 2020.

STRECK, L. L. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493>. Acesso em: 3 abr. 2021.

ZAFFARONI, E R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**, Volume 1 – parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 768 p.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 26/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 26/04/2022
- Avaliação 1: 2021
- Avaliação 2: 2021
- Decisão editorial preliminar: 26/04/2022
- Retorno rodada de correções: 26/04/2022
- Decisão editorial/aprovado: 01/05/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

INCENTIVO À INOVAÇÃO PARA AS MICROEMPRESAS: REFLEXÕES A PARTIR DA HERMENÊUTICA CONSTRUTIVISTA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PROMOCIÓN A LA INNOVACIÓN PARA LAS PEQUEÑAS EMPRESAS: REFLEXIONES DESDE LA HERMENÊUTICA CONSTRUCTIVA DEL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO

DANIELA RAMOS MARINHO GOMES ¹

VIVIANNE RIGOLDI ²

RESUMO

Nas últimas décadas deflagraram-se diversas discussões envolvendo a relevância dos pequenos negócios e a relação destes com o desenvolvimento econômico e social Brasil. Surgem, em decorrência dessa constatação, normas com escopo de promover um tratamento diferenciado para estimular o desenvolvimento e permanência das empresas deste seguimento no mercado. Todavia, em que pesem os esforços legislativos, a velocidade que as inovações e disrupções tecnológicas estão acontecendo, dificulta o trabalho dos Estados na regulamentação e incentivo às pequenas empresas. Neste sentido, este trabalho busca apontar a necessidade de implementar mecanismos de incentivo à inovação no ambiente das microempresas, fins possam permanecer no mercado e cumprir com a função social que lhe é inerente. Desta forma, o primeiro capítulo inicia voltando o olhar para hermenêutica construtivista no Estado Democrático de Direito em que se defende uma atuação jurídica como parte integrante e necessária de uma prática social. Na sequência, apresenta o conceito de microempresa à luz da legislação e aborda a função exercida pelas pequenas empresas no cenário econômico brasileiro a fim de esclarecer a relevância desse segmento no que diz respeito ao papel de inclusão econômica e social. Por fim, o trabalho repousa sob a investigação dos postulados constitucionais que perquirem a atuação do Estado e dos agentes econômicos no que toca à promoção da inovação.

Palavras-chave: Microempresa; Constituição; ordem econômica; inovação

- ¹ *Artigo apresentado no IV Congresso Internacional do PPGD-FUMEC: Diálogos entre o Direito Público e o Privado nas Inovações do Século XXI, e nos termos do Edital, selecionado para publicação na Revista Meritum. Possui graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM (2005), pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial com ênfase em Tributário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL e mestrado em "Direito Negocial" pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Docente da graduação do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Coordenadora da ESA – Escola Superior da Advocacia – Subseção de Marília.
- ² Doutora em Direito, área de concentração Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino-ITE (2017). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2009). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP (2002). Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1999). Graduada em Direito (1994). Docente do Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília. Membro do Conselho de Curso, do Núcleo Docente Estruturante da Graduação em Direito e do CEPE - Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão do UNIVEM. Editora Científica da Revista EM TEMPO (Qualis B1). Pesquisadora cadastrada no CNPq na área de Políticas Públicas e Direitos Fundamentais.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

GOMES, Daniela Ramos Marinho; RIGOLDI, Vivianne. Incentivo à inovação para as microempresas: reflexões a partir da hermenêutica construtivista do Estado Democrático de Direito. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 159, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.9020>.

RESUMEN

En las últimas décadas, se han desencadenado varias discusiones sobre la relevancia de las pequeñas empresas y su relación con el desarrollo económico y social en Brasil. Como resultado de este hallazgo, surgen normas con el objetivo de promover un trato diferenciado para incentivar el desarrollo y permanencia de las empresas de este segmento en el mercado. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos legislativos, la velocidad a la que se están produciendo las innovaciones y las interrupciones tecnológicas dificulta a los Estados regular y alentar a las pequeñas empresas. En este sentido, este trabajo busca señalar la necesidad de implementar mecanismos para incentivar la innovación en el entorno de las microempresas, propósitos que pueden permanecer en el mercado y cumplir con la función social que le es inherente. Así, el primer capítulo comienza girando la mirada a la hermenéutica constructivista en el Estado Democrático de Derecho, en la que se defiende la acción judicial como parte integral y necesaria de una práctica social. A continuación, presenta el concepto de microempresa a la luz de la legislación y aborda el papel de la pequeña empresa en el escenario económico brasileño para aclarar la relevancia de este segmento en cuanto al papel de la inclusión económica y social. Finalmente, el trabajo descansa en la investigación de los postulados constitucionales que impregnan la actuación del Estado y de los agentes económicos en materia de promoción de la innovación.

Palabras clave: Micro; Constitución; orden económico; innovación.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas deflagraram-se diversas discussões envolvendo a relevância dos pequenos negócios e a relação destes com o desenvolvimento econômico e social Brasil.

Surgem, em decorrência dessa constatação, normas com escopo de promover um tratamento diferenciado para estimular o desenvolvimento e permanência das empresas deste seguimento no mercado. É assim que, desde o início da década de 80, várias ações foram efetivadas na seara legislativa para promover e fomentar os pequenos empreendimentos, culminando na edição da Lei Complementar nº. 123 que instituiu regime único de arrecadação de impostos e contribuições no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, além de trazer normas facilitadoras para o registro e regulamentação de sua atividade frente à lei civil e tributária, como, por exemplo, abertura e encerramento das atividades sem a necessidade de apresentação de comprovantes de regularidade fiscal.

Em que pese os esforços legislativos, a velocidade que as inovações e disrupções tecnológicas estão acontecendo, dificulta o trabalho dos Estados na regulamentação e incentivo às pequenas empresas. Neste sentido, este trabalho busca apontar a necessidade de implementar mecanismos de incentivo à inovação no ambiente das microempresas fins possam permanecer no mercado e cumprir com a função social que lhe é inerente.

Perscrutando tal propósito, o trabalho se inicia voltando o olhar para hermenéutica construtivista no Estado Democrático de Direito em que se defende uma atuação jurídica como parte integrante e necessária de uma prática social em uma sociedade pluralista. Mais que manutenção, controle, conservação, valoriza e estimula a formação e a participação de agentes sociais que externalizam uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora em vista de uma maior socialização e democratização - não simplesmente formal - institucional da justiça. Essa discussão se revelará importante à medida em que o trabalho busca vincular a atividade dos pequenos negócios com a realização da inclusão social, pelo que se demonstrará que esta ocorrerá quando houver numa

sociedade uma interpretação das normas, notadamente as constitucionais, de modo a colocar o homem como único destinatário dos avanços da ciência donde resulta a inovação (eixo deste trabalho).

Após o delineamento de mencionado aspecto, o trabalho se volta para apresentar o conceito de microempresa à luz da legislação e outros órgãos que a definem para fins de concessão de incentivos. No mesmo capítulo, apresenta-se a evolução do arcabouço legal, construído a partir da década de 80, em cujo bojo foi possível observar a intenção de se proporcionar tratamento específico e diferenciado para os pequenos negócios no Brasil. Neste capítulo destaca-se a função exercida pelas microempresas no cenário econômico brasileiro a fim de esclarecer a relevância desse segmento empresarial no que diz respeito ao papel de inclusão econômica e social.

Por fim, o trabalho repousa sob a investigação dos postulados constitucionais que perquirem a atuação do Estado e dos agentes econômicos no que toca à promoção da inovação, pelo que se revela essencial o fomento para as pequenas empresas, não só pelo resultado que isso resultará para a sociedade, dada a função social exercida pelas microempresas, mas também em atendimento ao escopo constitucional inserto no 170, inciso IX, da Constituição Federal que alçou como princípio geral da atividade econômica, o tratamento diferenciado de pequenas empresas.

A pesquisa se deu de forma exploratória, com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado.

2. A HERMENÊUTICA CONSTRUTIVISTA DO DIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao final da Segunda Guerra Mundial, o paradigma do Estado social começa a ser questionado em razão de suas crises de legitimação. Assim, o Estado Democrático de Direito surge como uma tentativa de corrigir algumas falhas presentes no Estado Social à medida em que este não atendia, efetivamente, aos anseios democráticos. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, a Inglaterra de Churchill, bem como o Brasil de Vargas tiveram esta estrutura política, concluindo Bonavides (1980, p. 205-206) que “o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”.

Em suas digressões, Streck aponta os dois pilares em que se apoia o Estado Democrático de Direito: a democracia e os direitos fundamentais, afirmando que não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais sem democracia (STRECK, 2004, p. 110).

Numa breve comparação entre o Estado Democrático de Direito com modelos estatais antes abordados, verifica-se que o Estado Liberal era omissivo quanto aos direitos fundamentais, na medida em que não adotava instrumentos para compensar as desigualdades, somente reconhecendo os direitos civis e políticos dos proprietários dos meios de produção. Já no Estado Social, os interesses eram grupais, não de cada indivíduo, como pessoa humana,

sendo reconhecidos apenas alguns dos direitos sociais (GOMES, 2008, p. 267). Dessa forma, os paradigmas de Estado foram insuficientes, pois nenhum dos dois mostrou-se adequado à realização dos direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito surge, então, como superação dos modelos anteriores, porque cria um conceito novo, incorporando um componente revolucionário de transformação do *status quo*, ou seja, tem um conteúdo transformador da realidade, é um *Plus Normativo* (STRECK e MORAIS, 2004, p. 92- 93).

Tanto é assim que consta no preâmbulo da Constituição do Brasil que os constituintes declaram que se reuniram para instituir o Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar os direitos individuais e sociais, os civis, políticos, econômicos, culturais, coletivos, a democracia, o pluralismo.

Neste sentido, convém pontuar o art. 3º da Constituição que expõe como objetivo fundamental “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, além de trazer a “prevalência dos direitos humanos”, no art. 4º, como princípio que rege suas relações internacionais.

Há de se mencionar que na fase inaugurada no paradigma do Estado Democrático de Direito, os princípios vão adquirindo nova concepção que visa, sobretudo, permitir encontrar para as demandas complexas, uma solução de compromisso do Direito à luz das exigências do novo arquétipo estatal.

Neste sentido, ressoa o comprometimento do Estado com a sociedade sobre os valores e os princípios que regerão essa sociedade, entre eles, os esculpidos no artigo 170 da Constituição Federal que traçam as diretrizes da atividade empresarial assegurando que as mesmas se desenvolvam com respeito à dignidade da pessoa humana.

A bem da verdade, o Estado Democrático de Direito, dentre outras questões passíveis de serem levantadas, acrescenta à própria formulação do Estado Moderno um novo espaço: um espaço necessário para interpretações construtivistas.

Ao se falar em hermenêutica construtivista no Estado Democrático de Direito está em se afirmar que, mais que a preocupação com interpretação, subjetividade ou subjetivismos, defende-se uma atuação jurídica como parte integrante e necessária de uma prática social em uma sociedade pluralista. Mais que manutenção, controle, conservação, limites do atual modelo democrático de Estado de Direito vigente, valoriza e estimula a formação e a participação de agentes sociais que externalizam uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora em vista de uma maior socialização e democratização - não simplesmente formal - institucional da justiça.

Nesta senda e voltando especificamente para a hermenêutica constitucional, Muller (2005, p. 155) sustenta que estas estão atreladas a um modelo dinâmico de concretização da norma constitucional, antagonicamente à normatividade específica do positivismo legal que se voltou para si sem buscar o acoplamento às ciências humanas.

Com estas lições, entende-se que a atividade empresarial, em que as pequenas empresas estão inseridas e que constitui o eixo deste trabalho, não pode ser simplesmente positivada no texto constitucional, explicada em detalhes, pré-compreendida por uma lógica dedutiva. Ao contrário: deve ser construída e reconstruída, num movimento dialético, a fim de obter concretude no seio da sociedade, onde se dão as relações humanas. Este é novo

paradigma para uma hermenêutica construtivista no Estado Democrático de Direito que o Brasil logrou alcançar.

Interessante destacar os ensinamentos de Gomes para quem a melhor interpretação no âmbito do Estado Democrático de Direito é aquela que:

[...] dignifica a pessoa humana, vista como fundamento maior do referido paradigma estatal, instituído para compor um modo de vida coerente com a natureza, necessidades e condição do ser humano. Por isso, há de se compreender que os objetivos da República, positivados no art. 3º da Constituição, configuram uma teleologia que tem por meta final a salvaguarda da dignidade reconhecida em cada indivíduo, o qual, no âmbito da democracia é visto como pessoa. É isso que justifica a defesa e a concretização dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões. E é esta também a razão maior para a existência do próprio Estado (GOMES, 2008, p. 315).

No que diz respeito à atividade empresarial, tem-se no texto constitucional vários excertos onde é possível extrair a autorização para a atuação do Estado e dos demais agentes no sentido de firmar ações de transformações econômico-sociais, inclusive no que toca à inovação, vértice importante para a tração dos pequenos negócios e desenvolvimento.

2.1 JUSTIÇA SOCIAL E INCLUSÃO SOCIAL ECONÔMICA

Um Estado não pode ser considerado democrático se não desenvolver mecanismos que garantam o pleno exercício da cidadania, ou seja, se não fornecer, no plano fático, reais condições para a efetividade da inclusão social. É dizer que a democracia não pode ser analisada no âmbito estritamente teórico, abstrato, em que não se toma o ser humano enquanto pessoa, pois “sem levar em consideração as ‘condições’ e a situação em que a democracia nasce e se desenvolve, dificilmente poderíamos refletir sobre o tipo de regime sócio-político que vem se construindo nos países da América Latina nestes últimos anos” (Vitulo, 2006, p. 355).

Importa tracejar os delineamentos da justiça social e de inclusão social econômica, e esta tarefa revela-se necessária para demonstrar que as microempresas, diante do papel que desempenham na sociedade brasileira, acabam por operar a inclusão social.

Embora a definição de inclusão social seja tarefa complexa, prevalece consenso no sentido de que não haverá inclusão numa sociedade se a um indivíduo for negado direitos mínimos, constitutivos de sua própria cidadania. Noutras palavras, a inclusão social não poderia dar-se senão pelo cumprimento dos deveres que o mínimo de *status* individual de inserção social deve oferecer. Consenso ainda é afirmar que a inclusão social abrange não apenas direitos civis e políticos, mas também, e principalmente, os sociais. Diante disso, pode-se definir inclusão social como um processo da sociedade em que esta se adapta para poder incluir em seus sistemas sociais gerais, todas as pessoas de forma que estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade, com garantia e efetividade dos direitos civis, políticos, sociais e no pleno exercício da cidadania.

Ressalta-se que a cidadania não se restringe apenas à política ou a esta e à civil, como tradicionalmente se compreende. Trata-se de um *status* do cidadão em um regime democrático e engloba a assunção de que o indivíduo, entre outros direitos, tem acesso à saúde, à educação, ao trabalho digno, sendo, pois, uma cidadania também social. A cidadania plena,

portanto, notabiliza-se pelo acesso às prestações positivas e negativas dos direitos constitucionalmente assegurados a todos os seres humanos de uma dada sociedade.

Nota-se, do exposto, que a necessidade de implementação pelo Estado da inclusão social, não apenas é condição para que ele seja considerado democrático e elementar para concretização da cidadania, como também é um mandamento constitucional para que ele o faça.

Esta inclusão é realizada por meio do exercício pleno dos direitos sociais que se expressam, de um lado, no direito ao trabalho e nos diferentes direitos do trabalhador assalariado; de outro, no direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), no direito à educação. Nesse sentido, Comparato (2007, p. 65) acrescenta que a inclusão se manifesta por meio “do direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida”.

Na verdade a inclusão e a justiça social referem-se à realização das normas estabelecidas na Constituição da República, de maneira especial às representativas do modelo social pretendido por esta Carta. Isto, pois, esse molde representa o pacto estabelecido para o progresso pessoal e social do povo brasileiro.

Importa, lado outro, ressaltar que, a concretização destes direitos sociais se dá por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental que devem ser coordenados entre si.

Segundo Bercovici (2006, p. 144), as políticas públicas no Brasil se desenvolvem basicamente em duas frentes principais, a social e a econômica, ambas voltadas para o desenvolvimento do país. O desenvolvimento, portanto, pode ser apontado como a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais. O desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais.

É imperioso destacar que a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se como estatuto marcadamente voltado, tanto do ponto de vista político quanto do jurídico, para a concretização dos direitos fundamentais sociais, apontando para as políticas públicas como instrumentos de ação do Estado contemporâneo brasileiro voltado para tal finalidade.

A estrutura fundamental das políticas públicas encontra-se consolidada na Constituição Federal sendo que, dentro de uma concepção pluralista, os sujeitos chamados à interpretação das regras constitucionais pertinentes aos direitos sociais não se limitam àqueles inseridos na estrutura estatal, abrangendo todas as forças sociais interessadas. Assim, “[...] a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. [...]” (HÄBERLE, 2002, p. 23-24)

É nesse contexto que se insere o papel das microempresas na medida em que estas, embora não componham a estrutura estatal, possuem condições de contribuir para promoção do desenvolvimento, tal qual apontado por Bercovici, de forma que neste mister, contribuem para efetivação da inclusão social no Brasil.

Do perustrado, constata-se que haverá inclusão social e, via de consequência, justiça social, quando houver numa sociedade uma interpretação das normas, notadamente as constitucionais, de modo a colocar o homem como único destinatário dos avanços da ciência donde

resulta a inovação (eixo deste trabalho), alargando a proteção ao ser humano e, ao mesmo tempo, impondo limites àqueles que fazem do progresso científico instrumento de opressão, de lucro a qualquer preço, de monopolização do saber ou de reserva de sua utilização.

3. MICROEMPRESA – CONCEITO E FUNÇÃO SOCIAL

Como este trabalho propõe-se a abordar a inovação para as microempresas, reputa-se necessário apresentar o que se concebe quando se está a tratar de microempresa, analisando a evolução deste segmento empresarial no ordenamento jurídico brasileiro. Impõe, também, destacar o relevante papel que exerce na sociedade brasileira.

Destarte, embora não aponte um conceito hermético sobre o termo, Montañó (1999, p.13), explica que a definição de microempresa envolve três aspectos fundamentais, a saber: a dimensão, a complexidade e a formalização.

A dimensão de uma empresa é definida a partir dos custos de produção, do volume de produção e de comercialização, do seu capital fixo e capital de giro, do mercado que atende, do valor do seu lucro, entre outras características. Na pequena empresa, todos os elementos citados acima têm uma dimensão reduzida. A ME e a EPP empregam poucos funcionários, e os níveis de produção e comercialização são baixos. A complexidade de uma empresa envolve sua centralização, estratificação e divisão técnica do trabalho. A centralização é o grau de concentração da autoridade dentro da empresa. Nas pequenas empresas, devido à pequena quantidade de membros, geralmente observa-se uma elevada concentração do poder em seus proprietários. Conseqüentemente, conclui-se que nas pequenas empresas há baixa estratificação, ou seja, a divisão política do trabalho é pouco complexa. Prevalece nas microempresas basicamente dois estratos: os proprietários na direção empresarial e seus empregados na área produtiva. A divisão técnica do trabalho também é muito simplificada. Há pouca divisão de tarefas, e o trabalhador acompanha o produto desde sua fase inicial de produção até a etapa final. (MONTAÑO, 1999, p.13)

No Brasil identificam-se pelo menos três critérios para classificação das empresas, adotados por instituições oficiais e/ou bancos de investimento e fomento:

I - Segundo o número de empregados. É o desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), empregado de acordo com a quantidade de pessoas que trabalham nessas empresas. Assim, é considerada microempresa aquela que emprega até nove pessoas no ramo de atividade de comércio e serviços e até dezenove pessoas na indústria.

II - Segundo a Receita Operacional Bruta Anual: é utilizado pelas Instituições de apoio creditício como o BNDS Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social -, sendo assim considerada microempresa a que tiver receita bruta anual de até R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

III- Segundo o Faturamento Bruto Anual: é o que fixa como parâmetro o volume monetário ou econômico da empresa. Esta classificação é utilizada pelas leis federais e estaduais para

fins de tributação, considerando os limites de faturamento e seu enquadramento como micro e pequena empresa. É, inclusive, o critério aplicado pela Complementar 123/2003.

Grazziotin (2004, p. 24), concebe a pequena empresa como aquela cujo proprietário empenha direta e decisivamente a sua força de trabalho com reduzido quadro de pessoal. Possui pouco capital e baixa renda bruta com relação ao setor onde opera, e não faz parte de grupo econômico ou esteja interligado com outro empregador.

Sobre sua evolução normativa no cenário brasileiro, ensina Batalha (1989, p.44), que na década de 70 as pequenas atividades autônomas já eram objeto de cogitação do legislador brasileiro. Exemplo disso está na Lei nº. 6.586, de 06.11.1978, que classificou o comerciante para fins trabalhistas e previdenciários, definindo, no art. 1º que: “Considera-se comerciante ambulante aquele que, pessoalmente, por conta própria e a seu risco, exerce pequena atividade comercial em via pública, ou de porta em porta”.

Já no início da década de 80, ficou assentada a importância da pequena empresa para o desenvolvimento nacional. A partir desse momento, várias ações foram efetivadas na seara legislativa. Assim, em 14.04 de 1980, foi editado o Decreto- Lei nº 1.780, concedendo isenção de imposto sobre a renda em relação às empresas de pequeno porte, dispensando o cumprimento de obrigações acessórias.

Em setembro de 1981, surgiu a Lei nº. 6.939 estabelecendo o regime sumário de registro e arquivamento no Registro do Comércio para as firmas individuais e sociedades mercantis que preenchessem alguns requisitos, como por exemplo, serem constituída sob a forma de sociedade limitada, em nome coletivo, em comandita ou sociedade de capital e indústria.

Já em novembro de 1984, surgiu a Lei 7.256, regulamentada pelo Decreto 90.880/85, disciplinando a primeira categoria de pequena empresa. Por essa lei, ficou estabelecido, em linhas gerais, que a microempresa teria um tratamento privilegiado.

Ainda em 1984, buscando consolidar os objetivos almejados, criou-se a Lei Complementar Nº. 48, que isentou as microempresas do recolhimento de ICM (Imposto sobre Circulação de Mercadoria) e de ISS (Imposto sobre Serviço), isenção essa ampliada pouco depois pela lei 7.519, de julho de 1986.

Embora tais leis tivessem como escopo precípua o tratamento diferenciado para as microempresas, este intento logrou avanço somente quando da promulgação da Constituição Federal do texto Constitucional de 1988. É que, conforme será exposto em tópico específico, a prática de estímulo às pequenas empresas foi acolhida pela Constituição de 1988 que, ao dispor sobre os princípios gerais da atividade econômica, tratou, especificamente, em seu art. 170, da proteção às empresas de menor porte.

Visando efetivar as disposições constitucionais, foi sancionada a Lei 9.841 de outubro de 1999 que recebeu a denominação de “Estatuto da Pequena Empresa e da Empresa de Pequeno Porte”. Não obstante tal fim, essa lei teve como objetivo, também, facilitar a constituição e o funcionamento das microempresas, de forma a assegurar o fortalecimento de sua participação no processo de desenvolvimento econômico e social.

Após intensos debates, finalmente no mês de dezembro de 2007, foi publicada a Lei Complementar nº. 123, revogando a Lei nº 9841 de outubro de 1999 (Estatuto da Microem-

presa e da Empresa de Pequeno Porte) que até então regulava a matéria e a lei nº. 9317 de 1996 (SIMPLES).

Esta lei instituiu um regime único de arrecadação de impostos e contribuições no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, o que possibilitou ao erário um controle mais efetivo das atividades empresariais. Objetiva não somente o aprimoramento da forma de arrecadação estatal, como também a diminuição da onerosidade referente às obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Superadas as questões conceituais e de posicionamento legislativo, importa volver para a importância da microempresa no Brasil. Com efeito, escrevendo sobre a importância da empresa, Comparato (1990, p.3) afirmou que se trata uma “instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, serve como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea”.

Toda empresa, seja ela considerada grande ou pequena para os padrões de seu mercado, pode e deve exercer função social. Entretanto, considerando que para este trabalho a função social é entendida como o dever dos meios de produção de serem empregados de forma a dar a melhor destinação sob o ponto de vista dos interesses sociais, como a dignificação do homem, o desenvolvimento nacional, a proteção do Estado e a erradicação da pobreza e das desigualdades, tem-se que esta função é melhor dimensionada quando se trata das microempresas.

Parte-se da premissa de que, apesar de organizar os meios de produção para a finalidade de lucro, é possível que o segmento empresarial desenvolva uma função social.

É neste contexto que se insere as pequenas empresas porquanto desenvolvem papel de primazia na economia nacional na medida em que absorvem boa parte da mão-de-obra do país. Não obstante, representam uma das formas de resistência da população à crescente concentração de riquezas que acaba por aumentar o distanciamento entre as diferentes classes sociais.

Ao apresentar um panorama sobre a microempresa, a pesquisadora Bonfim (2007. p. 5) declara que a sociedade desconhece o potencial escondido por trás do mundo das micros e pequenas empresas e a força que este segmento possui para a economia brasileira, pois prevalece a imagem do pequeno e frágil negócio, de faturamento quase inexpressivo e que emprega geralmente membros da família.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Pesquisa – IBGE apresentou dados indicando que do total de empresas existentes, 98,3% são microempresas ou empresas de pequeno porte, sendo responsáveis por 52,8% dos empregos disponíveis (ESTATÍSTICAS..., 2014). Estes dados estão a confirmar que os pequenos negócios exercem uma função que se sobrepõe à lógica do lucro.

Conforme as palavras do professor Carlos O. Quandt (2004), as pequenas e médias empresas possuem um grande potencial para acelerar o crescimento econômico, ampliar sua participação nas exportações e promover um padrão de desenvolvimento mais desconcentrado e equitativo nas regiões menos desenvolvidas.

O jurista Alvim (1998) discorrendo sobre a atual “sociedade do conhecimento”, expõe um atributo essencial às microempresas e empresas de pequeno porte, qual seja, ter capacidade de reagir rapidamente neste novo contexto de mudanças constantes. Aqui, cumpre abrir

um parêntese para destacar que essa capacidade inerente à microempresa deve ser melhor explorada no contexto que o mundo enfrenta, deflagrada pela pandemia do COVID-19.

Isto intensifica o argumento de que o segmento das pequenas empresas, de fato, desempenha em sua gênese a função social esperada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo se considerado o paradigma constitucional adiante estudado.

4. INCENTIVO À INOVAÇÃO PARA AS PEQUENAS EMPRESAS

Desde há muito o doutrinador Celso Furtado exalta, em seus escritos, a relevância do cenário inovador para o desenvolvimento econômico de um país, pois, segundo ele, “passa a ser o caminho mais curto para surpreender os concorrentes e, portanto, um instrumento de poder” (1978, p. 39).

Neste viés, a Constituição Federal do Brasil, sobretudo no capítulo IV (Da Ciência, Tecnologia e inovação) do título VIII (Ordem Social), a fim de se apontar o desenvolvimento pretendido, estipulou mecanismos de promoção e incentivo à inovação, implementados ao longo do tempo, consolidando o que se chama de ordenamento jurídico da inovação tecnológica e o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI).

Na verdade, desde a consagração do texto constitucional a inovação tecnológica assumiu papel de protagonismo na agenda do desenvolvimento nacional, mormente a partir da Lei 10.973/04 (Lei de Inovação).

O texto legal considera inovação tecnológica como a “concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade” (BRASIL, 2005) que reverta em maior competitividade.

Vale ressaltar que os países da América Latina também vêm implementando um amplo conjunto de instrumentos (subsídios, financiamento, incentivos à cooperação, entre outros) de política de inovação para as microempresas:

Segundo Ferraro (2011, p. 464):

En los últimos años, los gobiernos han puesto especial interés en incentivar a las empresas de menor tamaño para que introduzcan innovación en sus procesos y productos. La incorporación de este tipo de políticas se sustenta en que ha comenzado a emerger, aunque muy incipientemente, una concepción de las pymes cada vez más como una pieza de la estructura productiva y cada vez menos como un “medio de subsistencia”. Todos los países, sin excepción, cuentan con iniciativas para impulsar las innovaciones. Las agencias buscan también transmitir a las pequeñas y medianas empresas la importancia del conocimiento como herramienta para mejorar la competitividad. Nas subseções seguintes apresentam-se as linhas gerais desses instrumentos e alguns resultados analisados na literatura especializada.

Assim como os demais Estados modernos, o Estado Brasileiro incentiva a ciência, tecnologia, inovação em sua Constituição Federal, eis que dispõe, por exemplo, em seu artigo 218,

que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (BRASIL, 1988). Inclusive, a pesquisa científica e tecnológica deve receber tratamento prioritário do Estado Brasileiro, tendo em vista o progresso da ciência, tecnologia e inovação (BRASIL, 1988).

Além de incentivar a pesquisa científica, de acordo com o artigo 219, parágrafo único, do texto constitucional, o Estado tem o dever de fortalecer a inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos e privados, promovendo a inovação, buscando a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologias (BRASILa, 1988).

Todavia, e aqui reside o ponto nodal deste trabalho, ao incentivar e promover a inovação nas empresas, todo o ordenamento jurídico e os trabalhos de políticas públicas devem voltar-se para as pequenas empresas no sentido de se criar programas para tenham condições de inovar.

Aliás, o Estado deve engendrar mecanismos próprios de incentivo à inovação para os pequenos negócios visto que o tratamento favorecido para as pequenas empresas é princípio regente da ordem econômica.

Este favorecimento aos pequenos empreendimentos é reafirmado no art. 179 da CF, nos seguintes termos:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (BRASIL, 2011)

Além da função social exercida pelas microempresas, já apontado em tópico anterior, o pesquisador Petter (2005, p.38), apresentando justificativa para tal tratamento diferenciado discorreu que:

[...] de outra banda, certo é que o tratamento jurídico favorecido às empresas de pequeno porte tem variados fundamentos a justificar sua inserção dentre os princípios da atividade econômica. Bem examinadas as disposições relativas à ordem econômica no texto constitucional – sem olvidar que ela é parte integrante e indissociável da Constituição vista em sua inteireza - parece mesmo intuitivo que algo deveria ser feito em relação às empresas de pequeno porte. Pois são elas que mais empregam mão-de-obra, o que nos reconduz à valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica. São elas que menos investimentos necessitam, havendo expansão do desenvolvimento se trilhados os caminhos em face delas abertos. Demais disso, exercem no contexto da economia um papel mais versátil e próximo do consumidor do que o desempenhado por grandes estruturas empresariais. Obtêm sua aprovação no mercado sem intermediação de pesados investimentos publicitários, indutores de hábitos de consumo, em muitos casos, evidentemente supérfluos. Mas também são elas as que mais dificuldades têm para a obtenção de financiamentos junto às instituições financeiras, daí o necessário. (PETTER, 2005, p. 38).

Cotejando os textos constitucionais que tratam de políticas de inovação com as regras que impõe um tratamento favorecido para as microempresas, outra conclusão não se extrai se não a de que o Brasil deve promover um programa que implemente mecanismos de incentivos à inovação para os pequenos negócios como medida de tração a esse segmento e realização dos primados registrados na ordem econômica constitucional.

A bem da verdade os textos enfrentados tratam-se de normas indutoras cuja finalidade precípua consiste no estímulo apto a promover crescimento para os pequenos negócios, inclusão social e, por fim, o almejado desenvolvimento socioeconômico.

5. CONCLUSÃO

Nas linhas iniciais deste trabalho constatou-se que no que diz respeito à atividade empresarial, tem-se no texto constitucional vários excertos onde é possível extrair a autorização para a atuação do Estado e dos demais agentes no sentido de firmar ações de transformações econômico-sociais, inclusive no que toca à inovação, vértice importante para a tração dos pequenos negócios e desenvolvimento do país.

Para falar de pequenos negócios tratou-se de apresentar a concepção da microempresa, pelo que ficou evidente existir diversos parâmetros para definir e classificar microempresas, os quais são desenvolvidos para enquadramento com o intuito de usufruir os benefícios da lei. Em linhas gerais, concebe-se a pequena empresa como aquela que possui pouco capital e baixa renda bruta com relação ao setor onde opera, e trabalha com números reduzidos de colaboradores.

Colocar a microempresa no eixo do trabalho justificou-se à medida que a realidade brasileira revela que este segmento exerce uma função social quando, além de outras razões tratadas, apresentam um grande potencial de assimilação da massa desempregada, o que contribui com o crescimento econômico: ponto que mereceu destaque principalmente no atual cenário mundial deflagrado pela crise oriunda do COVID-19. Esta relevância dos pequenos empreendimentos ganhou espaço com o paradigma econômico esposado na Constituição Federal do Brasil de 1988, tendo esta elencado como princípio regente da ordem econômica o “tratamento favorecido para as pequenas empresas”.

Caminhando para o final, demonstrou-se que a Constituição Federal, sobretudo no capítulo IV (Da Ciência, Tecnologia e inovação) do título VIII (Ordem Social), a fim de se perquirir o desenvolvimento do país, estipulou mecanismos de promoção e incentivo à inovação, criando inclusive o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI). Na verdade, desde a consagração do texto constitucional, a inovação tecnológica assumiu papel de protagonismo na agenda do desenvolvimento nacional, mormente a partir da Lei 10.973/04 (Lei de Inovação).

Ao se cotejar os textos constitucionais que tratam de políticas de inovação com as regras que impõe um tratamento favorecido para as microempresas, restou evidente a necessidade do Brasil criar políticas aptas a promover um programa com mecanismos de incentivos à inovação para os pequenos negócios. Dada a função que este segmento representa para o Brasil, um tratamento específico e ostensivo quanto ao implemento da inovação resultará em crescimento para os pequenos negócios, inclusão social e, por fim, abrirá mais perspectivas para o almejado desenvolvimento socioeconômico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JUNÍOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Estatuto da Microempresa: Comentários**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Ícone, São Paulo, 1995.
- BOMFIM, Ana Paula Rocha. **Comentários ao Estatuto das Microempresas de Pequeno Porte**. Rio de Janeiro. 2007
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.
- CAMARGO, R. A.L. **Breve Introdução ao Direito Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRAZZIOTIN, Marcelo Rugeri. **Tratamento jurídico diferenciado à pequena empresa no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.
- MARINS, James; BERTOLDI, Marcelo M. **Simples Nacional: Estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- MONTAÑO, Carlos. **Microempresa na era da globalização**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: RT, 2005.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SERVIÇO DE APOIO AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. **Taxa de Sobrevivência das Empresas no Brasil**. Coleção Estudos e Pesquisas. Brasília: SEBRAE, 2011b.
- Disponível em <http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/45465B1C66A6772D832579300051816C>. Acessado em: 25 mar 2014.
- VIEIRA, José Eduardo de Andrade. **Importância das micro e pequenas empresas**. Revista Estudos do Sebrae, maio/junho, 1994.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 19/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/04/2022
- Avaliação 1: 2021
- Avaliação 2: 2021
- Decisão editorial preliminar: 19/04/2022
- Retorno rodada de correções: 19/04/2022
- Decisão editorial/aprovado: 01/05/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

GOVERNANÇA CORPORATIVA: MATERIALIZAÇÃO ÉTICO-NORMATIVA NO CONTEXTO GLOBALIZANTE

CORPORATE GOVERNANCE: ETHICAL-NORMATIVE
MATERIALIZATION IN THE GLOBALIZING CONTEXT

RENATA ALBUQUERQUE LIMA¹

ÁTILA DE ALENCAR ARARIPE MAGALHÃES²

ANA LARISSA DELMIRO FERNANDES³

RESUMO

Por meio do presente artigo, objetiva-se analisar o implemento e a efetividade das regras de governança corporativa diante dos riscos e da prática de possíveis irregularidades, no contexto do Estado Regulador da atividade econômica. O texto analisa a gênese desse instituto até a criação das agências reguladoras, enquanto instrumento de atuação do governo sobre os mercados, verificando se tal atuação tem se mostrado mais interventiva ou mais liberal, em termos econômicos. Como resultado desse estudo, pondera-se que a regulação da atividade econômica, bem como as regras de governança corporativa são necessariamente obras jurídicas inacabadas, cujo aperfeiçoamento é fundamental para a devida efetividade normativa.

Palavras-chave: Atividade econômica. Estado Regulador. Governança Corporativa.

ABSTRACT

Through this article, its objective is to analyze the implementation and effectiveness of corporate governance rules, risks and the practice of possible irregularities, in the context of the Regulatory State of economic activity. The text analyzes the genesis of this institute until the creation of the regulatory agencies, as an instrument of government action on the markets, verifying whether such action has been more interventionist or more liberal, in economic terms. As a result of this study, it is considered that the regulation of economic activity, as well as the rules of corporate governance are necessarily unfinished legal works, whose improvement is essential for the proper normative effectiveness.

Keywords: Economic activity. Regulatory State. Corporate Governance.

- 1 Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pela UFC e em Administração de Empresas pela UECE. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Coordenadora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Luciano Feijão. Professora do Mestrado em Direito da UNICHRISTUS. Advogada. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4019-9558>.
- 2 Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutor em Direito Constitucional, Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito e Processos Tributários pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. Professor de Direito Processual Civil da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil. Advogado. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/5744810062605257>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-1964-4071>.
- 3 Graduada em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Áttila de Alencar Araripe; FERNANDES, Ana Larissa Delmiro. Ensino do direito de família por meio da música. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 17, n. 1, p. 172, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8624>.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho analisa o surgimento da governança corporativa, desde a ascensão das corporações privadas diante do Estado, no período da industrialização, quando então foram criadas as agências reguladoras, enquanto meio de intervenção do Estado sobre a economia, até o modelo adotado pelo Brasil, por meio do art. 174 da Constituição Federal de 1988, o qual atribui ao Estado o papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica” (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, apontam-se críticas ao modelo interventivo escolhido pelo legislador originário, tais como a forma como a decisão acerca do conteúdo da regulação se dá; quem estaria acima do agente regulador, a fim de coibir excessos; quais seriam as balizas racionais das políticas públicas a serem implementadas no âmbito da atuação interventiva do Estado etc.

Investiga-se também a eficácia da regulação econômica no que tange à correção de falhas de mercado ou como instrumento de estabilização econômica. Ou, ainda, se quando o Estado intervém na economia, esse ato não conturbaria a sua atuação em áreas fundamentais da sociedade, como saúde e educação, estabilidade monetária, do emprego e crescimento econômico.

Em paralelo, o trabalho traz uma visão contemporânea da empresa privada, qual seja, a de não perseguir unicamente o lucro, mas de agente imprescindível para o desenvolvimento social e econômico. Traça outrossim um paralelo entre a ética empresarial e a governança corporativa, e faz alusão à evolução moral das corporações enquanto via para o desenvolvimento da sociedade, em todos os seus aspectos.

Por fim, o artigo trata das regras de governança corporativa, sua efetividade e implementação no contexto do Estado regulador, modelo de Estado este em que a participação democrática dos envolvidos na atividade econômica remonta essencial importância. Nesse sentido, a pesquisa proposta ganha destaque na medida em que o Estado brasileiro elabora normas regulatórias para os diferentes mercados e as organizações, por sua vez, para interiorizar e adequar-se a estas normas, formulam regras de governança corporativa. Entretanto, mesmo diante dessa sistematização interna e externa, tem-se por conhecimento o aumento da corrupção e a instabilidade do mercado, que desafiam e levam ao questionamento a efetividade das normas positivadas.

Nessa perspectiva, objetiva-se, em caráter geral: estudar e compreender a efetividade das regras de governança corporativa, dentro do contexto do Estado regulador, como resultado da participação democrática. Assim, será demonstrada como a ação regulatória da Economia se dá no Brasil, demonstrando inclusive suas deficiências em termos de legitimidade democrática. A regulação deve se dar de forma conjunta, somando a ação do Estado à participação da empresa e dos chamados *stakeholders*.

Para isso, além de pormenorizar os enfoques da regulação e apresentar uma visão panorâmica desse assunto, será destacado o papel das organizações por meio das regras de governança corporativa, que representam hoje evolução moral das empresas - representada aqui por meio das etapas de evolução das corporações, de Linda Starke (1999) - frente ao Estado Regulador.

A seguir, será desenvolvido o entendimento crítico e conceitual da postura ativa do Estado na imposição de práticas aos mercados, objeto da regulação. Para o desenvolvimento da pes-

quisa, foi utilizado o método teórico-bibliográfico e documental, para o qual fez-se necessário o estudo de livros, artigos, teses e normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes ao tema.

2. ATUAÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO BRASILEIRO: ASPECTOS ECONÔMICOS

A ação do Estado de regulação da Economia surgiu como forma de estabilizar, corrigir e equilibrar os planos econômico e social. A regulação, como hoje é conhecida, é fruto proveniente das primeiras formas de regulação que foi a dos Estados Unidos, que se iniciou na década de 1890, e a da União Europeia, nascida um século depois. (CAMILO JÚNIOR, 2018, p. 75-76).

A regulação nos Estados Unidos fora construída sob a primazia da eficiência alocativa (inicialmente a favor das empresas e, posteriormente, em prol dos consumidores, favorecendo a concorrência para assim diminuir os preços) e manifestou-se em quatro fases distintas: "a) 1870-1900: industrialização; b) 1900-1916: Era Progressista; c) 1930: New Deal; d) anos 1970: crescimento da regulação geral, em especial objetivando a tutela do meio ambiente e do consumidor e a redução da regulação setorial".

Diante da ineficiência do governo frente à ascensão das corporações privadas no período da industrialização, foram concebidas as agências reguladoras como novo instrumento para a atuação do governo sobre os mercados. Já o período progressista foi iniciado pela regulação federal de tarifas por agências independentes. Exemplificativamente, as características das agências reguladoras estadunidenses merecem ser apontadas como a especialização na atuação dos respectivos mercados mediante o poder de normatividade, supervisão e julgamento, proveniente de sua autonomia frente ao governo. (CAMILO JÚNIOR, 2018, p. 77-82). Rafael Carvalho Rezende Oliveira complementa que a criação das agências nos Estados Unidos da América seguiu "modelo de agências reguladoras independentes" e se justifica através do "crescimento da regulação estatal e da produção legislativa" (OLIVEIRA, 2009, p. 160).

Por sua vez, a regulação econômica na União Europeia fora firmada por meio do Tratado de Maastricht que criou uma moeda única para os países, o euro, e os integrou estabelecendo a livre circulação de serviços, produtos, pessoas e capitais, conferindo iguais condições de competição aos países membros e uma forte economia social de mercado. Seu desempenho ocorre com a supremacia de um direito comunitário que visa harmonizar as diferentes regulações nacionais e com a atuação da Comissão Europeia, com o encargo da regulação setorial e a regulação social no sentido de "uniformizar as regras de proteção ao meio ambiente, mão de obra, qualidade dos produtos e segurança, evitando-se sua degradação pela competição regulatória". (CAMILO JÚNIOR, 2018, p. 83-86).

No Brasil, a regulação econômica encontra-se disciplinada no art. 174 da Constituição Federal de 1988, o qual atribui ao Estado o papel de "agente normativo e regulador da atividade econômica". Nesse viés, o Estado brasileiro deverá exercer funções relativas à "fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado" (BRASIL, 1988).

No tocante à expressão “agente regulador da atividade econômica”, cumpre examinar o que significa o termo “regulação”. Trata-se de vocábulo que admite diversos significados e três deles são relevantes para esse estudo. O primeiro refere-se, de maneira ampla, a toda forma – direta ou indireta - de intervenção do Estado na economia. Já o segundo significado se relaciona com o sentido intermediário da palavra, ou seja, o condicionamento, a coordenação e a disciplina da atividade privada pelo Estado. Por fim, o terceiro significado possui semântica mais restrita, a qual se refere à regulação *stricto sensu*, ou seja, somente ao “condicionamento da atividade econômica por lei ou ato normativo” (OLIVEIRA, 2015, p. 137).

Tome-se o termo “regulação” em sentido intermediário, qual seja, o de tratar da edição das normas, da efetivação e da fiscalização do seu cumprimento, com a possibilidade de punição em caso de infrações. Nesse caso, as técnicas administrativas são corporificadas em normas reservadas à organização do sistema econômico ou que geram efeito sobre ele. Essa variabilidade de conceitos pode ser atribuída às diferentes perspectivas teóricas e enfoques que as ciências sociais estabelecem.

Para melhor compreensão desse tema, optou-se por adotar a forma como Paulo Todescan Lessa Mattos (2017) discorre, apontando três perspectivas teóricas, quais sejam: a Perspectiva Jurídica, a Perspectiva Econômica e a Perspectiva Política. Além disso, após apresentar cada uma delas, ele relaciona a ação regulatória do Estado com problemas de legitimidade decisória no contexto do Estado Democrático de Direito (MATTOS, 2017, p. 39-72).

A Perspectiva Jurídica da regulação é referida como o “exercício de função normativa”. Esse exercício pode ser por meio do Poder Legislativo, em suas casas, através da função de legislar, bem como pelo Poder Executivo, no estabelecimento de normas secundárias e terciárias, por meio de seus órgãos reguladores (regulação administrativa). O autor ressalta que as normas secundárias e terciárias - delegadas pelo Poder Legislativo ao Poder Executivo - são necessárias para conferir eficiência às normas primárias, por meio da “especialização e ampliação do número de órgãos dotados de poder normativo” que possuam conhecimento técnico dos sistemas regulados e capacidade operacional (MATTOS, 2017, p. 43).

Mesmo diante do reconhecimento da necessidade de especialização técnica para conceber normas de regulação no sistema econômico e da consequente delegação legislativa ao Poder Executivo para conferi-la eficiência, observa-se a formação de uma ‘rede’ de microssistemas normativos que põe em risco a racionalidade do conteúdo da regulação.

Uma vasta quantidade de normas de comportamento, de organização e programáticas foi editada “a partir de objetivos específicos, circunstâncias distintas e interesses conflitantes”, convergindo-se continuamente. Por causa dessas formulações, a figura do Direito hermético, sem lacunas e hierarquizado, foi sendo substituída no contexto do Estado Regulador (FARIA, 2004, p. 127-128).

Paulo Todescan Lessa Mattos enfatiza essa problemática da racionalização das normas provenientes de delegação legislativa, qualificando-as como um dos problemas de legitimidade decisória e, por fim, questiona: “como se dá a decisão sobre o conteúdo da regulação e quem controla o regulador?” e, ainda, “qual racionalidade legal pode dar conta da legitimação de políticas públicas definidas no contexto da ação regulatória do Estado e como tal racionalidade pode ser institucionalizada?” (MATTOS, 2017, p. 45).

Essas indagações colocam em pauta as deficiências ainda presentes na atuação do Estado Regulador. Segundo José Eduardo Faria, essa crise só poderá ser vencida se a legislação estiver fundada na racionalidade, de modo pragmático, que abandone a normatização exaustiva dos processos sociais, resgatando o caráter abstrato da norma, retomando padrões de tipificação da conduta individual e principalmente da racionalidade da “coordenação das diferentes formas de legalidade forjadas no interior dos vários subsistemas sociais” (FARIA, 2004, p. 131).

Dito isso, inicia-se a explicação da Perspectiva Econômica, na qual a regulação diz respeito às técnicas administrativas que visam a corrigir falhas de mercado ou que buscam estabilizar a Economia e a desenvolvê-la por meio de “correção de problemas distributivos e o planejamento econômico”⁴. Além, também, das “técnicas administrativas de promoção de valores sociais e culturais”, as quais possuem efeitos sobre a organização de mercados, ainda que não relacionadas diretamente com o sistema econômico.

Nesse sentido, funcionam por meio da postura ativa do Estado na imposição de padrões para o mercado, para que este tome para si a aplicação de todos eles e siga uma espécie de fluxo natural, onde só se deve “colocar a mão” quando um padrão não for seguido. O Estado deverá atuar também para cumprir a função distributiva de objetivos fundamentais como a saúde e a educação, por exemplo, que são essenciais para o funcionamento da sociedade, além de atuar para estabilizar e desenvolver a Economia, por meio da estabilidade monetária, do emprego e do crescimento econômico (MATTOS, 2017, p. 47 - 49).

Paulo Todescan Lessa Mattos associa essa ação regulatória relativa a “técnicas administrativas de correção de falhas de mercado e de estabilização e desenvolvimento econômico” como o *Controle de poder monopolista*, onde o Estado controla preços e margens de lucros para evitar que o agente econômico, prevalecendo-se de seu poder monopolista, restrinja a produção e aumente o preço do seu produto, com a tendência de má alocação de fatores de produção, o que pode ser estendido às empresas estatais que igualmente assim agirem (MATTOS, 2017, p. 49 - 57).

As técnicas administrativas com fins de promoção de valores sociais e culturais, a seu turno, firmam valores assegurando-lhes proteção normativa, como o incentivo à cultura e a proteção ao meio ambiente. Nessa perspectiva, portanto, as ações diretas de regulação econômica do Estado residem na correção de falhas de mercado e na estabilização e desenvolvimento econômico, ao passo que, a atuação indireta é exercida por meio da regulação social.

Dessa forma, verifica-se a terceira forma de ação regulatória apontada por Paulo Todescan Lessa Mattos, qual seja, a Perspectiva Política, analisada por ele de duas maneiras: a primeira é a Teoria Política, explicada por meio de um comparativo entre a democracia e o liberalismo, colocando em cheque a legitimidade da ação do Estado na regulação, que ocorre sob o pretexto do interesse público na democracia (MATTOS, 2017, p. 58-68).

Por sua vez, no liberalismo é priorizado o exercício das liberdades e interesses individuais. Já, na democracia, existem deficiências na representação de interesses, visto que, conforme mencionado pelo autor, os meios de controle das instituições do Estado são ineficientes, bem

4 Em outro momento da obra em tela, os fatores não são considerados pelo autor como tipos de falhas de mercado, já que a distribuição de recursos depende de serviço de educação e de saúde, além de outros elementos, enquanto a estabilização e o desenvolvimento da economia dependem de política fiscal e de incentivo ao emprego, dentre outras. (MATTOS, 2017, p. 47 - 49).

como o meio de acesso ao poder político por intermédio de partidos políticos não garante igualdade política entre os cidadãos e a soberania do povo também não é suficiente para garantir essa igualdade, nem tampouco as demandas sociais.

A segunda forma de análise dessa perspectiva política se dá através da Economia Política, que pondera a regulação a partir dos fundamentos de uma teoria de ação de grupos de interesse e de uma teoria de incentivos. O autor em referência demonstra que o processo político é um campo de disputa entre grupos de interesse. Essa concorrência é vencida por meio do agenciamento de campanha eleitoral e por meio de *lobby* político, onde quem ganha é aquele disposto a pagar mais. Consequentemente, as políticas públicas são definidas mediante a contraprestação desses vultosos pagamentos, que favorecem esses grupos determinados, e que colocam em desvantagem não só aqueles que atuam na concorrência, mas toda a sociedade.

Nesse ponto, é ressaltada a chamada “teoria da captura”, no contexto da regulação, onde o interesse público é colocado de lado, a regulação do Estado é ineficiente e a máquina pública trabalha em função das empresas reguladas. Em seguida, é ressaltada a possibilidade de revisão da “teoria da captura”. Para tanto, é feita menção ao estudo de Jean-Jaques Laffont e Jean Tirole que propõem uma correção das “falhas de mercado” mediante “análise fundada em teoria de incentivos que considere não apenas a relação principal-agente pelo lado da “demanda” (empresas reguladas e consumidores, por exemplo), mas também o lado da “oferta” (políticos e burocratas)”.

É evidenciada, portanto, a ausência de legitimidade no conteúdo da regulação, onde o poder das decisões regulatórias caminha para ser de preponderância das empresas reguladas, tanto pelos fatores anteriormente apontados, como também pela falta de interesse dos cidadãos ou pela impossibilidade de efetivar a participação popular em todas as decisões. (OLIVEIRA, 2015, p.189).

Antes de dar por encerrada a abordagem das perspectivas que tratam da regulação, a título de ilustração, enfatiza-se que a abordagem central da obra “O NOVO ESTADO REGULADOR NO BRASIL: EFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE” é a legitimidade da ação regulatória do Estado. Para fundamentar a ideia, é utilizado como parâmetro de análise do conteúdo da norma regulada o padrão estabelecido nas normas programáticas e princípios presentes na Constituição, dispersando-se da análise os efeitos dessa norma e de todos os processos por trás do processo decisório que define o conteúdo da regulação (MATTOS, 2017, p. 215-216).

Esse é o argumento que demonstra que o Estado Democrático de Direito possui essência reguladora e permanece em construção e aperfeiçoamento para vencer os entraves que o impedem de alcançar o almejado desenvolvimento em seu amplo sentido, sendo qualificado nesse trabalho como obra inacabada.

Analisar os impactos da regulação já é uma preocupação no Brasil, muito embora não exista uma lei específica para sua adoção. O Decreto n. 4.176/2002 foi a legislação inaugural que trouxe disposições sobre a necessidade de avaliação de impactos de atos normativos provenientes do Poder Executivo (OLIVEIRA, 2015, p. 285-286), avaliação esta que consiste na demonstração da necessidade de dada intervenção, bem como seus destinatários e os meios para efetivá-la, além de outras questões a serem analisadas.

Retomando o cerne desta abordagem, analisa-se os quatro modelos de regulação, de acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira: a) regulação estatal, que é a regulação desem-

penhada pela Administração Direta ou na Administração Indireta, por entidades vinculadas, residindo nesse modo as agências reguladoras; b) regulação pública não estatal, que é desempenhada por entidade da sociedade, seja por meio de delegação do poder público ou por incorporação das suas normas de organização e funcionamento ao ordenamento jurídico estatal, sendo exemplificada pelas entidades desportivas, na forma do art. 217, I, da CRFB; c) a autorregulação que é realizada sem chancela estatal ou delegação por agentes privados, geralmente associados, sendo o CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) exemplo dessa possibilidade de regulação; d) desregulação que se apoia no fluxo natural do mercado, não incidindo sobre os agentes forma de regulação pública ou privada (OLIVEIRA, 2015, p. 138).

Observa-se, ainda, que essa divisão encontra respaldo no conceito amplo de regulação, visto que, num conceito mais restrito, a regulação distingue-se da autorregulação, em virtude de ser a primeira uma incidência do Estado sobre a Economia, ou seja, ocorre de forma heterogênea, enquanto, que, na segunda, os próprios agentes a que a regulação se destina exercem o papel ativo de impositores de comportamentos, fora da esfera estatal, mas, podendo ainda submeter-se à chancela do estado. A autorregulação, destarte, decifra-se em diversas benesses para todos os envolvidos na atividade econômica.

Sublinhe-se as palavras de Ruy Pereira Camilo Júnior:

É totalmente equivocado limitar o universo da regulação econômica ao campo do direito público. A autonomia privada dos agentes pode levá-los a construir por si instituições e regras regulatórias, tomando em suas próprias mãos o desafio de organizarem seus respectivos mercados, de modo coordenado e com um *design* preciso, estabilizando suas expectativas, fomentando a confiança dos agentes e reduzindo custos de transação.

Cuida-se do fenômeno da autorregulação, mediante o qual, por mecanismos contratuais ou associativos, fixam-se padrões de conduta para todos os partícipes do mercado, revestindo-os da natureza de obrigações contratuais ou estatutárias. [...] É comum também que a autorregulação privada mimetize regimes regulatórios públicos, com sanções e monitoramento. (CAMILO JÚNIOR, 2018, p. 149).

De forma mais detalhada, o autor confere à autorregulação dois sentidos. No primeiro, os padrões são fixados por “organizações empresariais ou técnicas representativas do setor, em geral sem fins lucrativos, como associações de empresas”. O segundo sentido, por sua vez, refere-se aos padrões fixados por órgãos internos da própria empresa regulada, reproduzindo a chamada “regulação por gestão” (*management regulation*), que se consubstancia nas ações implementadas por departamentos regulatórios no interior de grandes companhias, através da fixação de objetivos regulatórios e no monitoramento das suas atividades. Trata-se das práticas internas de regulação, materializadas nas regras de governança corporativa. Dito isso, principia-se o corte epistêmico da perspectiva aqui laborada. (CAMILO JÚNIOR, 2018, p. 151-152).

Findada essa argumentação, antes de adentrar o campo da governança corporativa no âmbito das organizações, é necessário debruçar-se sobre o contexto epistêmico que envolve a temática em tela, tendo em vista que ética, moral e direito não se confundem. Para tanto, insta esclarecer tais idealizações, ainda que de maneira tangencial, apoiando-se ainda na propositura teórica de Linda Starke (1999), no que concerne às etapas de evolução da eticidade e normatividade das empresas, conforme será visto adiante.

3. O PROCESSO DE AMADURECIMENTO ÉTICO-NORMATIVO DAS CORPORAÇÕES CONFORME LINDA STARKE

Para convir a ética no cenário aqui emoldurado, é impreterível especificar, ainda que em poucas linhas, a relação entre Ética, Moral e Direito para, em seguida, percorrer o *iter* proposto. Usual e corriqueiramente, diz-se que o Direito se resume na lei e nos resultados que ela promove, como uma espécie de disciplina social, que impõe ordem à sociedade, cabendo punição aos que a ela não se submetem.

A Moral consiste na busca pelo aperfeiçoamento humano, imprimindo a ideia de que pode ser aprendida, de modo que, identificada com a noção de bem, estabeleçam-se nos deveres dos homens de forma internalizada, assim como para com os outros homens e para com Deus, enfim, em todas as direções. (NADER, 2014, p. 41-42). Luiz Felipe Pondé, por sua vez, aduz que moral, sob o ponto de vista filosófico, seria o mesmo que ética. Inclusive, para o autor, “moral é a tradução latina para a palavra grega original ética”. Por fim, ele sustenta que a moral e a ética estão ligadas a hábitos, costumes e normas de conduta (PONDÉ, 2016, p. 105).

Voltando à interrelação entre a Moral e o Direito, pode-se citar quatro maneiras de correlação: a primeira fora formulada por Jeremy Bentham e representa o Direito e a Moral por meio de dois círculos concêntricos, sendo que o círculo daquele está inserido no interior do círculo desta, preceituando uma relação de submissão do Direito à Moral por ser mero componente dela. A segunda representação fora elaborada por Du Pasquier, que se utilizou também de círculos, porém que se intersectam, os chamados “círculos secantes”, que reproduzem uma área comum aos dois, restando áreas independentes para ambos. Já a terceira corresponde à visão Kelseniana, na qual as esferas não se encontram.

Com efeito, para Hans Kelsen, o Direito é uma ciência pura e sua validade não depende da interferência da Moral. A quarta maneira, por sua vez, é validada por Georg Jellinek e reproduz o entendimento de que o Direito deve conter, em suas disposições, “o mínimo de preceitos morais necessários ao bem-estar da coletividade”. Logo, os valores morais necessários à preservação de uma dada sociedade e de suas instituições devem resultar na produção de normas, o que remete à forma desenvolvida por Betham, que a Moral engloba o Direito (NADER, 2014, p. 42 - 43).

Dito isso, introduz-se a compreensão de Ética nessa abordagem. Observe-se as palavras de José Renato Nalini:

Dentre todas as formas de comportamento humano, a jurídica é a que guarda maior intimidade com a moral. É com base na profunda vinculação moral/direito que se pode estabelecer o relacionamento ética/direito. Pois ética não é senão a ciência do comportamento moral do homem na sociedade. Comportamento que, ao ultrapassar certos limites morais, sofrerá as sanções do direito. (NALINI, 2009, p. 120)

O autor aclara à ideia o reconhecimento de que a Moral é o objeto da ciência Ética, porém, antes disso, mediante longa discussão permeada em torno desta, manifesta inúmeros outros conceitos, alegando inclusive que “Não erra, porém, aquele que se servir indistintamente dos termos moral e ética”, ou seja, os atribui como sinônimos (NALINI, 2009, p. 109).

Assim, diante da polissemia do termo “ética” não será aqui apropriado um conceito único, sendo usado, por vezes, como sinônimo de moral e em outros momentos como ciência. Rematadas tais abstrações, é razoável aprofundar a temática central desse nível da abordagem, que é a ética das organizações e seu processo de maturação. Para promover essa análise, optou-se pela linearidade.

Inicialmente, os mercados eram lugar de concorrência violenta e desonesta, visto que seguiam um “fluxo natural” onde o lucro e o crescimento eram a obstinação da empresa, não existindo regras para impor um controle legal ou mesmo moral das práticas empresariais. Após longos processos de mudança, na transição para o século atual - com o reconhecimento de direitos fundamentais difusos, a busca pela igualdade material, o foco na coletividade e as leis trabalhistas - a empresa passou por uma reconfiguração.

Na era da informação e dos processos de globalização, uma empresa bem-sucedida não é meramente aquela que vende mais. Essa qualificação se assenta numa ideia mais ampla, onde todos os envolvidos no processo econômico possam desenvolver-se. Ideia essa, já acolhida nesse estudo, no desfecho do tópico anterior, ao apontar as finalidades almejadas pelo legislador pátrio quando instituiu a essência regulatória à ação do Estado na Economia.

É bem verdade que a empresa, no século XXI, é uma vencedora e quem demonstra o quadro dessa vitória é José Renato Nalini (2009). Leia-se suas palavras:

Enquanto o Estado se encontra às voltas com a perda da soberania, conceito cada vez mais relativizado, a empresa integra um sistema competente. Se a política se envolve na interminável discussão entre o Estado *mínimo* e Estado intervencionista, o caminho da empresa é o da eficiência. Para o Governo, é cada vez mais frequente o enfrentamento dos fundamentalismos redivivos, dos nacionalismos e dos etnicismos. Grupos antagônicos não chegam a um acordo: Movimento dos Sem Terra-MST e ruralistas; usineiros e colhedores de cana; ambientalistas e grileiros, índios e mineradores. A relação poderia continuar ao infinito.

O Estado contemporâneo não consegue parar de guerrear, interna e externamente. Ao passo que a empresa se recicla e sobrevive. [...]

O Estado não apenas intervém na economia. Quanta vez - e com tanto insucesso - pretende concorrer, competir com a iniciativa privada. De tanto mostrar-se *empresário ineficiente - quando não corrupto* - o Estado tende a assumir, em caráter preferencial, o papel de órgão estimulador. (NALINI, 2009, p. 266-267)

O Estado é aludido por Nalini como “ganancioso, insaciável e instável”. As empresas, por seu turno, comparam-se com as instituições religiosas, eis que hoje sofrem com “migração entre seitas, abandono do culto, adoção de um sincretismo de tonalidades multimodais”, dentre outros problemas. Podem ser comparadas ainda à instituição familiar, a qual desmoronou, visto que, sequer pode ser denominada de instituição costumeira, pois, na prática, os modelos de conjugalidade que hoje predominam são outros.

Diante de toda a falta de credibilidade nas principais instituições sociais e no próprio Estado, a empresa parece ir pela contramão, aprimorando-se no atendimento “às necessidades do mercado, cada dia mais próxima a satisfazer as aspirações de um consumidor perenemente insatisfeito”. Essa direção tomada atrela-se ao reconhecimento de que a ética na empresa deve ser tratada com seriedade (NALINI, 2009, p. 267-268).

Observe-se que a evolução da empresa, no sentido acima apresentado, fora dito no gerúndio, posto que está acontecendo, ou seja, é uma construção. A empresa também enfrentou e enfrenta problemas de credibilidade. Nesse momento, entram em cena as partes interessadas no êxito das finalidades da empresa. Tratam-se dos *stakeholders*, que são “qualquer grupo ou indivíduo que pode afetar ou ser afetado pela realização dos objetivos dessa empresa” (LYRA *et al*, 2009, p. 41).

Hoje, todos esses personagens possuem participação no processo de evolução ética empresarial, isso faz com que a ética seja incorporada com mais ênfase no interior das empresas. Essa conclusão dialoga com o conceito de Responsabilidade Social, que, segundo o Instituto Ethos⁵ (2008), pode ser definida como:

(...) a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais. A responsabilidade social é focada na cadeia de negócios da empresa e engloba preocupações com um público maior (acionistas, funcionários, prestadores de serviços, fornecedores, consumidores, governo e meio ambiente), cuja demanda e necessidade da empresa deve buscar entender e incorporar aos negócios. Assim, a responsabilidade social trata diretamente dos negócios da empresa e de como ela os conduz (ETHOS, 2019).

Uma empresa socialmente responsável, segundo o mesmo instituto, é capaz de:

- 1 compreender e incorporar de forma progressiva o conceito do comportamento empresarial socialmente responsável;
- 2 implementar políticas e práticas que atendam a elevados critérios éticos, contribuindo para o alcance do sucesso econômico sustentável em longo prazo;
- 3 assumir suas responsabilidades com todos aqueles que são atingidos por suas atividades;
- 4 demonstrar a seus acionistas a relevância de um comportamento socialmente responsável para o retorno em longo prazo sobre seus investimentos;
- 5 identificar formas inovadoras e eficazes de atuar em parceria com as comunidades na construção do bem-estar comum;
- 6 prosperar, contribuindo para um desenvolvimento social, econômico e ambientalmente sustentável. (ETHOS, 2019)

Tais premissas demonstram que a visão progressista dos propósitos de uma empresa não termina na aquisição do lucro e na compensação dos acionistas, mais que isso, alcança conjuntamente desenvolvimento social e econômico. Para galgar essa evolução, é necessário gestão, daí o entrelace entre a ética empresarial e a governança corporativa.

Para fins didáticos, a presente disposição se apoia na teoria de Linda Starke que traz visão mais amíuade dessa evolução. A autora reproduz a evolução ética da empresa dividindo-a em cinco estágios. O primeiro consiste na Corporação amorosa. Nesse estágio, a empresa, na busca incessante pelo lucro, não observa os riscos da sua atividade e despreza qualquer

5 O Instituto Ethos contribui nas práticas empresariais, no diálogo intersetorial e nas políticas públicas com uma visão de futuro baseada na responsabilidade social empresarial, assim, colaborando com o fortalecimento da sociedade, atua há mais de vinte anos. O Instituto é uma OSCIP cuja missão é mobilizar, sensibilizar e ajudar as empresas a gerir seu negócio de forma socialmente responsável, tornando-as parceiras na construção de uma sociedade justa e sustentável (ETHOS, 2019).

valor ético. Viola, inclusive, os direitos dos empregados, submetendo-os a condições desumanas ou degradantes, como se fossem meros objetos para obtenção do lucro. É exemplo disso a empresa *Film Recovery Systems* que se utilizava de cianido para extrair a prata de placas velhas de Raio X. Devido à toxicidade do composto, morreu um de seus empregados e a empresa, que atuava em Illinois, nos Estados Unidos, fora fechada em 1983 (STARKE, 1999, p. 186-189).

No segundo estágio, encontra-se a Corporação Legalista. Nesse estágio, a empresa, preocupada unicamente com possíveis punições por parte do Estado, cumpre todas as determinações legais de forma metódica. É possível imaginar as empresas que após o início da intervenção estatal na Economia precisaram adaptar-se às imposições no mercado. O terceiro estágio, por sua vez, trata-se da Corporação Receptiva que, ao observar as benesses do reconhecimento ético de suas práticas, passa a adotar a aparência de empresa ética estampando em seu Código de Conduta o adorno de normas éticas sem assumir, todavia, uma postura coerente, como popularmente costuma-se dizer: “é só no papel”.

O quarto estágio, a seu título, comporta as Corporações Éticas Nascentes que, admitindo a existência de um contrato social entre a sociedade e os negócios, assume a responsabilidade de promover suas condutas de forma ética. A Petrobras hoje é exemplo prático que adentrou esse estágio, como será demonstrado no próximo capítulo.

Finalmente, o quinto estágio de desenvolvimento, qual seja, o da Corporação Ética. Antes de caracterizá-la, é importante mencionar que nenhuma empresa chegou ainda a alcançar esse nível de evolução. Em suas atividades, uma empresa poderá ser qualificada como Corporação Ética quando mantiver uma cultura ética em suas práticas internas. Essa cultura pode ser descrita não somente através da prática de condutas éticas nos âmbitos interno e externo da empresa, mas também no incentivo aos empregados, fornecedores e parceiros, por meio de recompensa no primeiro caso e solidez nas suas relações com o segundo e o terceiro. Outra medida é a disseminação das boas práticas de governança, ensinando-as para os novos empregados. Sobre esse processo de amadurecimento moral da empresa, Nalini (2009, p. 292) conclui:

O retorno à ética será a alternativa ao caos moral. Nenhuma sociedade resistirá por tempo indefinido à insensibilidade, à irresponsabilidade, à desenfreada busca da satisfação dos instintos, sem compromisso algum com a solidariedade e com a busca da harmonia. A empresa, organização inteligente e hábil a detectar as crises, já resistiu aos desvios do capitalismo e subsistiu às frustradas experiências socializantes. Encontrará na moral empresarial a opção mais adequada à sobrevivência e aperfeiçoamento na turbulenta era do efêmero e do descartável em que a espécie humana já se encontra envolvida. (NALINI, 2009, p. 292)

Há uma grande esperança na percepção globalizante de que a evolução moral das corporações é o caminho para o desenvolvimento em todos os seus aspectos. O modelo de Linda Starke (1999) atesta toda a estrutura laborada por essa produção acadêmica. Como fora dito, a empresa trazendo para si a responsabilidade de sua atividade e ao mesmo tempo alcançando solidez perante o mercado deve agir pautada em valores éticos. Logo, em termos práticos, é necessário gestão, por isso, cumpre agora incursionar sobre a temática da Governança Corporativa.

4. GOVERNANÇA CORPORATIVA: MATERIALIZAÇÃO ÉTICO-NORMATIVA NO CONTEXTO GLOBALIZANTE

A discussão acerca da ideia de governança teve como palco seminal o Banco Mundial, a partir da preocupação crescente com as condições de um Estado eficiente. Em 1992, estabeleceu-se uma definição geral do termo “Governance” como sendo “o exercício da autoridade, controle, administração, poder de governo” sendo possível dizer que “é a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento”. (DINIZ, 1995, p. 400). Após a popularização do termo, este passou a ser utilizado de forma equivocada, em caráter amplo e geral, de tal modo que se mostra necessário a distinção conceitual entre governança e governabilidade.

A primeira relaciona-se com o conjunto dos meios, mecanismos e procedimentos, que possibilitam a efetiva participação da sociedade civil na tomada de decisões do Estado, para assim auferi-las eficiência, submissão e controle nos âmbitos institucional e social. Já a segunda, refere-se à forma de atuação dos diferentes sistemas políticos frente às complexidades de seus respectivos ambientes sociais. (OLIVEIRA, R., 2015, p. 182-183).

Esclarecida a distinção conceitual expressa, tem-se que a governança tem relação estreita com o fenômeno da globalização, uma vez que essa correspondência se dá devido às drásticas propulsões das mudanças que esse processo difunde. Dentre elas, é possível citar a metamorfose das relações entre o Estado e a sociedade em todos os aspectos, o que transforma também a abrangência da governança, que passa a levar ao fomento de novos atores internacionais que terão voz perante o mercado e também em outras searas.

A globalização econômica foi importante ao trazer uma nova urgência à problemática objeto da governança corporativa, tendo em vista que esse processo de integração econômica fez crescer a probabilidade de que os impactos da corrupção se ampliassem e terminassem por influenciar toda a economia global, de forma que a globalização ao facilitar a ocorrência da corrupção, também serviu para evidenciá-la e combatê-la. (GLYNN; KOBRIN, NAÍM, 1997, p. 12-13).

No âmbito internacional, a governança passou a ter um caráter global, como consequência própria do diálogo com a globalização. Passou também a ser dotada de legitimidade, dada a necessidade enunciada de tornar o Estado eficiente e não institucionalizada necessariamente, pois a não personalidade jurídica dos novos atores não estatais não compromete nem impede sua ação, tanto no plano internacional como no nacional. (GONÇALVES, 2005, p. 4).

Tais aspectos corroboram ao fomento de um novo desenho articular no contexto globalizante, tais como ao que diz respeito ao ambiente corporativo, sendo fundamental destacar que, em termos de governança, cada tipo de organização tem suas particularidades. Ora, a regulação, materializada no sentido ético-normativo organizacional, conforme exposto no tópico anterior, demonstra que a governança não está adstrita a algum Estado em específico e ao plano internacional, mas também envolve os particulares e o contexto pátrio, que recebeu influxos desta perspectiva.

De acordo com Pablo Esteban Caballero e Alfredo Copetti Neto, a governança teve origem no âmbito corporativo, e se relacionou ao momento histórico no qual as empresas se afastaram do modelo clássico de gestão pelo proprietário e se moveram para uma administra-

ção por terceiros, que receberam o poder e a autoridade para o gerenciamento do organismo empresarial (CABALLERTO; COPETTI NETO, 2020, p. 215).

Sobre essa origem da atuação da governança corporativa nas organizações empresariais, Luiza Machado Farhat Benedito *et al* (2017) afirmam que é necessário ter um controle mais eficaz das companhias, acelerando o fenômeno da busca pela governança corporativa nas organizações empresariais, justificando, por exemplo, que a maioria dos investidores pagariam mais pelas ações de companhias que adotassem as melhores práticas da governança corporativa (BENEDITO *et al*, 2017, p. 242).

Logo, atentando para as corporações, segundo Andrade e Rossetti, existem quatro formas de proceder conceptualização da Governança corporativa: “1. os que enfatizam direitos e sistemas de relações; 2. os que destacam sistemas de governo e estruturas de poder; 3. os que chamam a atenção para sistemas de valores e padrões de comportamento; e 4. os focados em sistemas normativos” (ANDRADE; ROSSETTI, 2004, p. 23). Em sentido complementar, destaca-se o conceito desta, estabelecido pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa⁶ (2018, p. 20):

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas.

As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

Esse conceito engloba a governança corporativa em seu sentido objetivo e subjetivo, pois, ao mesmo tempo em que a apresenta como um sistema que coordena todos os envolvidos nas organizações (forma objetiva), também expõe seus efeitos práticos, bem como seus direcionamentos (forma subjetiva), o que, certamente, o torna um conceito completo e que alberga os agrupamentos citados pelos autores acima mencionados.

Firmado este conceito, é necessário proceder à compreensão da abrangência dos modelos de governança corporativa. O IBGC relata a impossibilidade de descrever todos os modelos de governança vigentes no mundo. Segundo o instituto, isso se dá em virtude das diferenças históricas, culturais, econômicas, sociais e do ambiente regulatório de cada país. Porém, ressalta que, verificando-se as práticas dos mercados mais desenvolvidos, é possível estabelecer duas categorias que se destacam abrigando uma gama de modelos e que possuem similitudes com os demais. Essas categorias são a *Outsider System* e a *Insider System*. (IBGC, 2019).

Andrade e Rossetti ponderam que tal modelo tem como traço principal a diluição dos acionistas e a cisão entre a propriedade acionária e o controle administrativo, ou seja, é estabelecido um tripé propriedade-gestão-retorno. Logo, este modelo de governança corporativa apoia-se na incorporação de valor aos recursos havidos para o financiamento da atividade da empresa. Para tanto, são efetivadas medidas para redução de confronto de interesses entre

6 “Fundado em 27 de novembro de 1995, o IBGC – associação de âmbito nacional, sem fins lucrativos – é uma organização exclusivamente dedicada à promoção da governança corporativa no Brasil e o principal fomentador das práticas e discussões sobre o tema no país, tendo alcançado reconhecimento nacional e internacional” (IBGC, 2018).

os acionistas e os gestores, desestimulando comportamentos oportunistas de ambas as partes (ANDRADE; ROSSETTI, 2004, p. 30-31).

Há crítica a esse modelo, dado que, um de seus vértices de apoio é o retorno orientado para os acionistas ou, em inglês, *shareholders*⁷. Essa crítica fundamenta-se aqui por todo o apurado oriundo da realização do presente trabalho, inclusive, por meio do conceito de governança corporativa sustentado pelo IBGC, visto que apresenta um enfoque da boa gestão voltada para a soma de interesses dos acionistas e também dos interesses dos *stakeholders*.

Agregue-se que a governança corporativa é um sistema que envolve todos os agentes da atividade empresarial e as relações de comando, supervisão e monitoramento no seu desempenho, garantindo aos grupos de poder a capacidade da prestação de contas a todos os interessados. (RODRIGUES; MENDES, 2004, p. 114).

Nesse modelo, enfatiza-se o envolvimento da empresa com todas as partes interessadas internas e externas à empresa, com interesses financeiros ou não, ou seja, o modelo tipo *stakeholder*, formando uma governança corporativa mais abrangente. Importante acrescentar que uma empresa inserida nesse modelo e que, por meio de seu sistema de governança, materializa seus princípios éticos e age em conformidade com as normas reguladoras, possui fatores que a conferem maior confiabilidade perante o mercado consumidor de seus produtos e serviços. Além disso, tem a colaboração de todas as partes envolvidas para tornar possíveis os fins para os quais se orienta.

O IBGC ainda acrescenta, após designar as mencionadas classificações, que o modelo de governança corporativa que predomina no Brasil se aproxima mais da categoria *Insider System*, divergindo desse modelo em pontos como “a crescente importância do mercado acionário como fonte de financiamento, o surgimento de algumas empresas com capital disperso e ativismo de acionistas ganhando importância”, características essas, que mais se assemelham à outra categoria.

Em sentido ilustrativo pertinente, vale destacar o aperfeiçoamento do arcabouço normativo nacional, a partir do advento da Lei nº 13.303/2016, que promoveu nova idealização da governança corporativa no âmbito das empresas estatais, fortalecendo sua aplicação, “ampliando sua autonomia, a profissionalização da administração e a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas”. (FONTES FILHO, 2018, p. 209).

A despeito do tipo das organizações que aplicam as regras de governança corporativa, alguns objetivos, bem como alguns princípios que as direcionam são comuns a todas elas, de modo a orientar, de forma clara e objetiva, as diversas situações que lhes são apresentadas. (ANDRADE; ROSSETTI, 2004, p. 80).

Desse modo, essa versatilidade característica dos princípios e objetivos da governança corporativa permite que sejam compendiados e difundidos para serem fomentados por empresas que assim desejarem gerir-se, reunindo seus interesses com os interesses dos *stakeholders*.

7 A utilização do termo é em contraposição a *stakeholders*, termo bastante mencionado ao longo dessa produção. *Shareholder* e *Stakeholder* são expressões bastante empregadas no âmbito das organizações e também na doutrina. Divergem quanto às partes que abrangem na atividade empresarial, enquanto a primeira envolve somente o conjunto de acionistas, a segunda abarca todos os envolvidos na atividade, dentro e fora da empresa. Disponível em: https://www.rhacademy.com.br/single-post/2017/11/14/Stakeholder-X-Shareholder?_amp_. Acesso em: 16 abr. 2019.

Nessa medida, expôs-se em linhas específicas a envergadura da temática da governança corporativa do ponto de vista teórico, alinhado às premissas veiculadas anteriormente neste trabalho. Levando-se em conta a necessidade de estender tal compreensão para o universo prático, adota-se a Petrobras como exemplo interessante, dada a sua atualidade e representatividade para fiel entendimento e apontamento de alternativas/reflexões para eventuais problemas ou imperfeições entre o espectro fático, ético e normativo. Isso, pois, os escândalos e ilícitos veiculados de maneira frequente levam ao repensar da governança corporativa como obra inacabada em aprimoramento permanente, reforçado ainda pelas circunstâncias do debate brasileiro no espectro da regulação.

5. CONCLUSÃO

A partir do que se expôs, é evidente a necessidade de melhor análise das regras de governança corporativa quanto à sua efetividade e implementação, no contexto da regulação econômica no Brasil que, atualmente, conforme a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, foi estabelecido pelo Poder Constituinte Originário como Estado Democrático de Direito, de essência regulatória.

O trabalho foi desenvolvido com vistas a demonstrar a efetividade das regras de governança corporativa, conferida pela participação democrática de todas as partes envolvidas na atividade econômica da empresa (*stakeholders*). Fora estabelecido histórico das formas de atuação do Estado brasileiro na economia até adquirir essência regulatória, o qual em alguns momentos apresentou características de *Estado Mínimo* e em outros de *Estado Interventor*.

Foram demonstradas as nuances constitucionais da atividade estatal reguladora na economia, aclarando quais as direções estabelecidas para alcançar os fins do Estado mediante essa atuação. Foram elencados, inclusive, os princípios a serem perquiridos na atividade econômica para assegurar existência digna a todos por meio da valorização do trabalho e da livre iniciativa, sendo o fundamento para todas as normas infraconstitucionais relacionadas. Nisso, fundamentou-se a atuação do Estado Regulador, que deve atuar com vistas a alcançar o pleno desenvolvimento, no exercício de ações de caráter econômico para o desenvolvimento nesse âmbito e, conjuntamente, no exercício de ações que promovam o desenvolvimento social.

Foi demonstrado os pormenores da ação regulatória da Economia no Brasil, demonstrando inclusive suas deficiências em termos de legitimidade democrática. Nisso, mostrou-se a governança corporativa como espécie de regulação e sugestionou-se o entrelace entre a regulação estatal econômica e a governança por meio da evolução ética das corporações para que estas não se limitem à finalidade do lucro, mas procedam a uma responsabilidade social para o alcance dos fins de desenvolvimento pleno antes mencionados.

Depois, foram evidenciados os aspectos gerais da governança corporativa, destacando-se a distinção entre governança e governabilidade, os princípios de governança corporativa e os seus objetivos. Demonstrou-se que, mesmo implementada e posteriormente aperfeiçoada, a governança corporativa continuará a necessitar de reparos, não só pela dinâmica do cenário das organizações, mas pelas exigências dos mercados, dentre outros fatores.

As dificuldades de estabelecer um modelo ideal de regulação econômica estatal, no Brasil, que seja praticado de forma eficaz, bem como a dificuldade de evolução ética da empresa diante da mutação social e de anseios e valores para, por fim, estabelecer um modelo de governança corporativa eficiente, demonstra a necessidade de ambos os mecanismos de regulação serem constantemente aperfeiçoados. Para o momento, diante da dependência de debates acadêmicos acerca do Direito Econômico Regulatório, é necessário reconhecer a existência de novos atores no contexto global, por meio de seus sistemas de governança corporativa, que sobrepuseram a influência e a autoridade do Estado por meio do processo de globalização.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. São Paulo: Atlas, 2004.
- BENEDITO, Luiza Machado Farhat; GABRICH, Frederico de Andrade; MURTA, Antônio Carlos Diniz. Estratégias jurídicas como forma de repensar o direito: enfoque no âmbito do direito empresarial. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 12, n. 1, p. 228-249, 2017.
- CABALLERO, Pablo Esteban Fabricio; COPETTI NETO, Alfredo. A importância do compliance para a efetivação da governança pública na administração municipal. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 211-227, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8072>.
- CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. **Direito societário e regulação econômica**. Barueri, SP: Manole, 2018.
- DINIZ, Eli. "Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90". In: **DADOS** - Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 38, nº 3, 1995.
- FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FONTES FILHO, Joaquim Rubens. A governança corporativa em empresas estatais brasileiras frente à Lei de Responsabilidade das Estatais (Lei nº 13.303/2016). **Revista de Serviço Público**. Brasília, nº 69, 2018. Disponível em: <https://revista.ena.gov.br/index.php/RSP/article/view/3276>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The Globalization of Corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (ed.). **Corruption and the Global Economy**. 1a ed. Washington, DC: Institute for International Economics, 1997. cap. 1, p. 7-27.
- GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. In: **XIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Anais**. Fortaleza, 3, 4 e 5 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.conpedi.org/Manaus/arquivos/Anais/Alcindo%20Goncalves.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5.ed. São Paulo, SP: IBGC, 2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. 2019. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/governanca/origens-da-governanca/principais-modelos>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL, 2019. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/#.XJRc9yJKJIU> Acesso em: 23 mar. 2019. Acesso em: 16 abr. 2019.
- LYRA, Mariana Galvão; GOMES, Ricardo Corrêa; JACOVINE, Laércio Antônio Gonçalves. **O Papel dos Stakeholders na Sustentabilidade da Empresa: Contribuições para Construção de um Modelo de Análise**. RAC, Curitiba, v. 13, Edição Especial, art. 3, p. 39-52, Junho 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rac/v13nspe/a04v13nspe>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil: Eficiência e legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 109

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 47, 2009, p. 157 - 176. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16041889.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

PONDÉ, Luiz Felipe. **Filosofia para corajosos**. 11ª ed. São Paulo: Planeta, 2016.

RODRIGUES, José Antônio; MENDES, Gilmar de Melo. **Governança corporativa: estratégia para geração de valor**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

STARKE, Linda. As cinco etapas da evolução moral da empresa. In: RAY, Michael; RINZLER, Alan (org.). **O novo paradigma nos negócios**. São Paulo: Cultrix, 1999.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 21/12/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/12/2020
- Avaliação 1: 09/02/2021
- Avaliação 2: 17/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 17/08/2021
- Retorno rodada de correções: 03/09/2021
- Decisão editorial/aprovado: 03/09/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

DA CONVENÇÃO E DO REGIMENTO OU REGULAMENTO DE SHOPPING CENTER: ASPECTOS MATERIAIS E REGISTRAIS E SEUS REFLEXOS PROCESSUAIS EM DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

CONVENTION AND SHOPPING CENTER
RULES OR REGULATIONS: MATERIAL AND REGISTRY
ASPECTS AND THEIR PROCEDURAL REFLECTIONS ON
INDIVIDUAL AND COLLECTIVE DEMANDS

AURÉLIO JOAQUIM DA SILVA¹
LEONARDO MACEDO POLI²

RESUMO

O presente artigo estuda Shopping Center, abordando sua evolução histórica, conceito, tipos, convenção, regimento ou regulamento e registro destes instrumentos normativos (convenção e regimento) perante Cartórios de Registro de Imóveis, para os fins de publicidade *erga omnes*. Shopping Center, como figura jurídica, não tem tratamento específico no Direito Brasileiro, de modo que, em sua conformação, utilizam-se, por analogia, vários institutos jurídicos, tais como: o contrato de locação; o condomínio edilício, com sua convenção e regimento; o direito associativo ou corporativo. O estudo disserta, também, sobre efeitos da publicidade registral da convenção e do regimento de Shopping Center, bem como limites e regras para a sua alteração. Aborda-se a questão da privatização de áreas comuns e explana-se sobre convenção e regimento ou regulamento de Shopping Center, sua inter-relação com o Registro de Imóveis e seus reflexos processuais em demandas individuais e coletivas, inclusive, com aplicação do Código do Consumidor nas relações jurídicas em que haja incorporação imobiliária. Por fim, abordam-se os direitos dos lojistas. Utilizou-se o método dedutivo e como técnica de pesquisa, a bibliográfica, que se desenvolve a partir de fontes primárias e secundárias, ou seja, a partir de normas esparsas, jurisprudência e literatura disponível.

Palavras-chave: Convenção. História. Regimento. Shopping Center. Tipos ou espécies.

- 1 Mestre em Direito e Doutorando em Direito pela PUC/SP. Registrador de imóveis em Minas Gerais. Foi Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Tabelião. Professor de curso de pós-graduação do CAD – Centro de Atualização em Direito/MG.
- 2 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1999) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2006). É professor na UFMG e na PUC Minas. Foi coordenador do curso de direito da PUC Minas no triênio 2008/2010. Atualmente é Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, Consultor da Revista Jurídica da Presidência.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SILVA, Aurélio Joaquim da; POLI, Leonardo Macedo. Da Convenção e do Regimento ou Regulamento de Shopping Center: aspectos materiais e registraes e seus reflexos processuais em demandas individuais e coletivas. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 189, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8693>.

ABSTRACT

This article studies Shopping Center, addressing its historical evolution, concept, types, convention, statute or regulation and registration of these normative instruments (convention and statute) before Real Estate Registry Offices, for erga omnes advertising purposes. Shopping Center, as a legal figure, does not have specific treatment in Brazilian Law, so that, in its conformation, several legal institutes are used, by analogy, such as: the lease agreement; the building condominium, with its convention and regiment; associative or corporate law. The study also discusses the effects of the registration publicity of the convention and the Shopping Center regulations, as well as limits and rules for its alteration. It addresses the issue of privatization of common areas and explains the convention and regulation or regulation of the Shopping Center, its interrelationship with the Real Estate Registry and its procedural consequences in individual and collective demands, including the application of the Code of Consumer in legal relationships in which there is real estate development. Finally, the rights of shopeepers are adressed. The deductive method was used and as a research technique, the bibliographical, which is developed from primary and secondary sources, that is, from sparse norms, jurisprudence and available literature.

Keywords: Convention. Story. Regiment. Shopping Center. Types or species.

1. INTRODUÇÃO

Dissertaremos sobre Shopping Center, convenção e regimento ou regulamento deste, consequências e insegurança jurídica quanto à ausência dos registros destes atos ou negócios jurídicos no Ofício Imobiliário, modalidades ou espécies, e aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor.

Para isso, previamente, abordamos o conceito de Shopping Center, sua origem histórica, natureza jurídica, relação e distinção com o condomínio edilício. Na presente pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, que parte de generalização para questão particularizada, e, como técnica de pesquisa, consulta bibliográfica, que se desenvolve a partir de fontes primárias e secundárias, ou seja, a partir de normas esparsas, jurisprudência e literatura atinentes ao tema em análise.

Shopping Center, como figura jurídica, não tem tratamento específico no Direito brasileiro. Não há legislação específica que o discipline, de modo que, por analogia, são utilizados vários institutos jurídicos, em sua conformação, tais como: o contrato de locação; o condomínio edilício, com sua convenção e regimento; o direito associativo ou corporativo, em vista da associação dos lojistas; o fundo do comércio, em razão do *plus* gerado pelo conjunto econômico resultante entre as várias lojas e o empreendimento total.

Valendo-nos de estudos e legislação relativos a condomínio edilício e contrastando com Shopping Center, no exame de semelhanças e diferenças, procuramos elaborar tratamento próprio para a matéria, em vista das peculiaridades intrínsecas a Shopping Center.

Existem várias formas de se construir um empreendimento denominado Shopping Center em função das quais resultarão tratamentos jurídicos diversos, com implicações diferentes quanto ao relacionamento entre empreendedor e lojistas. Haverá, segundo a forma escolhida de construção e instituição do empreendimento, resultados múltiplos nas relações jurídicas, as quais, inclusive, conduzem a implicações plúrimas no Registro de Imóveis, com escolhas e formas diferentes.

Pode-se, assim, dizer que a figura do Shopping Center comporta vários tipos e cada um deles terá desdobramentos jurídicos diversos nas suas relações jurídicas internas e externas, esclarecendo-se, também, ao final, que, nas relações jurídicas e contratos locatícios de suas lojas e espaços internos não se aplicam as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei Federal nº 8.078/1990), salvo quando haja relação de consumo por equiparação nas relações entre locador, locatário e imobiliária (BRASIL, 1990).

Demonstra-se que, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), se aplicam as disposições contidas no CDC a relações jurídicas e a contratos de compra e venda de lojas e espaços relativos à incorporação imobiliária de um empreendimento sob a forma de Shopping Center.

Por fim, escreve-se sobre direitos de lojista em negócio jurídico celebrado com empreendedores de Shopping Center, asseverando que cláusulas abusivas são ilícitas e podem ser afastadas ou anuladas de modo a evitar lesão e enriquecimento ilícito.

2. HISTÓRIA DO SHOPPING CENTER

O Shopping Center como conhecemos hoje é de origem relativamente recente, surgiu na década de 50 do Século XX, após a Segunda Guerra Mundial, nos Estados Unidos da América. No Brasil, desde a década de 60 do Século XX, desenvolve-se nas principais cidades (VERRI, 1996, p. 21-23).

Os Shopping Center são estruturas comerciais com níveis de organização mais complexas que as antigas galerias ou mercados municipais, resultado de uma evolução histórica do comércio varejista.

Desde o século XI, faz-se referência ao Grande Bazaar de Isafahan, situado onde está o Irã e onde era o Império Persa, com enorme estrutura de área coberta, assemelhando-se ao que, hoje, denominamos Shopping Center.

Na Inglaterra, desde 1º de novembro de 1774 e existindo até os dias atuais, tem-se o *Oxford Covered Market*.

Nos Estados Unidos (EUA), foi criado, em 1828, o primeiro Shopping Center, no Estado de Rhode Island.

Na Itália, em Milão, implantou-se, na década de 1860, o *Galleria Vittorio Emanuele II*.

Resultam, assim, de longa evolução e desenvolvimento de comércio, que foi se tornando mais sofisticado, com o surgimento, por um lado, das chamadas galerias ou centros de compra elitizados, que passaram a reunir, em um mesmo local (normalmente, no andar térreo de grande edifícios), lojas para comércio de vestuário e prestação de serviços (cabeleiros, agências etc.). Por outro, com o advento de lojas de departamento, que integram, em um só estabelecimento, os mais diversos objetos de comércio, de perfumes a itens de cama e mesa, de roupas a móveis etc. No Brasil, a década de 1960 assistiu a instalação de seus primeiros shoppings, o do Méier, no Rio de Janeiro, e o do Iguatemi, em São Paulo. Hoje, o maior centro comercial de compras do país é o Centro Comercial Leste Aricanduva, na capital paulista.

Atualmente, o maior centro comercial do mundo encontra-se na China, o *South China Mall*, em Dongguan, ao norte de Hong Kong, fundado em 2005.

Observa-se, portanto, uma evolução histórica do Shopping Center, não se podendo dizer que as primeiras instalações sejam idênticas às atuais, mais modernas. E entendemos que, no Brasil, o antigo ‘mercadão’ de bairro, onde se localizavam ou se instalavam várias lojas, podem ser vistos como figura assemelhada a Shopping Center e sua predecessora, conquanto distinta, com estrutura e organização mais singela.

3. CONCEITO DE SHOPPING CENTER

O Shopping Center constitui, como a própria tradução literal desta expressão de língua inglesa, “centro de compra”, que reúne características especiais.

A Lei Federal nº 8.245/1991 refere-se a Shopping Center, dispondo, no artigo 54, que “nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei” (BRASIL, 1991). Não o conceitua.

Shopping Center é centro comercial, planejado, submetido a administração única, composto de lojas destinadas a exploração comercial e prestação de serviços, sujeitas a normas contratuais padronizadas. Nesse sentido, é estrutura funcionalizada, que equilibra oferta, assegura convivência integrada e, segundo sua modalidade, remunera o empreendedor com valor fixo mínimo e em conformidade com o faturamento. É ente despersonalizado, sem disciplina legal específica, e, sob alguns aspectos, assemelha-se ora a condomínio edilício, ora a *sobrefundo de comércio*.

Resulta de planejamento empresarial, conciliando compras, serviços, lazer, rapidez de locomoção, e oferecendo segurança, clientela, estacionamento, seletividade, motivação de consumo, controle centralizado e produtividade.

Renzo Leonardi, abordando Shopping Center como condomínio anômalo, aduz que, tratado do ponto de vista exclusivamente contratual, envolvendo lojistas, assume, na modalidade em que cada unidade comercial é alienada a um titular, perfeitos contornos condominiais (LEONARDI, 2006, p. 49). O contrato normativo de Shopping Center funcionará como convenção condominial. Na prática, porém e com maior frequência, o administrador ou empreendedor mantém a propriedade de todo o imóvel, ofertando espaços de lojas em locação ou, muito raramente, a outro título.

Para Ives Gandra, Shopping Center surgiu como *entidade de supracomércio*, posto que permite a seus estabelecimentos mercantis melhor desenvoltura, assim como superiores resultados, de difícil obtenção sem colaboração de suas estruturas (MARTINS, 1999). É *sobre estabelecimento comercial*, cuja estrutura confere aos estabelecimentos comerciais que nele se instalam existência e sua principal razão de ser e força.

Shopping Center, destarte, é ente com fundo de comércio próprio, diverso daquele que diz respeito aos estabelecimentos que lá se instalam (MARTINS, 1999). Aos destes une-se, para viabilização de uso ou de vendas, aquele sobrefundo de comércio, que pertence ao Shopping

Center e que adiciona potencialidade mercantil ao complexo de lojas nele situadas. Sem essa estrutura, os estabelecimentos comerciais não teriam a dimensão que têm, razão pela qual se deve entender que Shopping Center adiciona seu próprio fundo de comércio ao dos estabelecimentos nele instalados, valorizando-os.

Tais estabelecimentos unem seu fundo de comércio ao sobrefundo de comércio representado pelos bens incorpóreos agregados pelo Shopping Center a cada estabelecimento. A empresa ou os empresários, que constroem e administram o Shopping Center, são detentores de fundo de comércio que, todavia, só pode existir na medida em que hospede outros estabelecimentos. Pressupõe a junção de dois patrimônios imateriais para fortalecimento de sua imagem e poder empresarial: de um lado, o próprio shopping, como ente; de outro, o conjunto dos lojistas que o compõe. (MARTINS, 1999)

4. MODALIDADES, TIPOS OU ESPÉCIES DE SHOPPING CENTER

Existem vários tipos, modalidades ou espécies de Shopping Centers, classificados seja pela atividade ou especialidade, seja pela forma de constituição.

Pela atividade ou especialidade classificam-se os Shopping Centers em:

a) *shopping tradicional*: estabelecimento construído especificamente para abrigar centro de compras e que apresenta mercado diversificado, praça de alimentação, área de lazer, estacionamento e elevado nível de conforto. O alto número de lojas-âncora, a grande quantidade de lojas e o fato de haver lojas próprias junto a lojas alugadas também caracterizam essa categoria;

b) *shopping outlet*: estabelecimento que concentra lojas de fabricantes dos produtos em oferta, com alguns poucos ramos comerciais e de serviços, considerados de apoio;

c) *shopping temático*: estabelecimento cujas lojas estão voltadas preferencialmente a determinado segmento do mercado;

d) *shopping rotativo*: estabelecimento com índice de conforto menor que o de *shopping tradicional*, onde não se pratica a obrigatoriedade da permanência do lojista reduzido. A locação é feita por períodos diversos e mais curtos que no *shopping tradicional*. Está, habitualmente, voltado a produtos de baixo valor e, geralmente, possui lojas de pequenas dimensões com metragem bem menor do que as dos demais;

e) *shopping atacado*: estabelecimento cujas lojas operam exclusivamente com vendas no atacado, basicamente, nos ramos de confecção, acessórios e calçados.

Pela forma de constituição, Shopping Centers classificam-se em três modalidades distintas (CÂMARA, 2007, p. 54):

a) *Shopping Center típico ou não condominial*, em que todos os espaços são locados; não possui condomínio;

b) *Shopping Center vendido ou condominial*, em que os espaços são vendidos e locados a terceiros que não os empreendedores fundadores, mas que têm, em suas convenções de con-

domínio (são, portanto, condomínios comerciais), características típicas de Shopping Center, como *mix*, publicidade conjunta e normas de funcionamento como horários preestabelecidos.

Por fim, cumpre esclarecer que *centro comercial*, mero aglomerado ou amontoado de lojas, sem sistema organizado de funcionamento, não se inclui em nenhuma dessas categorias, uma vez que, pela forma de constituição, organização e operacionalidade, não possui as características típicas de Shopping Center.

5. SHOPPING CENTER COMO BEM IMÓVEL, SEUS TIPOS E OS REFLEXOS NO REGISTRO DE IMÓVEIS

Dependendo da organização e do tipo de Shopping Center, teremos constituição imobiliária diferente.

Shopping Center típico, enquanto empreendimento unitário, sem formar condomínio de salas vendidas, consiste em imóvel a ser registrado no Ofício Imobiliário sem conformação condominial, ainda que as várias salas tenham matrículas separadas, formando unidades imobiliárias distintas no conjunto do edifício.

Vejamos os estudos do condomínio edilício que se aplicam ao caso, conforme lição de Hamilton Quirino Câmara:

Não é raro encontrar edifício que pertencem a um único dono. A questão principal nesses casos diz respeito à divisão de despesas. A resposta vai ser encontrada no § 3º do artigo 23 da Lei nº 8.245/91:

Art. 23...

§ 3º No edifício constituído por unidades imobiliárias autônomas, de propriedade da mesma pessoa, os locatários ficam obrigados ao pagamento das despesas referidas no § 1º deste artigo, desde que comprovadas.

Diferente do sistema condominial, a cobrança das despesas não se fundamenta em previsão orçamentária, mas, sim, nas despesas efetivamente realizadas e comprovadas.

Carlyle Popp entende que nesses casos não haverá propriamente um condomínio e afirma: Na hipótese de ser o edifício onde reside o locatário de propriedade de uma única pessoa, inexistirá condomínio, pois pressuposto legal para tanto é a divisão dos domínios. Neste caso, a possibilidade de cobrança dos encargos mencionados no parágrafo primeiro do presente dispositivo ficará condicionada à prévia comprovação. Ou seja, o pagamento não pode ser exigido anteriormente ao gasto efetivo. (CÂMARA, 2007, p. 45)

De outro lado, em face de *Shopping Center vendido ou condominial*, com salas com proprietários diversos, aí sim haverá, paralelamente ao ente Shopping Center, a figura do condomínio edilício, aplicando-se, no que se refere ao imóvel, e não ao empreendimento em si, as regras do condomínio edilício, tal como ensina Nascimento Franco:

As partes suscetíveis de utilização independente constituem propriedade exclusiva, podem ser alienadas ou gravadas separadamente por seus proprietários e, segundo reza o § 1º do artigo 1.331 [do Código Civil], são destinadas

a fins específicos, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas, sobrelojas ou abrigos para veículos. A enumeração enunciada pelo artigo 1.331 é meramente exemplificativa, porque o sistema pode ser adotado igualmente às edificações destinadas a garagens, mercados, estações rodoviárias, Shopping Centers e, por extensão, vilas residenciais, loteamentos fechados, etc.² e até cemitérios particulares com jazigos individuais ou coletivos. (FRANCO, 2004, p. 13-14)

O Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, realizada de 11 a 15 de setembro de 2002, aprovou, entre outros, o Enunciado 89, com a seguinte redação: "Art. 1.331. O disposto nos artigos 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo" (BRASIL, Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados, p. 25). Tal enunciado aplica-se, também, a *Shopping Center vendido ou condominial*, com reflexos no Ofício de Imóveis, pois, além de registro da instituição do condomínio edilício do Shopping Center, no Livro 2, será obrigatório registro de sua convenção, no Livro 3 do Cartório Imobiliário da respectiva circunscrição, com remissões recíprocas, por averbação, nos citados livros.

6. CONVENÇÃO E REGIMENTO OU REGULAMENTO DE SHOPPING CENTER

Em vista de diferentes tipos ou modalidades, bem como de formas de instituição, teremos diferentes meios e instrumentos de regulação interna de Shopping Center.

Partindo da doutrina do Direito Civil, que distingue atos ou negócios unilaterais e atos ou negócios plurilaterais, pontuada por estudos de convenção de condomínio edilício, construiremos abordagem própria para esses atos, no Shopping Center.

De tais atos ou negócios jurídicos, abordaremos, nos tópicos a seguir, seu conteúdo básico, registro e publicidade, bem como sua alteração, além de reflexos no contrato de Shopping Center, na medida em que se constituem como atos normativos internos. Apesar de aproveitarmos estudos realizados a respeito do tema, quando se trata de condomínio edilício, por ser o Shopping Center instituição jurídica distinta, reorientamos ou realinhamos certos prismas ou conceitos.

6.1 CONCEITO E DISTINÇÃO ENTRE CONVENÇÃO E REGIMENTO OU REGULAMENTO

Em se tratando de *Shopping Center típico*, em que haja apenas um único proprietário como empreendedor, não se poderá falar em convenção, pois convenção é ato ou negócio jurídico plurilateral onde se tem pluralidade de vontades. Ter-se-á, então, regimento ou regulamento, imposto pelo empreendedor. De outro lado, em se tratando de empreendimento com vários donos de várias salas ou lojas, na modalidade de *Shopping Center vendido ou condominial*, poder-se-á falar em convenção.

Segundo Orlando Gomes (1977, p. 334), conforme número de partes e processo de formação, negócios jurídicos dividem-se em unilaterais ou plurilaterais. Negócios unilaterais formam-se por declaração de vontade de uma só pessoa, ou de várias, que concorrem para a declaração única. Considerados sob esse aspecto, subdividem-se em unipessoais, pluripessoais ou plúrimos. Portanto, quando o Shopping Center tem um dono como empreendedor, ainda que pessoa jurídica, não se pode falar em convenção, mas em regimento ou regulamento, ato jurídico unilateral.

A mais importante classificação de negócios jurídicos funda-se em número de partes intervenientes em sua formação (GOMES, 1977, p. 341). Para traçá-la com segurança, é preciso ter exato conhecimento da noção de parte, elaborada pela moderna dogmática do Direito Privado, mediante apropriação e adaptação de seu conceito no Direito Processual. Noção que permite qualificar os elementos subjetivos da relação jurídica de cunho negocial sem risco de confundi-los com as pessoas que os representam.

Parte não se confunde, realmente, com pessoa. Num contrato, cada parte pode estar representada por uma só pessoa, ou por várias. Quando uma das partes está integrada por diversas pessoas, estas devem estar, conjuntamente, no mesmo lado como se fosse uma só. Assim, se alugam o mesmo cômodo, figuram, no contrato de locação, na posição unívoca de locatário. As várias pessoas que constituem uma parte agem em bloco unificado pelo mesmo interesse. Por isso, a relação jurídica assim constituída não se desdobra em tantas relações quantas componentes da parte pluripessoal.

Negócio unilateral é o que se constitui pela declaração de vontade de uma só parte, como será o regulamento ou regimento de Shopping Center que não seja vendido e que não constitua condomínio.

Negócios jurídicos podem ser unilaterais, ainda que pluripessoais, onde haverá unicidade de interesses; ou, plurilaterais, que sempre serão pluripessoais, e haverá diversidade de interesses.

Vejamos, a propósito, lições de Orlando Gomes, a seguir sintetizadas:

Na sua formação, intervém apenas um declarante. Esse é, verdadeiramente, seu traço distintivo, conquanto seja também definido como o negócio que apenas exige a declaração de vontade de uma parte para produzir efeito jurídico querido. Não se deve, porém, intrometer a questão da eficácia *no conceito de negócio jurídico unilateral, pois se corre o risco de confundir noções.*

A declaração de vontade há de provir de uma só parte, se bem que possa constituir-se de várias pessoas. Quando representada por uma só pessoa, o negócio se diz unipessoal.

Nos negócios plúrimos, a parte é pluripessoal. Para a caracterização do negócio unilateral é indiferente, portanto, o número de pessoas a que corresponde, como uma unidade, a declaração de vontade. Todo negócio que, no seu processo de formação, demande exclusivamente uma só expressão de vontade negocial, unilateral é.

Os negócios plúrimos, embora pluripessoais, são unilaterais, porque os intervenientes na formação da vontade negocial formam, em conjunto, uma parte. Não se constituem de várias declarações de vontade, mas, de uma só, visto que todas procuram satisfazer o mesmo interesse, como ocorre, por exemplo,

quando os condôminos de um terreno renunciam à sua propriedade. Embora sejam várias pessoas, o negócio é realizado em conjunto, constituindo, pela existência de declaração única, um negócio unilateral.

Com a expressão *gesammtakt*, a doutrina alemã recortou, no século passado, de um negócio jurídico com inconfundíveis traços. Os escritores latinos denominam-na ato-conjuto, ato-complexo ou ato-coletivo.

Forma-se pela união de vontades, sendo, em síntese, ato pluripessoal, mas, ao contrário do que acontece nos contratos, não há, como advertem Enneccerus-Nipperdey, intercâmbio de declarações recíprocas correspondentes a diferentes partes, mas, sim, declarações paralelas. Coviello distingue-o claramente do contrato ao mostrar que, neste, há dois sujeitos, um contraposto ao outro, enquanto, no ato-complexo, vários sujeitos agem do mesmo lado; por isso, o contrato estabelece um vínculo entre as vontades dos contratantes, sem unificá-las, enquanto o ato conjunto é a fusão de diversas vontades de conteúdos iguais e constitui o meio para a formação de uma vontade coletiva.

São atos coletivos, dentre outros: a) a constituição de uma associação; b) as disposições comuns de condôminos; c) a rescisão do contrato de locação pelos locatários que alugaram em comum a coisa; d) o ato institucional de uma fundação proveniente de duas ou mais pessoas.

A natureza dos atos coletivos é polêmica. Afirma-se que são pluripessoais e, portanto, negócios unilaterais, porque as declarações de vontade tendem ao mesmo interesse, havendo, pois, uma só parte. É a opinião de Betti, dentre outros, para quem a participação de várias pessoas no mesmo negócio se produz em virtude de uma comum e igual legitimação para a tutela do mesmo interesse, de modo, portanto, que tais pessoas atuam do mesmo lado, constituindo, assim, parte única. Outros entendem, ao contrário, que as declarações paralelas confirmam sua natureza plurilateral, sustentando que a possuem os atos constitutivos das sociedades ou associações.

Negócios normativos são os acordos em virtude dos quais partes representativas de uma categoria de pessoas predispõem o conteúdo dos contratos individuais que tais pessoas, abstratamente consideradas, devem estipular. Chamam-se correntemente contratos normativos.

Tal denominação é, entretanto, imprópria. Os negócios normativos não são contratuais. Classificam-se entre os negócios plurilaterais, mas se distinguem dos contratos pela estrutura e pela função, motivo por que, na moderna dogmática, são denominados acordos. Como, no entanto, essa denominação ainda não está difundida, são mais conhecidos como contratos ou convênios normativos, expressão que pode ser usada com as devidas reservas.

O contrato normativo não prefixa, de regra, todo o conteúdo dos futuros contratos individuais. Prescreve, quase sempre, as disposições de maior importância, deixando margem às partes dos contratos singulares para que, em pontos secundários ou variáveis, exerçam a liberdade de estipulação, introduzindo cláusulas que não contradigam ou desvirtuem as disposições normativas. Para a caracterização desses convênios importa que se apresentem sob forma de regulamento, cujas disposições se insiram, inelutavelmente, no conteúdo das relações individuais formadas nos limites de sua eficácia.

Os contratos normativos preparam, em suma, como esclarece Cariota Ferrara, o esquema concreto de contratos futuros e individuais. (GOMES, 1977, p. 343-345 e 414-415)

Convenção deriva do latim, *conventione*, e significa ajuste, acordo, pacto; logo, importa dizer, é tudo aquilo que seja tido como norma de proceder (FRAGA, 2005, p. 9). É o instrumento que, elaborado de acordo com a vontade dos condôminos, disciplina utilização das áreas comuns e rateio das despesas, entre outras disposições.

Adaptando, por *analogia juris*, as lições acima, em *Shopping Center vendido ou condominial*, ter-se-á convenção (tanto do edifício como do empreendimento), pois, além do empreendimento em si, haverá também condomínio edilício. No caso de *Shopping Center típico ou não condominial*, o mais correto é não se falar em convenção, mas, apenas, em regulamento ou regimento fixado pelo empreendedor ou conjunto de empreendedores, pois não haverá, em regra, condomínio edilício paralelo ao empreendimento.

E, ainda, segundo as citadas lições de Orlando Gomes, em *Shopping Center vendido ou condominial*, dada a diversidade de contradições de interesses, tem-se atos ou negócios plurilaterais, nunca unilaterais, ainda que plúrimos, como há, por exemplo, em *Shopping Center típico ou não condominial*, controlado por um empreendedor ou conjunto de empreendedores reunidos em sociedade empresária, onde, em princípio, a formação da vontade terá uma só direção.

6.2 REGISTRO DE CONVENÇÃO E REGIMENTO DE SHOPPING CENTER NO OFÍCIO IMOBILIÁRIO

A Lei Federal nº 6.015/1973 não tem previsão específica de registro de convenção ou de regulamento de Shopping Center no Ofício de Imóveis. É até natural que não tenha, pois o próprio Shopping Center não é disciplinado por lei.

Apesar do parágrafo único do artigo 127 da Lei Federal nº 6.015 dispor que “cabera ao Registro de Títulos e Documentos a realização de quaisquer registros não atribuídos expressamente a outro ofício” (BRASIL, 1973), entendemos, nesse caso, que registros de tais atos devem ser feitos no Registro de Imóveis, em vista do princípio da concentração³ e por força do que dispõem o artigo 178, incisos III e VII, e o artigo 246, da retrocitada Lei de Registros Públicos.

Estudos sobre instituição e convenção de condomínio edilício são úteis para compreensão do tema aqui estudado, na medida em que guardam certas semelhanças com constituição de Shopping Center, especialmente na modalidade de *Shopping Center vendido ou condominial*.

A instituição do condomínio antecede a convenção e é ato que depende de várias formalidades, sendo a última delas seu registro no Cartório Imobiliário. Antes desses dois atos jurídicos, entre os proprietários de um edifício existe condomínio ordinário, estando direitos e deveres dos condôminos regulados pelo direito comum (artigos 1.314 a 1.330 do Código Civil).

Uma vez instituído, o condomínio, num edifício, torna-se ponto de convergência de interesse privados, cuja coexistência harmoniosa depende de sua administração (FRANCO, 2004, p. 18-19). Em outras palavras, concluída a construção do edifício e instituído o condomínio especial, termina a atividade do incorporador, do arquiteto, dos operários, e uma nova e palpitante realidade surge, reclamando disciplina legal e gerenciamento próprio. A disciplina do uso do edifício consta da Convenção de Condomínio e do Regulamento Interno, expressão

3 **Princípio da concentração:** Princípio do Registro de Imóveis pelo qual todo ato que se refira a imóvel deva ter ingresso no fôlio real, dando assim publicidade e gerando segurança jurídica.

que acabou sendo preferida, a despeito de a Lei Federal nº 4.591/1964 falar em Regimento Interno (§ 3º, alínea “m”, do artigo 9º), recepcionado no Código Civil, artigo 1.334, V. Aliás, segundo esse artigo, Regulamento Interno deve ser inserido na própria convenção, ao contrário, pois, do que previa a lei antiga, que permitia elaboração posterior, por contrato ou deliberação assemblear.

Ao estudar necessidade de registro de convenção no Cartório de Imóveis, relativamente ao condomínio edilício, Thelma Araújo Esteves Fraga ensina que:

Este instrumento deverá ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis para permitir que os adquirentes das unidades individualizadas estejam sujeitos às regras previamente estabelecidas e também para que seja oponível contra terceiros.

É de natureza obrigatória e se aplica às edificações a serem construídas, em construção ou até para as já construídas.

É utilizada de forma supletiva ao regramento da lei, não podendo com a mesma ser conflitante, na hipótese de norma cogente (toda aquela onde o legislador discipline de forma absoluta, não cabendo disposição diversa ao arbítrio das partes envolvidas - v.g. uso exclusivo por parte de um condômino da parte comum com exclusão dos demais - artigo 1.331, § 3º do Código Civil/2002). (FRAGA, 2005, p. 9)

Quanto a obrigatoriedade e importância da convenção, Nascimento Franco explica que:

A Convenção é a lei interna do edifício e, por isso, de obediência obrigatória por todos os seus ocupantes. Daí ter o síndico ação direta contra o locatário, e não propriamente contra o condômino-locador, para puni-lo no caso de violação de qualquer uma de suas disposições, bem como para obrigá-lo a desfazer obras irregulares ou remover coisas instaladas inconvenientemente. Como *lex mater*, situa-se hierarquicamente acima de toda e qualquer outra norma, como o regulamento interno, decisão da assembléia geral, resolução do conselho fiscal etc. Com efeito, todas as demais disposições constituem normas infraconvencionais, que só têm eficácia jurídica na medida em que se ajustarem à convenção e jamais quando com ela conflitarem.

No caso de edifício construído pelo sistema da incorporação regida pela Lei 4.591/64, que nessa parte não foi alterada pelo Código Civil, a minuta da futura convenção de condomínio deverá compor o rol de documentos e serem levados ao Cartório de Registro de Imóveis (art. 23, j, da referida lei). Mas a convenção propriamente dita só poderá ser registrada depois de terminado o prédio e registrada a instituição do condomínio, segundo adverte Gilberto Valente da Silva, respondendo a uma consulta sobre esse tema (cf. Boletim do IRIB 252/40). Não obstante, vai-se formando um consenso de que as disposições inseridas nessa minuta valerão como convenção provisória, inclusive para regular o rateio das despesas, enquanto não elaborada a convenção definitiva, no caso de o edifício passar a ser habitado e administrado.

Segundo dispõe o art. 1.333 do Código Civil, a convenção de condomínio edilício “deve ser subscrita por titulares de, no mínimo, 2/3 (dois terços) das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção”. Mas sua oponibilidade a terceiros começa a partir de seu registro no Cartório de Registro de Imóveis, por força do disposto no parágrafo único de mencionado artigo. (FRANCO, 2004, p. 19-20)

Tudo o que aqui se tem apresentado e formulado acerca de convenção de condomínio, com as devidas adaptações a cada caso concreto, e ao tipo e forma de Shopping Center, a este se aplica.

6.3 EFEITOS DE PUBLICIDADE DE CONVENÇÃO E REGIMENTO NO REGISTRO DE IMÓVEIS E RISCOS DE DEMANDAS JUDICIAIS INDIVIDUAIS OU COLETIVAS RESULTANTE DE INSEGURANÇA JURÍDICA EM OMISSÃO DE REGISTRO

Registro tanto de convenção, em se tratando de *Shopping Center vendido ou condominial*, quanto de regulamento ou regimento, em se tratando de *Shopping Center típico*, tem como fim dar publicidade de seus conteúdos a terceiros e evitar riscos de demandas judiciais individuais ou coletivas (MARINONI, 2008, p. 637-673) resultantes da insegurança jurídica na omissão do registro.

A situação jurídica complexa representada pela propriedade horizontal ou condomínio edilício faz com o direito de propriedade sobre a unidade não possa ser equiparado a uma propriedade ordinária. Este tipo especial de propriedade está submetido a limitações específicas para que seja possível a convivência entre os condôminos (LOUREIRO, 2021, p. 1007). Esta situação jurídica complexa tem maior amplitude em se tratando de incorporação e instituição de um Shopping Center, pois existem obrigações e direitos especiais a serem garantidos aos lojistas ou locatários.

Segundo Lamana Paiva e Décio Erpen, o sistema tabular deve ser completo. A matrícula (fólio real), em substituição a inscrições de cunho pessoal e cronológico, deve ser tão completa que dispense diligências outras, em atenção à cultura da segurança jurídica, sendo que um dos efeitos da publicidade é gerar ficção de conhecimento (PAIVA; ERPEN, 2000, p. 244-246). Para chegar-se a esse resultado, sistemas legais dispõem de órgãos aptos a produzirem os efeitos desejados. Os meios específicos constituem-se, de regra, em Repartições, Oficinas, Serviços ou Órgãos prefixados em lei, onde são estabelecidas atribuições e carga de eficácia do que produzem. Incluem-se, entre eles, os Registros Imobiliários, o Registro de Comércio, o Registro de Pessoas Naturais. Tal publicidade é denominada passiva, porque, recebendo notícia do fato ou do ato, pelo princípio da inscrição, passa tal ato a ficar disponível à comunidade, que pode solicitar certidões pertinentes. No Brasil, a parte requerente sequer necessita demonstrar legítimo interesse. A comunidade toda possui legitimidade para tanto.

Faz-se registro desses atos, no Livro 3 do Cartório Imobiliário, de modo integral ou por extrato, mas, sempre, permanecendo uma cópia arquivada, da qual se poderá dar certidão a quem a solicitar. Ainda, de modo recíproco, deve averbar-se, no Livro 2, na Matrícula do imóvel, a notícia do mesmo registro.

Convenção sem registro tem, apenas, validade para regular as relações entre as partes, não podendo o condômino negar-se ao seu cumprimento. E o mesmo aplica-se a regulamento de *Shopping Center típico ou não condominial*. Tal como confirmam literatura e legislação, relativamente a condomínio edilício, conforme Thelma Araújo Esteves Fraga:

Cumpra a ressalva de que, em muitos casos, se verifica que por mera praticidade os proprietários, à medida que vão adquirindo as unidades autônomas, acabam aderindo ao estabelecido na minuta inicial – estipulada pelo incorporador – sem que sugiram qualquer modificação, descaracterizando a própria finalidade da convenção, que seria a de ser o regimento estipulado pelos condôminos com a finalidade de reger a vida em condomínio.

A convenção de condomínio aprovada e não registrada tem validade para regular as relações entre as partes, não podendo o condômino, por esse fundamento, recusar-se ao seu cumprimento.

Antes do advento do Novo Código Civil, tal regra era de cunho doutrinário e seguida pela jurisprudência. Atualmente tal orientação é texto de lei, artigo 1.333, do retrocitado Código. (FRAGA, 2005, p. 10)

É verdade que a Lei de Registros Públicos não prevê o registro de tais atos no Ofício Imobiliário, mesmo porque Shopping Center não tem disciplina legislativa específica. No entanto, aplicando o *princípio registral imobiliário da concentração*, em que todo ato que diga respeito a imóveis deve ter ingresso no sistema registral, não resta dúvida quanto a possibilidade e necessidade de registro para o fim da publicidade dos mesmos. Assim tem entendido a literatura jurídica especializada, conforme ensinam Lamana Paiva e Décio Erpen:

O art. 167 da lei n. 6.015/73, pode ser considerado exaustivo por alguns. Todavia o apego a essa conclusão não enriquece o sistema, também porque o art. 246, da mesma lei, permite ilações no sentido de se dar elasticidade ao comando legal. Assim, a nosso ver, nenhum fato jurígeno ou ato jurídico que diga respeito à situação jurídica do imóvel ou às mudanças subjetivas pode ficar indiferente à inscrição na matrícula. Além dos atos traslativos de propriedade, das instituições de direitos reais, a ela devem ocorrer os atos judiciais, os atos que restringem a propriedade, os atos constrictivos (penhoras, arrestos, sequestros, embargos), mesmo de caráter acautelatório, às declarações de indisponibilidade, as ações pessoais reipersecutórias e as reais, os decretos de utilidade pública, as imissões nas expropriações, os decretos de quebra, os tombamentos, os comodatos, as servidões administrativas, os protestos contra a alienação de bem, os arrendamentos, as parcerias, enfim todos os atos e fatos que possam implicar a alteração jurídica da coisa, mesmo em caráter secundário, mas que possa ser oponível, sem a necessidade de buscar alhures informações outras o que conspiraria contra a dinâmica da vida. (PAIVA; ERPEN, 2000, p. 87-88) ⁴

Não registro de instituição e convenção do condomínio do empreendimento de Shopping Center resulta em insegurança jurídica que, mais cedo ou mais tarde, pode ocasionar ações individuais ou coletivas a serem decididas perante o Poder Judiciário, como se observa na jurisprudência a seguir:

Promessa de venda de fração ideal de terreno de porte, próprio para a construção de “shopping center”. Edificação e funcionamento efetivo do centro comercial. Cláusula contratual pela qual a vendedora obrigou-se a *instituir condomínio edilício*. Seu descumprimento. Ação cominatória das promissárias compradoras para obrigá-la a tanto, sob pena de “astreintes”, julgada procedente. Apelação da ré. Recurso desprovido. Direito dos integrantes da comunhão imobiliária, participantes do negócio, à paz social e à segurança jurídica. Sentença confirmada, com o acréscimo de observação no sentido de

4 No mesmo sentido escreve: SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Teoria Geral. Vol. I. Curitiba: Juruá, 2018, p. 87-88.

que, se for o caso, poder-se-á, a requerimento das autoras, proceder na forma do art. 817 do NCPD (“Se a obrigação puder ser satisfeita por terceiro, é lícito ao juiz autorizar, a requerimento do exequente, que aquele a satisfaça à custa do executado”) – TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0024611-83.2011.8.26.0405, Relator Des. Cesar Ciampolini. (grifos nossos)

Convenção de condomínio *pro indiviso* não encerra nova modalidade ou nova forma de exercício do direito de propriedade. Estipulações e convenções, disciplinando o seu exercício, estas sim representam modalidade atual, o que exige esse dinâmico exercício interpretativo, para se aquilatar a exata subsunção da hipótese a princípios registrários. Interferindo em exercício do direito de propriedade, convenção deve ter assento no respectivo registro predial, conferindo coerência aos princípios informadores. Por isso, instrumento de retificação, ratificação, alteração e consolidação de convenção de condomínio civil *pro indiviso* de Shopping Center deve ser registrado, nos termos do artigo 167 da Lei Federal nº 6.015/1973, frente ao Ofício de Imóveis correspondente.

Falta de registro de instituição, de convenção e de eventuais alterações das mesmas, relativas a Shopping Center, podem, por não ter ocorrido a publicidade registral, resultar consequências tais como consta do julgado, a seguir:

Ação de obrigação de fazer e de repetição de indébito - prestação de serviços tarifa de água e esgoto pretensão de cadastramento em múltiplas economias e de restituição dos valores pagos a maior shopping center que se alega estar subdividido em 52 unidades autônomas sentença de improcedência com base na análise das questões de natureza meramente de direito *necessidade de realização de prova pericial de vistoria do imóvel a fim de apurar a real existência de unidades autônomas passíveis de serem enquadradas como múltiplas economias*. - Impossibilidade de julgamento do mérito da causa. Julgamento do recurso convertido em diligência. (TJSP, 30ª Câmara da Seção de Direito Privado, Apelação Cível n. 1010144-22.2019.8.26.0011, Rel. Des. Andrade Neto). (grifos nossos)

Registro de tais atos, dando publicidade de seu conteúdo, é importante nas relações com terceiros, sendo relevante a averbação de suas alterações, conforme demonstra o julgado acima transcrito.

Em raciocínio de situações assemelhadas advindas de condomínio edilício em paralelo a Shopping Center, evidencia-se a importância da publicidade registral de convenções e regulamentos de Shopping Center, conforme a seguinte lição de Hamilton Quirino Câmara:

Suponha-se que a convenção de condomínio contenha uma cláusula criadora de um servidão de uso de água, ou de passagem, como condição imposta em testamento, ou no ato constitutivo, estando tal ato devidamente transcrito no componente Cartório do Registro de Imóveis.

E suponha-se que alteração da convenção tenha extinguido tal servidão, mas não tenha sido levada ao Registro. Para terceiros, eventuais beneficiários da servidão, valerá o ato registrado.

A mesma situação ocorre se houver modificação no critério de rateio, mas o ato não foi levado a registro. Uma pessoa, de boa-fé, adquire imóvel, tira certidão da convenção e depois é que toma conhecimento da alteração.

Em ambas as situações, ocorre a figura jurídica do efeito erga omnes que é atribuído aos títulos que são devidamente registrados junto ao Registro de Imóveis, isto é, os seus efeitos valem para todos.

Caso contrário, só é válido entre as próprias partes contratantes da convenção ou de sua mudança. (CÂMARA, 2007, p. 60)

Esse mesmo raciocínio vale para as cláusulas contidas em convenção e regulamento ou regimento de Shopping Center, pois registro no Cartório Imobiliário de tais atos ou suas alterações dar-lhes-ão publicidade *erga omnes*.

6.4 ALTERAÇÃO DE CONVENÇÃO E REGIMENTO E SUA AVERBAÇÃO NO OFÍCIO IMOBILIÁRIO: A QUESTÃO DA PRIVATIZAÇÃO, NO SHOPPING CENTER, DE ÁREAS COMUNS E OUTROS TEMAS

Partindo do conceito de Shopping Center e de suas espécies, assuntos já abordados, poderemos construir hipótese e possibilidades de alteração, seja de convenção, seja de regulamento ou regimento.

Shopping Center não é conceito unívoco; comporta, como demonstrado, vários tipos, formas e modalidades. Segundo cada modalidade e forma de constituição do empreendimento, teremos possibilidades diferentes de alteração de tais atos ou negócios jurídicos.

Em se tratando de *Shopping Center vendido ou condominial*, em que haverá condomínio do ponto de vista predial, certas alterações da instituição condominial e da convenção suscitarão aprovação de 2/3 (dois terços) dos proprietários, como, por exemplo, mudança de destinação do Shopping Center ou, mesmo, de seu tipo comercial, em vista do que dispõe o artigo 1.351 do Código Civil/2002, que se aplicará à hipótese. Assim, venda de sala por proprietário não pode descaracterizar o Shopping Center como um todo e, reiterando, mudança de destinação dependerá de que 2/3 (dois terços) dos proprietários aprovem, os quais podem delegar a gestor, por procuração, a administração centralizada, com o fito de eficiência.

Tema polêmico seria privatizar, com locação, áreas comuns de *Shopping Center vendido ou condominial* e, nesse caso, deve-se aplicar a mesma regra da privatização de áreas comuns em condomínio edilício. Vejamos a literatura jurídica sobre o tema, na lição de Nascimento Franco:

Outros juristas sustentam que a locação de área comum depende de anuência da totalidade dos condôminos, sendo ineficaz diferente quorum, ainda que fixado na convenção.

De nossa parte, entendemos ser conveniente evitar por todos os meios os desvios no uso das partes comuns e privativas do edifício, embora acreditemos que para simples locação a convenção pode estabelecer quorum qualificado, inspirando-se nos arts. 1.323 a 1.325 do Código Civil, e dispensar a unanimidade, salvo quando o uso da parte locada importar em inconvenientes, ainda que potenciais, para o condomínio ou para qualquer condômino. Também admissível é, nos termos dos arts. 1.331, § 5º, 1.340 e 1.344 do Código Civil, desde que autorizada quando da instituição do condomínio ou posteriormente por decisão unânime, a utilização de área definida como de uso comum, como, por exemplo, terraço de cobertura para o titular do apartamento superior, de áreas contíguas a determinada unidade, e sem possibilidade de uso senão por seus ocupantes. (fls. 197).

Na Convenção de Condomínio devem ser especificadas, claramente, as partes de uso privativo e as de uso comum. Essa discriminação tem a finalidade de definir quais são os usuários de cada uma delas.

As coisas fundamentalmente consideradas de uso comum, por força de lei, são as especificadas no art. 1.331, § 2º do Código, ou seja, o terreno em que se ergue o edifício ou o conjunto de edifícios e suas instalações, bem como as fundações, as paredes externas, o teto, as áreas internas de ventilação e tudo o mais que sirva a qualquer dependência de uso comum.

Destinadas ao uso da coletividade condominial, a privatização ou utilização exclusiva depende da previsão expressa no instrumento de instituição e convenção do condomínio, pelo que se infere dos arts. 1.331, § 5º, 1.340 e 1.344 do Código. Se após esse documento, a utilização privativa de área comum só é permitida por anuência dos condôminos, concedida através de deliberação assemblear, tomada por unanimidade ou por quorum estabelecido pela Convenção. Daí vem que, faltando licença expressa da massa condominial ou do instituidor do condomínio, expressa no instrumento de sua instituição, tudo o que se implantar numa área comum é suscetível de ser demolido, arcando o infrator com as despesas judiciais e com a obrigação de indenizar perdas e danos sofridos pelo condomínio. (FRANCO, 2004, p. 197 e 216-217)

Por outro lado, em se tratando de *Shopping Center típico ou não condominial*, em que há dono único, ou conjunto de donos com gestão centralizada, ou por pessoa jurídica, não se pode falar em condomínio, ainda que predial. Estar-se-á diante de ente único, centralizado, em que se terá maior liberdade de alterações no regulamento e na forma de organização e disposição de salas e lojas.

Mas, mesmo assim, no *Shopping Center típico ou não condominial*, não se pode ter abusos nas alterações de sua estrutura, finalidade, organização, operacionalidade etc., em vista do conceito de *sobrefundo de comércio*, construído por Ives Gandra. Tal modalidade pressupõe junção de dois *patrimônios imateriais* para fortalecimento da imagem e poder empresarial do Shopping Center: de um lado, o próprio shopping, como ente; de outro, o conjunto dos lojistas que o compõem. Ressaltando que os lojistas contribuem de modo vigoroso para o conjunto do empreendimento.

Por fim, há de se assinalar, com fundamento nos princípios registrais da publicidade e da concentração (SARMENTO FILHO, 2018, p. 58-87), que alterações, tanto em convenção, quanto em regimento de Shopping Center, devem ser averbadas na matrícula matriz correspondente ao empreendimento, junto Ofício Imobiliário da respectiva circunscrição imobiliária - Livro 02 - Registro Geral - (BRASIL, Lei Federal nº 6.015, 1973, art. 176), e, reciprocamente, no Livro 03 - Registro Auxiliar - (BRASIL, Lei Federal nº 6.015, 1973, art. 177 e art. 178, VII), dando-lhes publicidade *erga omnes*, em garantia da segurança, da boa-fé, e da proteção da confiança.

7. LOCAÇÃO E INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA EM NEGÓCIOS JURÍDICOS RELATIVOS A SHOPPING CENTER E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em negócios jurídicos referentes a contrato de compra e venda e nas relações jurídicas em que haja incorporação imobiliária e em contratos de locação de lojas e espaços de Shopping Center, há distinção quanto à aplicabilidade do CDC (Lei Federal nº 8.078/1990), o que

sobreleva a importância de registros e publicidade dos atos de instituição e convenções destes empreendimentos perante o Cartório de Registro de Imóveis, de modo a garantir a segurança jurídica dos direitos das partes, como se tem explanado neste estudo.

No que pertine a relações jurídicas e a contratos de compra e venda de lojas e espaços relativos à incorporação imobiliária de empreendimento sob a forma de Shopping Center, aplicam-se as disposições protetivas contidas no CDC. Nesse campo, o STJ considera incidir esse diploma legal, desde que o comprador seja o destinatário final do bem, sendo possível sua aplicação, inclusive, em relação à corretora imobiliária responsável pela realização do negócio (BRASIL, STJ, REsp nº 1.006.765 - ES, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

A Terceira Turma do STJ entende que o CDC atinge contratos nos quais a incorporadora se obriga a construir unidades imobiliárias mediante financiamento, assinalando que incorporadora é aquela que planeja, vende e divulga o empreendimento, diferente da construtora, que, muitas vezes, apenas executa a obra (BRASIL, STJ, AREsp 120.905, Relatora Min. Laurita Vaz).

Escreve Rodrigo Azevedo Toscano de Brito (2002, p. 235) que incorporador pode ser tido como fornecedor, adquirente pode ser visto como consumidor e unidade autônoma pode ser vista como produto, conforme se prevê no artigo 3º, § 1º, do CDC.

Já quanto a contrato de locação de espaços e lojas em Shopping Center, não se aplica o CDC, em que pese existam posições isoladas em sentido contrário, como leciona José Geraldo Brito Filomeno (2017, p. 67-68).

Segundo José Geraldo Brito Filomeno (2017, p. 67-68), não se aplicam disposições do CDC em contratos de locação de lojas e espaços em Shopping Center, por duas razões: a) a uma, por haver legislação própria a respeito com a mesma natureza que o CDC, no que concerne a preceitos de ordem pública e interesse social (Lei Federal nº 8.245/1991, artigos 45, 47 e 51); b) a duas, porque há dispositivo expresso contra a prática abusiva denunciada no caso concreto, especificamente no artigo 4º da mencionada lei de locações.

O STJ tem se manifestado pela não aplicabilidade do CDC em contratos de locação. Vejamos:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. cobrança de aluguéis. 1. MULTA CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA 83/STJ. 2. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. MORA EX RE. PRECEDENTES. 3. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REDIMENSIONAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 4. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que “não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de locação regido pela Lei n. 8.245/1991, porquanto, além de fazerem parte de microssistemas distintos do âmbito normativo do direito privado, as relações jurídicas não possuem os traços característicos da relação de consumo, previstos nos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990” (AgRg no AREsp n. 101.712/RS, Relator o Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe 6/11/2015). 2. A mora ex re independe de qualquer ato do credor, decorrendo do próprio inadimplemento de obrigação positiva, líquida e com termo implementado, nos termos do art. 397 do Código Civil atual. Precedentes. 3. O redimensionamento de verba honorária exige o revolvimento de fatos e provas dos autos, providência esta vedada no especial, em virtude do óbice do enunciado n. 7

da Súmula do STJ, compreensão relativizada apenas quando o valor fixado se mostrar irrisório ou exorbitante, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Agravo interno desprovido.

(STJ - AgInt no AREsp: 1147805 RS 2017/0193302-3, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 05/12/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2017)

Contudo, na relação jurídica entre proprietário, locatário e imobiliária, diversamente, há *relação de consumo por equiparação*, aplicando-se o CDC, conforme a jurisprudência pátria, a seguir:

JUIZADO ESPECIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO POR EQUIPARAÇÃO. RETENÇÃO INDEVIDA DE CAUÇÃO. SUCESSÃO EMPRESARIAL VERIFICADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ADMINISTRADORES IMOBILIÁRIOS PELOS DÉBITOS CONTRAÍDOS.

[...]

2. De outro lado, nos termos do artigo 17 do CDC, a relação jurídica havida entre locatário, ora recorrido, e a imobiliária que presta serviço de intermediação de locação e administração de imóveis, qualifica-se como de consumo por equiparação (Acórdão 917885, 20110110303956APC, Relator: ANA MARIA AMARANTE, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/02/2016; Acórdão nº 893916, JOÃO FISCHER, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 03/05/2017). Nesse diapasão, tendo restado claro que a recorrente inseriu-se na relação estabelecida entre os recorridos, auferindo, inclusive, os frutos econômicos do contrato entabulado, impõe-se, a fim de resguardar o consumidor (locatário), o reconhecimento da responsabilidade objetiva e solidária dos administradores imobiliários para restituição da caução indevidamente retida (artigo 14 do CDC).

(Acórdão 1139819, 07031388420188070016, Relator: SONÍRIA ROCHA CAMPOS D'ASSUNÇÃO, Primeira Turma Recursal, data de julgamento: 26/11/2018, publicado no DJE: 7/12/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ADMINISTRAÇÃO IMOBILIÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DESTINAÇÃO FINAL ECONÔMICA. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O contrato de administração imobiliária possui natureza jurídica complexa, em que convivem características de diversas modalidades contratuais típicas - corretagem, agenciamento, administração, mandato -, não se confundindo com um contrato de locação, nem necessariamente dele dependendo. 2. No cenário caracterizado pela presença da administradora na atividade de locação imobiliária se sobressaem pelo menos duas relações jurídicas distintas: a de prestação de serviços, estabelecida entre o proprietário de um ou mais imóveis e essa administradora, e a de locação propriamente dita, em que a imobiliária atua como intermediária de um contrato de locação. 3. Na primeira, o dono do imóvel ocupa a posição de destinatário final econômico daquela serventia, vale dizer, aquele que contrata os serviços de uma administradora de imóvel remunera a expertise da contratada, o know how oferecido em benefício próprio, não se tratando propriamente de atividade que agrega valor econômico ao bem. 4. É relação autônoma que pode se operar com as mais diversas nuances e num espaço de tempo totalmente aleatório, sem que sequer se tenha como objetivo a locação daquela edificação. 5. A atividade da imobiliária, que é normalmente desenvolvida com o escopo de propiciar um outro negócio jurídico, uma nova contratação, envolvendo uma terceira pessoa física ou jurídica, pode também se resumir ao cumprimento

de uma agenda de pagamentos (taxas, impostos e emolumentos) ou apenas à conservação do bem, à sua manutenção e até mesmo, em casos extremos, ao simples exercício da posse, presente uma eventual impossibilidade do próprio dono, tudo a evidenciar a sua destinação final econômica em relação ao contratante. 6. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 509304 PR 2003/0034681-0, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 16/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2013)

8. DOS DIREITOS DO LOJISTA

Os contratos entre empreendedores de Shopping Centers e lojistas são atípicos, coligados e deverão atender à sua natureza dúplice: no âmbito em que expressam a locação de um espaço comercial, regem-se pela Lei 8.245/1991 (Lei de locação de imóveis urbanos). No âmbito em que expressam o fornecimento de serviços administrativos (serviços de engenharia de consumo, mercadologia, marketing) há uma liberdade de contratar, satisfeitos os requisitos próprios dos negócios dessa natureza.

A matéria concernente a direitos de lojista apreende-se de estudo do contrato celebrado entre empreendedor e lojista, levando em conta a estrutura jurídica do Shopping Center e suas várias modalidades, cuja análise inicia-se pela fase pré-contratual. Desde o início das negociações, bem como no decurso delas, exige-se das partes postura séria, leal e sincera, combinada com o princípio da boa-fé objetiva, com fundamento no CC/2002, art. 422, regra obrigatória em todas as fases e modalidades contratuais.

O contrato firmado entre o empreendedor e lojista representa um contrato misto, que costuma apresentar entre suas características aquelas de um contrato de adesão. O lojista adere às normas impostas pela estrutura do Shopping Center, que detém o monopólio oferecido à coletividade dos lojistas.

Considerada a viabilidade de ingressar no empreendimento (o que depende de dezenas de cuidados, pois o lojista deve dirimir dúvidas que vão desde afluxo de público e concorrência a número de entradas e localização de banheiros), o lojista pode fechar negócio. O contrato celebrado entre empreendedor e lojista possui *natureza jurídica mista*⁵, pois, além do caráter locatício (reconhecido, apesar de sua atipicidade, pela Lei nº 8.245/1991), admite cláusulas inerentes a operações de Shopping, tais como: pagamento prévio de *res sperata* (direito de reserva de localização), aluguel percentual e pagamento de 13º aluguel.⁶

5 V. LIRA, Ricardo César Pereira. Breves notas sobre o negócio jurídico "shopping center". *Revista forense*, Rio de Janeiro. V. 93, n. 337, p. 397-400, jan./mar. 1997, p. 398, onde o emérito Professor Titular de Direito Civil, na UERJ, afirma que "o art. 54 da Lei nº 8.245, de 18.10.91, encerrou a discussão em torno da natureza jurídica do contrato de ocupação remunerada da loja, definindo-o como contrato de locação sobre o qual assenta forte a autonomia da vontade e conseqüentemente o princípio da liberdade contratual". No mesmo lugar, LIRA resume as posições da supramencionada discussão: "a) contrato atípico, qualificação defendida pelo saudoso Orlando Gomes; b) contrato de locação, com cláusulas especiais insuficientes para descharacterizar a locação, tese sustentada pelo eminente Caio Mário da Silva Pereira; c) contrato misto com preponderância do aspecto locatício; d) contrato de sociedade; e) 'sociedade' em conta de participação; f) contrato de estabelecimento, solução aviltada por Alfredo Buzaid, em sua última intervenção sobre a matéria".

6 V. MARTOS, Frederico Thales de Araújo. A atipicidade do contrato de locação em shopping center. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 107, n. 413, p. 625-634, jan./jun. 2011, p. 628, onde o fundador da Academia de Pesquisas e Estudos Jurídicos (APEJUR) enumera cobranças que só são feitas em contratos de locação de espaços em *Shopping Centers*, "particularidades que são únicas dessa modalidade de contrato", dentre outras, as seguintes: aluguel mínimo fixo, aluguel percentual e fundo de reserva.

Sob o manto da referida atipicidade pratica-se abuso, reflexo de concentração de poder em mãos de empreendedores. Ao lojista, oferece-se, além da locação, uma espécie de contrato de adesão, contendo cláusulas sufocantes. Exemplo é a que reserva a empreendedor o direito de estabelecer ou alterar, sempre que julgar necessário, a distribuição das atividades do empreendimento. Cláusula desse tipo oculta a intenção de poder remover lojista ou pressioná-lo a ceder seu ponto comercial. (SARMENTO FILHO, 2017, p. 34)

A supremacia do interesse do shopping sobre o do lojista reflete-se em cláusulas em razão das quais o locatário obriga-se a aceitar: - a orientação que o locador imprimir à administração do shopping; - o modo de o locador zelar pelo empreendimento como um todo; e, - alteração de características do empreendimento, com aumento ou redução de áreas (espaços comerciais ou de utilização comum), “sendo certo que, não sendo modificado o espaço comercial do locatário, esse não poderá opor qualquer objeção”. Some-se que a celebração do contrato está condicionada a adesão a Escritura Partitativa Declaratória de Normas Gerais de Locação, Administração, Funcionamento e Fiscalização do shopping, bem como a seu Regimento Interno. (SARMENTO FILHO, 2017, p. 36-37)

O lojista assina contrato de locação por prazo: - inferior a 5 (cinco) anos, sem pagamento de luvas (compra do ponto comercial) ; ou, - igual ou superior a 5 (cinco) anos, pagando-as.

No primeiro caso, não tem direito a renovação compulsória e a continuidade de seu negócio fica à mercê do empreendedor que, inclusive, pode promover ação ordinária de despejo (denúncia vazia). No entanto, o lojista pode proteger seu fundo de comércio, por meio de ajuizamento de ação de renovação compulsória de contrato de locação comercial c/c adequação de valor de aluguel, com fundamento na Lei nº 8.245/1991, art. 45, pois são nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que afastem o direito à renovação, na hipótese prevista pela Lei, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto. No entanto, o locador não está obrigado a renovar o contrato, se, por determinação do Poder Público, tiver que realizar, no imóvel, obras que, radicalmente, o transforme ou que aumente o valor do negócio ou da propriedade (Lei nº 8.245/1991, art. 52, I).

No caso do contrato com prazo igual ou superior a 5 (cinco) anos, cabe ao lojista, no contrato inicial da locação comercial, pagar luvas, na forma de *contrato de cessão de direito de uso de espaço* ou de *contrato de participação em estrutura técnica de empreendimento*. Mesmo que se discuta a legalidade de tal cobrança, consolidou-se o entendimento de que a Lei nº 8.245/1991 não a veda. O fenômeno não é mero detalhe, pois, somado ao rol de submissões impostas a lojista – tal como se acaba de alinhar –, revela a urgente necessidade de legislação específica para o tema. (SARMENTO FILHO, 2017, p. 133-134)

Para a situação estudada (as relações econômicas, negociais, de centros comerciais), assiste-se a uma endêmica exploração da pequena iniciativa (os pequenos e médios lojistas) pelo grande capital, a exigir do Direito uma postura corretiva, apta a instaurar o necessário equilíbrio entre as partes. (LIMA, 2002, p. 110).

Por serem os contratos celebrados entre os lojistas e os empreendedores de Shopping Center contratos de adesão são campo fértil para a proliferação de cláusulas iníquas e sem valor jurídico, em abuso do direito, circunstâncias que devem ser interpretadas em posição de vigilância, transparência e regras de interpretação das normas civis convencionais, sob a ótica do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se do presente trabalho que existem várias formas de se construir um empreendimento denominado Shopping Center em função das quais resultarão tratamentos jurídicos diversos, com implicações diferentes quanto ao relacionamento jurídico entre empreendedor, administrador e lojistas.

Tudo que diga respeito a Shopping Center deve ser tratado e estudado tendo em vista cada caso concreto, pois não existem dois Shopping Centers iguais, devido às particularidades específicas da constituição de cada empreendimento.

O Shopping Center, portanto, deve ser compreendido levando em conta as particularidades estruturantes de cada uma de suas modalidades ou espécies.

Os contratos entre empreendedores de Shopping Centers e lojistas são atípicos, coligados, contratos de adesão em que os lojistas se vinculam a cláusulas impostas pelos empreendedores, assistindo-se a uma endêmica exploração da pequena iniciativa (os pequenos e médios lojistas) pelos grandes empreendedores ou fundos gestores espoliadores, a exigir do Direito uma postura corretiva, apta a instaurar o necessário equilíbrio entre as partes.

O estudo de Shopping Center e suas convenções e regulamentos ou regimento têm curial importância, pois são atos normativos que modularão os contratos celebrados entre empreendimento e lojistas que o compõem.

Convenção e regimento de condomínio edilício não se equivalem, correspondentemente, aos mesmos atos normativos no Shopping Center, pois este pode ser de modalidade *vendido ou condominial* – onde haverá convenção e regimento –, mas também poderá ser *típico ou não condominial*, onde não haverá condomínio, nem convenção, mas haverá regimento ou regulamento, a ser expedido pelo empreendedor. O registro de tais atos ou negócios jurídicos deve dar-se no Cartório de Imóveis da circunscrição onde se localize o empreendimento, no Livro 3, com averbação recíproca na Matrícula do imóvel, no Livro 2, ainda quando não seja Shopping Center sob a modalidade de incorporação imobiliário ou condomínio pro diviso. O registro dará publicidade *erga omnes* de seu conteúdo, será instrumento de proteção jurídica dos contratantes, outorgando-lhes segurança jurídica.

Em negócios jurídicos referentes a relações jurídicas e em contrato de compra e venda em incorporação imobiliária em Shopping Center há incidência do CDC (Lei Federal nº 8.078/1990), porém, sem aplicabilidade em contratos de locação de lojas e espaços, salvo quando haja relação de consumo por equiparação nas relações entre locador, locatário e imobiliária.

Os contratos entre os lojistas e os empreendedores de Shopping Center são contratos de adesão, muitas vezes com cláusulas que contêm abuso do direito, as quais podem ser impugnadas, afastadas ou anuladas por serem ilícitas, em aplicação dos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, de evitar a lesão e o enriquecimento ilícito. Por isso, a importância de sua publicidade registral *erga omnes*, como acima estudado, em aplicação dos princípios registrais da concentração e da publicidade para os fins de proteção da confiança e segurança jurídica dos contratantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL, Lei Federal nº 8.245, de 18 de outubro de 1941. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL, Lei Federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, dispõe sobre os registros públicos. Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL, Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Casa Civil, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL, STJ (3. Turma). REsp: 509304 PR 2003/0034681-0. Contrato de administração imobiliária. Prestação de serviço. Destinação final econômica. Vulnerabilidade. relação de consumo. Incidência do código de defesa do consumidor. Recorrente: Apolar Imóveis LTDA. Recorrido: José Riva Sobrinho. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 23 mai. 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23305724/recurso-especial-resp-509304-pr-2003-0034681-0-stj>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL, STJ. EDcl nos EDcl no AgRg no Recurso Especial Nº 1.006.765 - ES (2007/0273156-9). Embargante: IMPRACOS - Imobiliária Praia do Costa LTDA. Embargada: Nicea Lourdes Cremasco e outros. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 12 mai. 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=42020028&tipo=51&nreg=200702731569&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150205&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL, STJ. AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 120.905 - SP (2011/0282239-0). Violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. ausência de repercussão geral. Agravante: Construtora Engebela LTDA. Agravado: Claudinei Marques Rosa e outro. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 13 mai. 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=42377390&tipo=91&nreg=201102822390&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150202&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL, STJ (3. Turma). AgInt no AREsp: 1147805 RS 2017/0193302-3. Contrato de locação. Cobrança de aluguéis. 1. Multa contratual. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Súmula 83/STJ. 2. Juros de mora. Termo inicial. Mora *ex re*. Precedentes. 3. Sucumbência recíproca. Redimensionamento dos ônus sucumbenciais. Incidência da súmula 7/STJ. 4. Agravo interno desprovido. Agravante: Janaína da Silva Nunes. Agravado: Santiago Vidal Coutinho. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 19 dez. 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861320737/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-arep-1147805-rs-2017-0193302-3>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL, TJDF, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Acórdão 1139819, 07031388420188070016. Juizado Especial. Contrato de locação. Relação de consumo por equiparação. Retenção indevida de caução. sucessão empresarial verificada. Responsabilidade solidária dos administradores imobiliários pelos débitos contraídos. Recorrente: EMIBRA Empresa Brasileira de Empreendimentos Imob LTDA-ME. Recorridos: Paulo Rubens Guedes Junior e outros. Relator: Juíza Soníria Rocha Campos D'assunção, 7 dez. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/definicao-de-consumidor-e-fornecedor/inaplicabilidade-do-cdc-nos-contratos-de-locacao>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. *Incorporação Imobiliária à luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CÂMARA, Hamilton Quirino. *Condomínio Edifício*. 2. ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Britto. Capítulo I. Relações locatícias. In: *Código de Defesa do Consumidor*: comentários pelos autores do anteprojeto. GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* 11ª ed. Rio de Janeiro: 2017. p. 141-174.

FRAGA, Thelma Araújo Esteves et. al. *Condomínio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.

FRANCO, J. Nascimento. *Condomínio*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

LEONARDI, Renzo. O novo panorama do condomínio edilício. In: CASCONI, Francisco Antônio; AMORIM, José Roberto Neves. *Condomínio edilício: aspectos relevantes: aplicação do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. Aluguel em Shopping Center: abusos e ilegalidades. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil* – nº 17 – Maio-Jun/2002.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: teoria e prática*. 11ª ed. ver. atual e ampl. – Salvador: Editora Jupodivm, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A natureza jurídica das locações comerciais dos “Shopping Centers”. In: PINTO, Roberto W. Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (Coord.). *Shopping centers: questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARTOS, Frederico Thales de Araújo. A atipicidade do contrato de locação em shopping center. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 107, n. 413, p. 625-634, jan./jun. 2011, p. 628.

PAIVA, João Pedro Lamana; ERPEN, Décio Antônio. Princípio da concentração. Estudos de direito registral imobiliário. In: *XXVII ENCONTRO DE OFICIAIS DE REGISTRO DE IMÓVEIS DO BRASIL*, Vitória/2000.

SÃO PAULO (Estado), TJSP, 30ª Câmara da Seção de Direito Privado. Apelação Cível n. 1010144-22.2019.8.26.0011. Ação de obrigação de fazer e de repetição de indébito - Prestação de serviços - Tarifa de água e esgoto - Pretensão de cadastramento em múltiplas economias e de restituição dos valores pagos a maior - Shopping Center que se alega estar subdividido em 52 unidades autônomas - Sentença de improcedência com base na análise das questões de natureza meramente de direito - Necessidade de realização de prova pericial de vistoria do imóvel a fim de apurar a real existência de unidades autônomas passíveis de serem enquadradas como múltiplas economias - Impossibilidade de julgamento do mérito da causa - julgamento do recurso convertido em diligência. Apelante: Associação do Top Center. Apelada: CIA de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP. Relator: Desembargador Andrade Neto. 7 jul. 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14797988&cdForo=0>. Acesso em: 18 set. 2021.

SÃO PAULO (Estado), TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 0024611-83.2011.8.26.0405. Promessa de venda de fração ideal de terreno de porte, próprio para a construção de “shopping center”. Edificação e funcionamento efetivo do centro comercial. Cláusula contratual pela qual a vendedora obrigou-se a instituir condomínio edilício. Seu descumprimento. Ação cominatória das promissárias compradoras para obrigá-la a tanto, sob pena de “astreintes”, julgada procedente. Apelação da ré. Recurso desprovido. Direito dos integrantes da comunhão imobiliária, participantes do negócio, à paz social e à segurança jurídica. Sentença confirmada, com o acréscimo de observação no sentido de que, se for o caso, poder-se-á, a requerimento das autoras, proceder na forma do art. 817 do NCPC (“Se a obrigação puder ser satisfeita por terceiro, é lícito ao juiz autorizar, a requerimento do exequente, que aquele a satisfaça à custa do executado”). Apelante: Wal-Mart Brasil LTDA. Apelados: Real Bragança Empreendimentos Imobiliários LTDA e outros. Relator: Desembargador Cesar Ciampolini, 12 abr. 2016. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=9357489&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_9f66b7bb98f5412b9ffeb83220f87f0c&g-recaptcha-response=03AGdBq257HbGcLxAbMEPy-1rf1ZLKQmw_hfXzQcMxawpFVG6EINIKclg6bFSA7H_AIRJFnGz1c3rj2FbFR2VIH6tgskJH8KZFLcGczlZB_BKN-7qJfQoB3_viangKiXN_nuiKzEZ4AN_dKpwEagr0dromlei1grtJ3Fpm04i92WuHAATiVBDJqapyld90sgG6Ui-z9R062e-kVhKHb4h1hsAf9uJPwFGB35UKRP0j_qwxwOFI7Rwbn0DCfHiATw7wZEfiZrVH8BWYyYeX00r2H1AcT-gltFpHpcumc8qZEV_AEB8ccA6Uj6ExzHDv8dtEsXjCwJY5M9jv0p-leRgpDdtQrl-c2ItiPans1s4wiECyRTTKKHTIX-q32S803loswCHXWnXutevykzmDDTI55h-ZADMmFsLA7yF18e88lqw0pvQ89006YDImkf-vrCTmQrMkbAi-jf-hQl-7vOAwz1_5vt4jwVphrKieUg. Acesso: 18 set. 2021.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Direito registral imobiliário*. Teoria Geral. v. I. Curitiba: Juruá, 2018.

VERRI, Maria Elisa Gualandi. *Shopping Centers: Aspectos jurídicos e suas origens*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 29/09/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/09/2021
- Avaliação 1: 18/11/2021
- Avaliação 2: 06/12/2021
- Decisão editorial preliminar: 08/12/2021
- Retorno rodada de correções: 20/12/2021
- Decisão editorial/aprovado: 12/01/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A VALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS TRABALHISTAS: ANÁLISES PONTUAIS E IMPRESCINDÍVEIS

THE VALIDITY OF THE COMMITMENT CLAUSE OF ARBITRATION IN LABOR CONTRACTS: PUNCTUAL AND ESSENTIAL ANALYZES

CLÁUDIO JANNOTTI DA ROCHA¹
MARIA JÚLIA FERREIRA MANSUR²
DANIELLA GONÇALVES STEFANELLI³

RESUMO

O art. 507-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), possibilitou a pactuação da cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de trabalho individuais que atendam aos requisitos especificados no referido dispositivo legal. Isso significa que o empregado e o empregador, quando da celebração do negócio jurídico que deflagra o vínculo laboral, podem estabelecer que os conflitos dele oriundos serão solucionados mediante o método heterocompositivo em estudo, afastando, assim, a jurisdição estatal. Diante das particularidades dos direitos trabalhistas, torna-se premente verificar a compatibilidade da arbitragem com essa seara; para tanto, após breve exposição dos aspectos gerais do instituto no direito brasileiro e aprofundamento do seu exame no âmbito laboral, será feita concisa pesquisa, a fim de apurar a validade da cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de trabalho individuais. Adianta-se que a conclusão da pesquisa, filiada à linha crítico-metodológica e à vertente jurídico-teórica, trabalhadas pelo raciocínio indutivo, é que o art. 507-A da CLT é inconstitucional, devendo ser interpretado à luz da CRFB e norteado pelos princípios da proteção e da indisponibilidade dos direitos laborais, ante a assimetria entre empregados e empregadores. Contudo, considerando que o art. 507-A da CLT expressamente autoriza a aplicação do instituto à seara trabalhista e que ele já vem sendo utilizado nas relações laborais, é necessário utilizar métodos que garantam melhor proteção aos obreiros, impedindo que venham a ser lesados, o que requer atribuição de papel de relevo aos juízes togado e arbitral.

Palavras-chave: Arbitragem. Cláusula Compromissória. Reforma Trabalhista.

- 1 Professor Adjunto do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>.
- 2 Aluna Especial do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro dos Grupos de Pesquisa "O direito civil na pós-modernidade jurídica" (UFES-CNPq) e "Trabalho, seguridade social e processo: diálogos e críticas" (UFES-CNPq). Advogada. Pesquisadora. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5848-2020>.
- 3 Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro dos Grupos de Pesquisa "O direito civil na pós-modernidade jurídica" (UFES-CNPq) e "Trabalho, seguridade social e processo: diálogos e críticas" (UFES-CNPq). Advogada. Pesquisadora. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4651-3288>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MANSUR, Maria Júlia Ferreira; STEFANELLI, Daniella Gonçalves. A validade da cláusula compromissória de arbitragem nos contratos trabalhistas: análises pontuais e imprescindíveis. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 213, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8452>.

ABSTRACT

The article 507-A of the CLT, included by Law nº 13.467/2017 (Labor Reform), made it possible to formalize the arbitration clause in individual employment contracts that meet the requirements specified in said legal provision. This means that the employee and the employer, when entering into the legal transaction that triggers the employment relationship, can establish that the conflicts arising from it will be resolved through the heterocomposition method under study, thus removing the state jurisdiction. Given the particularities of labor rights, it is urgent to verify the compatibility of arbitration with this area; to this end, after a brief explanation of the general aspects of the institute in Brazilian's law and further examination in the labor field, a concise research will be carried out in order to ascertain the validity of the arbitration clause in individual employment contracts. The conclusion of the research, affiliated with the critical-methodological line and the legal-theoretical aspect, worked by inductive reasoning, is that article 507-A of the CLT is unconstitutional, must be interpreted in the light of the CRFB and guided by the principles of protection and unavailability of labor rights, given the asymmetry between employees and employers. However, considering that art. 507-A of the CLT expressly authorizes the application of the institute to the labor field and since it has already been used in labor relations, it is necessary to use methods that ensure better protection to the workers, preventing them from being harmed, which requires assignment of the role of relief to the judges in charge and arbitration judges.

Keywords: Arbitration. Arbitration Clause. Labor Reform.

1. INTRODUÇÃO

O direito material do trabalho é fruto de questões sociais que emergiram com a Primeira Revolução Industrial (1760-1860), questões sociais estas que despertaram a população para a necessidade de garantia de condições mínimas aos trabalhadores das indústrias, voltadas para a preservação e a manutenção da dignidade desses obreiros. Igualmente, o direito processual do trabalho exsurge como instrumento apto à proteção dos trabalhadores, mediante a garantia e oportunização do acesso à justiça, imprescindível à composição justa de conflitos laborais.

A hipossuficiência do obreiro, é, portanto, preceito presente na matéria trabalhista desde a sua origem, não parecendo demais afirmar que foi fator fundamental para o desenvolvimento desse ramo do direito, que continua sendo delineado e orientado a partir da vulnerabilidade do empregado frente ao empregador, máxime no concernente aos princípios próprios dos direitos material e processual do trabalho que refletem e concretizam as diretrizes constitucionais.

Nesse diapasão, o entendimento majoritário, esposado tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina laborais, pelo menos até a Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/2017, era no sentido de que a arbitragem, enquanto método heterocompositivo de solução de conflitos realizado fora dos lindes da jurisdição estatal, não era compatível com os conflitos individuais trabalhistas, o que obstava a sua aplicação à maior parte das demandas ajuizadas perante a Justiça do Trabalho. O posicionamento era assente acerca da possibilidade da realização da arbitragem, tão somente, com relação aos conflitos coletivos trabalhistas.

Embora a Lei nº 9.307/1996 tratasse há muito sobre a arbitragem, o direito brasileiro, como um todo, não contava com uma cultura ou uma tradição de resolução de conflitos por meio dessa via. Apenas com o advento do Código de Processo Civil (CPC), instituído pela Lei nº 13.105/2015, a utilização dos métodos alternativos, entre eles a arbitragem, passou a ser incentivada, especialmente nos âmbitos civil e processual civil.

A seu turno, a doutrina e a jurisprudência laborais, como também a Justiça do Trabalho, passaram a conferir destaques à arbitragem apenas depois da introdução do art. 507-A na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por intermédio da Reforma Trabalhista efetivada pela Lei nº 13.467/2017. O referido enunciado normativo tornou possível a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem nos contratos individuais de trabalho, como opção para dirimir os litígios deles oriundos, quando o trabalhador receber remuneração superior ao dobro do teto dos benefícios da Previdência Social, equivalente a pouco mais de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Como será visto adiante, não acredita-se, tampouco defende-se, que a via arbitral deva ser utilizada para solucionar os conflitos decorrentes dos contratos individuais de trabalho, pois tem-se a convicção de que o método alternativo em estudo é incompatível com as demandas laborais de cunho individual, marcadas, como regra, pela vulnerabilidade e hipossuficiência do empregado perante o empregador. Entretanto, fato é que, legalmente, a pactuação da cláusula compromissória de arbitragem é autorizada - e vem sendo utilizada nas controvérsias trabalhistas - ante a previsão expressa do art. 507-A da CLT.

Por essa razão, ganha importância a análise dos impactos que a inclusão e a incorporação da arbitragem, método extrajudicial heterocompositivo, à seara trabalhista podem desencadear para a resolução de conflitos, mormente os com natureza individual, análise esta que reivindica reflexões a respeito dos modos pelos quais a proteção do obreiro, com a estrita observância dos princípios que regem e orientam os direitos material e processual do trabalho, pode ser garantida de forma que a parte hipossuficiente da relação empregatícia não seja lesada com a arbitragem. Defende-se, neste ensaio, que os juízes, sejam eles togados ou arbitrais, exercem um importante papel quanto à promoção da proteção dos trabalhadores, sendo aqui abordado como eles podem e devem proceder para efetivarem a tutela de direitos e garantias da parte hipossuficiente.

A presente pesquisa tem por objetivo explicar a arbitragem de uma maneira geral, mas voltada ao direito do trabalho, por meio do exame da compatibilidade entre esse método alternativo e os conflitos individuais trabalhistas, com vistas a verificar e a refletir formas e os modos de proteção do obreiro, para evitar que ele seja prejudicado pela pactuação da cláusula arbitral.

Destaca-se que os autores não pretendem oferecer solução completa para a problemática em voga, tampouco esgotar o estudo do tema, mas apenas suscitar questões e pontos para a sua discussão, haja vista tratar-se de um assunto relativamente novo na seara trabalhista no tangente às demandas individuais, com pouco respaldo e substrato na doutrina e na jurisprudência, principalmente pela ótica dos trabalhadores hipersuficientes, um conceito novo trazido pela Reforma Trabalhista, promovida pela Lei nº 13.467/2017, que apresenta, até certo ponto, contraposição para com a ideia de hipossuficiência e vulnerabilidade do obreiro.

A pesquisa, filiada à linha crítico-metodológica, utiliza a vertente jurídico-teórica para o seu desenvolvimento, pois a aproximação entre os planos teórico e prático, por intermédio do emprego de elementos conceituais e doutrinários extraídos da revisão bibliográfica e do estudo legislativo e jurisprudencial, com o intuito de apreender o instituto jurídico e os seus impactos também por uma ótica social, econômica e cultural, é imprescindível para averiguar e apurar a compatibilidade da arbitragem com o direito laboral, a possibilidade de pactuação da cláusula compromissória arbitral no bojo de contratos individuais de trabalho e os agentes,

os modos e os instrumentos para atenuar e obstar os efeitos deletérios do método à proteção do obreiro.

Com relação à investigação, os tipos jurídico-interpretativo e jurídico-propositivo serão empregados, para que a apreensão do problema objeto do estudo, viabilizada pela realização de procedimento analítico de decomposição, permita a resolução concreta de eventuais impasses de ordem jurídica, cultural, econômica e social pelo questionamento de normas e de institutos jurídicos no todo. Lado outro, o raciocínio utilizado será o indutivo, por partir-se da verificação de fatos e fenômenos em busca de constatações gerais que possam, segundo o caso, servir como premissas comuns para os diversos aspectos da matéria e da problemática ora discutidas.

2. APONTAMENTOS SOBRE O INSTITUTO DA ARBITRAGEM

A arbitragem é um instituto muito antigo, tendo “origem e precedentes históricos que se confundem com a história do direito e também com a história da humanidade” (ZAPPALÁ, 2011, p. 102), ademais, é cronologicamente anterior às formas de administração judiciária (ZAPPALÁ, 2011, p. 101).

Não obstante a historicidade do instituto, possuindo, a arbitragem, regramento próprio no direito brasileiro desde 1996, com a Lei nº 9.307, lei esta que trouxe vários avanços estipulados em tratados internacionais (FRANCO, 2002, p. 253) –, este método heterocompositivo de solução de conflitos (SCAVONE JR, 2018, p. 18) somente ganhou maior destaque na ordem interna, enquanto modalidade autônoma de jurisdição, com a previsão contida no art. 3º, §1º, do CPC, a despeito de não ter inovado, textualmente, a ordem jurídica, tampouco conferido nova classificação ao instituto. Isso porque, o art. 18 da Lei nº 9.307/1996, ainda vigente, já dispunha sobre a equiparação do juiz arbitral ao juiz togado, bem como acerca da qualidade da sentença prolatada pelo último, consistente em título executivo judicial que dispensa posterior homologação judicial.

O exposto reconhecimento do caráter jurisdicional e da independência do método da arbitragem, face da atividade judiciária, pela legislação processual civil, fortalece o “instituto como meio alternativo de solução de conflitos” (SCAVONE JR, 2018, p. 18), o que, além de conferir destaque para a matéria, possibilita o “desenvolvimento como importante mecanismo para consecução do objeto maior do direito: a paz social” (SCAVONE JR, 2018, p. 18).

A arbitragem pode ser conceituada como “mecanismo jurisdicional não judiciário” (REZEK, 2014, p. 209) de solução de contendas. Um método extrajudicial (RODOVALHO, 2015, p. 10) em que um terceiro imparcial, o juiz arbitral, pacifica uma controvérsia. Noutras palavras, é “meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como um título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria” (SCAVONE JR, 2018, p. 19).

Tem-se, portanto, que a arbitragem é classificada como um método alternativo de solução de conflitos, compreendendo “uma opção mais simples e informal que aquela ofertada pelo Poder Judiciário e que tem como objetivo fundamental a busca e concretização de que trata o tão almejado princípio da celeridade das decisões” (GADELHA, 2013, p. 107). A arbitragem, a despeito de não consistir em jurisdição estatal, “possui o condão de produzir os mesmos efeitos” (GADELHA, 2013, p. 107) do processo judicial, mesmo porque o árbitro, assim como o juiz togado, substitui as vontades das partes e decide o caso concreto segundo o direito, inclusive a partir de “métodos integrativos de raciocínio jurídico, a analogia e a equidade” (REZEK, 2014, p. 204), quando a norma jurídica é insuficiente ou inexistente.

Contudo, cabe pontuar que as jurisdições arbitral e a judiciária diferem pelo fato desta última ser “implementada diretamente por órgãos judiciários permanentes” (LIMA, 2008, p. 11), ao passo que a atividade exercida pelo árbitro apresenta um caráter transitório. Quer isso dizer que a função jurisdicional arbitral é transitória, destinada a decidir, tão somente, a matéria que lhe fora confiada, sendo, por isso, qualificada como avulsa e não profissional (REZEK, 2014, p. 209).

De uma forma geral, a arbitragem mostra-se mais vantajosas em alguns pontos: (a) as causas judiciais tendem a demandar bastante tempo e a serem caras financeiramente falando, enquanto a arbitragem é uma saída para os litigantes que buscam velocidade e economia financeira; (b) a arbitragem prescinde de padrões solenes de julgamento; e (c) a grande habilidade dos árbitros, por serem especialistas renomados (OLIVEIRA; ZANQUIM JUNIOR; ESPÍNDOLA, 2016, p. 149).

As conceituações e explanações expostas até então compreendem as principais características da jurisdição arbitral. Todavia, importante destacar a feição contratual que reveste o instituto, fruto da expressão da vontade das partes (LIMA, 2008, p. 12), seja para se submeterem ao referido método jurisdicional ou para estabelecerem as regras que regerão o seu procedimento (REZEK, 2014, p. 209). Nesse diapasão, arbitragem trata de “um exercício da própria liberdade das partes” (RODOVAHO, 2015, p. 10), que têm autonomia para optar pelo meio e pelo modo como o conflito será solucionado. Para tanto, basta que as partes preencham os requisitos do art. 1º da Lei nº 9.307/1996: serem civilmente capazes e o objeto tratar de direito patrimonial disponível. O art. 42 do CPC, por exemplo, destaca esse exercício de liberdade das partes ao facultar aos envolvidos na desavença a instituição de um juízo arbitral e determinar o afastamento da jurisdição estatal em hipóteses em que houver esta escolha, isto é, quando as partes optarem pela jurisdição contratual, conforme a lei.

Há, ainda, outros pontos: o método arbitral é estabelecido pelos interessados a partir da celebração do negócio jurídico, materializado “em instrumento formal escrito, denominado convenção de arbitragem” (MAIA NETO; RENNO; CREMASCO, 2015, p. 18); e uma vez iniciado, o procedimento arbitral é conduzido por um árbitro que exerce atividade jurisdicional e encerrado com a prolação de uma sentença, apta a fazer a coisa julgada material (SCAVONE JR, 2018, p. 20), o que explicita que a autonomia das partes se limita a escolher a jurisdição contratual e a delinear a convenção de arbitragem.

Realizados alguns apontamentos gerais sobre o instituto arbitral, considerados relevantes para a compreensão do debate do tema proposto no presente artigo, necessário perquirir um pouco mais sobre o modo e a forma com que as partes podem optar pela jurisdição con-

tratual. Antes, ressalva-se que a análise realizada nestes tópicos, a princípio, busca tratar da arbitragem como é trazida pela legislação e pela doutrina, ainda sem um viés muito crítico.

2.1 A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Por força do art. 3º da Lei nº 9.307/1996, as partes que optem por instituir um juízo arbitral para dirimir seus conflitos devem, necessariamente, convencionar sobre o assunto, mediante o ajuste da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral. A simples leitura desse artigo de lei permite concluir que “convenção de arbitragem é gênero do qual são espécies a cláusula arbitral (cláusula compromissória) e o compromisso arbitral” (SCAVONE JR, 2018, p. 104).

Assim como a legislação, parte da doutrina não tem a praxe de definir, explicitamente, o que é a convenção de arbitragem, haja vista se dedicar, sobretudo, para o estudo das suas formas de manifestação (cláusula compromissória ou compromisso arbitral). Logo, é mais comum que seja sintetizada como um negócio jurídico contratual formal que evidencia a opção pelo instituto arbitral (MAIA NETO; RENNO; CREMASCO, 2015, p. 18) ou, ainda, como “o espaço da liberdade para as partes contratarem livremente (nos limites da lei) a arbitragem e seus detalhes” (CAHALI, 2015, p. 64).

Percebe-se que a arbitragem não pode ser imposta, sequer por lei (SCAVONE JR., 2018, p. 101), mas, uma vez convencionada, mediante “manifestação volitiva livre e consciente” (SCAVONE JR., 2018, p. 101), a via arbitral torna-se obrigatória em razão do princípio da autonomia privada.

A convenção arbitral “afasta a competência do juiz estatal para processar e julgar demanda perante o Poder Judiciário, sendo causa, inclusive, de extinção do processo sem a resolução de mérito, desde que invocada pelo interessado, a tempo e modo, na sua contestação” (MAIA NETO; RENNO; CREMASCO, 2015, p. 18), consoante o estatuído pelo art. 337, X, c/c art. 485, VII, ambos do CPC (SCAVONE JR, 2018, p. 101).

Ademais, o momento em que estabelecida a opção pela via da arbitragem é de grande importância para determinar qual das espécies será utilizada pelas partes: se a pactuação ocorrer previamente ao conflito, consistirá em cláusula compromissória de arbitragem; se a celebração for decorrência do início da lide, posterior ao surgimento da controvérsia, será um compromisso arbitral (MAIA NETO; RENNO; CREMASCO, 2015, p. 18).

A legislação estabelece, também, a necessidade desta convenção ser formulada por escrito e a sua ocorrência pode ser extrajudicial, se resultar de um “comum acordo pelas partes de forma privada” (MAIA NETO; RENNO; CREMASCO, 2015, p. 23), bem como judicial, se fruto de “ação de instituição compulsória da arbitragem [...] ou [...] acordo de vontades no curso de um processo judicial” (MAIA NETO; RENNO; CREMASCO, 2015, p. 23), o que remonta para o art. 7º da Lei nº 9.307/1996.

Diversos doutrinadores conceituam a cláusula compromissória de arbitragem como a obrigação de submeter futuras e eventuais contendas ao juízo arbitral, ainda que ajustada pelos contratantes posteriormente ao tempo da celebração do contrato (SCAVONE JR, 2018, p. 104), qualificando-a como a espécie de convenção de arbitragem preventiva (CAHALI, 2015, p. 64).

O art. 4º da Lei nº 9.307/1996 também é expresso quanto ao fato de a cláusula arbitral ser um compromisso de submeter ao método arbitral os “litígios que possam vir a surgir” do contrato. O dispositivo em tela, além de sobressaltar a força vinculante da cláusula, a qual só pode ser afastada por renúncia expressa ou tácita das partes, estipulou a sua forma de ajuste, a saber, a escrita, podendo estar inserida no bojo do próprio contrato ou em documento apartado. Pode, então, a cláusula compromissória de arbitragem ser considerada, simultaneamente, como (a) fato jurídico, pois afetada pelo direito; (b) ato jurídico, visto tratar de fato jurídico voluntário; (c) negócio jurídico, por gerar obrigação às partes; (d) contrato, posto “resultar de atos negociais” volitivos que convergem para o “propósito de criar direito de ação” (LIMA, 2008, p. 69).

Essa espécie de convenção de arbitragem é subdividida em cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia. Será cheia se seu teor revelar “os requisitos mínimos para que possa ser instaurado o procedimento arbitral” (SCAVONE JR, 2018, p. 105), “especificar de forma clara e precisa as regras de indicação dos árbitros ou o regulamento de arbitragem que será adotado” (MAIA NETO; RENNO; CREMASCO, 2015, p. 18), à vista do estatuído no art. 5º da Lei nº 9.307/1996, que viabiliza a instauração do procedimento arbitral para solucionar o conflito.

As partes podem optar por uma arbitragem institucional, ocasião em que a simples menção ao regulamento de uma entidade especializada já é suficiente para a confecção da cláusula compromissória cheia, tendo em vista que esta contém procedimentos e regras preestabelecidos de instauração da arbitragem que vinculam as partes (SCAVONE JR., 2018, p. 105). Entretanto, se os contratantes elegem a arbitragem *ad hoc*, cabe a eles pactuar a forma de indicação do árbitro e instauração da arbitragem (MAIA NETO; RENNO; CREMASCO, 2015, p. 20).

A seu turno, a cláusula compromissória vazia apenas faz menção ao fato de as partes terem elegido a “arbitragem como método de solução de conflitos” (MAIA NETO; RENNO; CREMASCO, 2015, p. 18), sem que seu conteúdo estipule as regras procedimentais ou indique os regulamentos de uma entidade especializada (SCAVONE JR, 2018, p. 106). Nessa hipótese, com o surgir da contenda, os contratantes deverão celebrar um compromisso arbitral que cesse a “inviabilidade da pronta provocação” deste tipo de juízo (CAHALI, 2015, p. 66).

Vale destacar que “mesmo diante de uma cláusula compromissória vazia já há pelas partes renúncia à jurisdição estatal quanto à matéria objeto do contrato, e esta iniciativa vincula os contratantes”, logo, é óbice para a utilização da via judicial (CAHALI, 2015, p. 66).

A prática contratual criou uma terceira modalidade de cláusula compromissória, a escalonada, que trata a “previsão expressa da busca pela solução da controvérsia por meio de mediação ou conciliação previamente à arbitragem (*cláusula med-arb*), ou em uma fase própria durante seu procedimento, com a suspensão deste (*cláusula arb-med*)” (CAHALI, 2015, p. 69).

Em relação ao compromisso arbitral, de forma breve – por não se tratar de objeto principal do presente estudo –, calha pontuar que é utilizado quando (a) os contratantes não estipularam uma cláusula arbitral (CAHALI, 2015, p. 70) ou quando (b) esta foi estipulada na modalidade vazia (SCAVONE JR, 2018, p. 106), sendo necessário, por esse motivo, estabelecer seu conteúdo. Para o primeiro contexto de celebração do compromisso arbitral, tem-se que a convenção de arbitragem pode “se manifestar antes ou durante a demanda judicial”

(SCAVONE JR, 2018, p. 109), oportunidades em que obstará o acesso ao Judiciário e ensejará a extinção do processo, sem a apreciação do seu mérito, respectivamente.

Realizadas as breves considerações sobre a arbitragem no direito brasileiro, torna-se possível perquirir como o instituto se apresenta no âmbito da Justiça Laboral, quanto à sua compatibilidade com esse ramo do direito, e, em caso de incompatibilidade, os meios para minimizar os danos relacionados à aplicação da arbitragem.

3. O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O ordenamento jurídico brasileiro possui leis que dispõem a respeito da arbitragem, leis estas que, por força do art. 8º, §1º, c/c art. 769, da CLT, podem ser aplicadas subsidiariamente aos direitos material e processual do trabalho (BEZERRA LEITE, 2017, p. 151). Contudo, até a vigência da Reforma Trabalhista realizada pela Lei nº 13.467/2017, discutia-se o alcance da utilização desse método heterocompositivo na Justiça do Trabalho: se cabível para a resolução de conflitos de caráter individual e/ou coletivo (SCAVONE JR, 2018, p. 46).

Não obstante a expressa previsão legal do art. 114, §1º (“frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”) e §2º (“recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem[...]”), da CRFB, a via arbitral raramente era empregada para a solução de litígios trabalhistas (BEZERRA LEITE, 2017, p. 151). Quanto a este aspecto, registra-se que o dispositivo constitucional apenas menciona as negociações coletivas, restando omissis no concernente à admissão da arbitragem nos conflitos trabalhistas individuais, assim como a CLT (VEIGA, 2011).

Também a Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 22/1992 e promulgado pelo Decreto nº 1.256/1994, traz a arbitragem como método de negociação coletiva, definida pelo art. 2º como a realizada entre, “de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores”, com finalidades voltadas à fixação das condições de trabalho e emprego; regulação das relações entre empregadores e empregados, além da regulação do vínculo entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de empregados para alcançar os fins propostos..

Observa-se, pois, que a relação entre a arbitragem e os conflitos laborais não é recente, remontando, a sua utilização voluntária à resolução dos litígios coletivos, a princípio oriundos de contratos coletivos de trabalho e das greves, para o final do Século XVIII, quando, muito em razão dos esforços empreendidos na Primeira Revolução Industrial, a classe trabalhadora, então organizada, conquistou direitos e fundou os primeiros sindicatos (ZAPPALÁ, 2011, p. 124).

A “tradição” pela qual a via arbitral servia para dirimir controvérsias muito específicas do direito material do trabalho, todas voltadas ao direito coletivo, sem compreender o individual em nenhuma medida, foi incorporada pelos legisladores e pelos constituintes brasileiros:

“A postura do legislador é evidente. No plano dos conflitos coletivos, todo o apoio às fórmulas extrajudiciais de solução como a negociação coletiva e a arbitragem, remanescendo a via judicial apenas como última opção. No campo dos litígios laborais individuais, o caminho da ação judicial é apresentado como via adequada para validamente compor a lide, sem qualquer estímulo ao uso de ferramentas extrajudiciais como a mediação ou a convenção arbitral.” (TEIXEIRA, 2017, p. 162).

Os entendimentos doutrinário e jurisprudencial eram no sentido de que a arbitragem, no âmbito trabalhista, somente alcançava demandas coletivas decorrentes de greve (arts. 3º e 7º da Lei nº 7.783/1989) e participação nos lucros (art. 4º da Lei nº 10.101/2000) (SCAVONE JR, 2018, p. 47). Por muito tempo, a possibilidade de aplicação da via arbitral para a solução de conflitos provenientes de litígios individuais restou afastada, sendo a jurisprudência refratária quanto ao tema (BEZERRA LEITE, 2017, p. 152).

Um dos fundamentos para a negativa da viabilidade da arbitragem na esfera trabalhista, relativamente às causas individuais era – e ainda é –, a indisponibilidade dos direitos em discussão (MENDONÇA, 2011). Como exemplo, julgados do Tribunal Superior do Trabalho, por diversas vezes, sedimentaram que “a arbitragem é instituto pertinente e recomendável a outros campos normativos [...] em que há equivalência de poder entre as partes envolvidas, mostrando-se, contudo, sem adequação [...] no que diz respeito ao âmbito das relações individuais laborativas” (TST-RR 192700-74.2007.5.02.0002, Rel. Ministro Maurício Godinho Delgado, 6ª Turma, Julgamento: 19.05.2010, Publicação no DEJT: 28.05.2010). Nesta oportunidade, o relator ainda consignou que o sucesso da arbitragem está atrelado a segmentos jurídicos caracterizados pela forte presença da autonomia privada, fator que somente ratifica o desajuste do mecanismo em ramos jurídicos que rechaçam o princípio civilista tradicional (DELGADO, 2015, p. 1546).

Houve, por parte da doutrina e da jurisprudência, manifestação majoritária em sentido contrário à aplicação da arbitragem para a solução de conflitos individuais trabalhistas, ante a hipossuficiência do trabalhador, a irrenunciabilidade do crédito trabalhista, o direito de acesso amplo e irrestrito do obreiro à justiça e o estado de subordinação a que ele é submetido durante todo o contrato de trabalho (SCHIAVI, 2017, p. 67). Acresça-se que o art. 114, §1º e §2º, da CRFB é restrito aos conflitos coletivos trabalhistas, posto sua incidência na área laboral individual mostrar-se incompatível com princípios informadores da matéria, a citar: a proteção e a indisponibilidade de direitos individuais dos trabalhadores (BEZERRA LEITE, 2017, p. 428).

Contudo, com a vigência da Lei nº 13.467/2017, que efetivou a Reforma Trabalhista, passou a ser expressamente autorizada a arbitragem na esfera trabalhista como um todo, inclusive nas lides que têm por objeto direitos individuais dos empregados, devido à inclusão do art. 507-A na CLT. Segundo o enunciado normativa em estudo:

“Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Percebe-se, portanto, com a leitura do dispositivo supratranscrito, a necessidade de o empregado (a) solicitar firmarão empregados a pactuação da cláusula compromissória de arbitragem ou (b) concordar expressamente para com a sua pactuação. Destaca-se que a cláusula arbitral, uma vez inserida no contrato de trabalho individual, deve ser negritada e conter assinatura ou visto do obreiro, consoante a forma prescrita pelo art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/1996, que regula e disciplina os contratos de adesão (SCAVONE JR, 2018, p. 46).

O art. 507-A da CLT incorporou, também, a figura dos “empregados hipersuficientes”, assim considerados os que receberem remuneração em valor superior ao equivalente ao dobro do teto fixado para os benefícios da Previdência Social. A partir de um critério puramente objetivo, a legislação atribuiu, a esses trabalhadores, a ideia abstrata de que detêm um maior discernimento para manifestarem a sua vontade no referente aos seus direitos trabalhistas (LIMA JR, 2018), o que, particularmente, configura um tipo de presunção *juris tantum*, admitindo prova em contrário.

A hipersuficiência consta no art. 444, parágrafo único, da CLT, porém, diversamente do art. 507-A da CLT, está presente, além do requisito monetário, a necessidade de o empregado ser portador de um diploma de nível superior. Para que seja pactuada cláusula compromissória de arbitragem sequer é preciso que o obreiro tenha uma formação profissional de nível superior, houve, portanto, o estabelecimento de um requisito único e não um requisito duplo pela legislação no tocante à cláusula arbitral, diferindo do artigo retro (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 191).

Neste diapasão, a introdução do art. 507-A na CLT inovou, sobremaneira, a ordem jurídica ao ampliar a abrangência da jurisdição arbitral de modo a alcançar os conflitos trabalhistas de ordem individual, hipótese esta não prevista na Lei nº 9.307/1996.

4. A ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS FACE DA CLÁUSULA ARBITRAL

Como regulamentada pela Lei nº 9.307/1996, a arbitragem foi idealizada e desenvolvida para campos do direito cujas relações jurídicas contam com certo equilíbrio de poder entre os litigantes, como o cível e/ou o coletivo. Afinal, a celebração de uma convenção de arbitragem, seja por cláusula contratual ou compromisso arbitral, é fundamentada na livre manifestação de vontade do interessado, que ao optar pela via alternativa extrajudicial abdica do seu direito de demandar perante a jurisdição estatal (SCAVONE JR, 2018, p. 19).

Entretanto, a paridade entre os contratantes e o equilíbrio da relação jurídica, essenciais para a verificação da liberdade contratual, elemento imprescindível para a arbitragem, não estão presentes nos contratos laborais (FERREIRA; ALENCAR; JACOB, 2019, p. 562), fator este que interfere diretamente no exercício da autonomia privada por parte dos trabalhadores.

A realidade observada nas controvérsias trabalhistas permite constatar que, de um lado, têm-se o empregador, e, do outro lado, tem-se o empregado. Este último apresenta-se totalmente dependente em relação ao primeiro para prover o sustento próprio e familiar, o que é acentuado diante das subordinações econômica e/ou jurídica, existentes independentemente do valor pago

a título de remuneração, característica das relações desta estirpe (FERREIRA; ALENCAR; JACOB, 2019, p. 578), mitigando, por si só, a ideia de um livre acordo de vontades entre as partes, a fim de convencionar uma cláusula compromissória de arbitragem. Nesse sentido:

O instituto da arbitragem, entretanto, embora tenha algum sucesso em segmentos jurídicos nos quais prepondera o princípio da autonomia e simetria das vontades (Direito Empresarial; Direito Internacional; alguns segmentos do Direito Civil), mostra-se flagrantemente incompatível com os campos do Direito em que vigoram princípios distintos, especialmente em vista da lancinante diferenciação de poder entre os sujeitos das relações jurídicas centrais desses campos normativos específicos. É o que acontece, por exemplo, com o Direito do Trabalho e com o Direito do Consumidor (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 192).

Os pilares dos direitos material e processual do trabalho, por assentados em princípios como a proteção do trabalhador e a indisponibilidade dos direitos e garantias laborais, tornam a arbitragem incompatível com as diretrizes do processo trabalhista individual, visto que, como dito, é repleto de normas jurídicas protecionistas que visam conferir ao obreiro maior segurança e equilíbrio frente ao empregador (SILVA; CUSTÓDIO, 2014, p. 220). A assertiva realizada encontra reforço no art. 1º da Lei nº 9.307/1996, que estatui, como únicos requisitos (RODOVALHO, 2015, p. 10) para a instituição de um juízo arbitral, a capacidade da parte de contratar e a disponibilidade dos direitos patrimoniais que serão discutidos.

Uma busca rápida no texto da legislação infraconstitucional torna evidente que não há qualquer menção a termos próprios da matéria laboral, sequer há referência aos hipossuficientes ou ao necessário equilíbrio entre as partes contratantes, denotando grande destaque para o exercício da autonomia privada. Aliás, a Lei nº 13.129/2015 tentou tratar a arbitragem no direito trabalhista, para casos específicos de empregado administrador ou diretor estatutário, caso iniciasse o procedimento arbitral ou com ele consentisse, mas ao fim os dispositivos foram vetados (MAIA NETO; RENNO; CREMASCO, 2015, p. 20).

Para fins de esclarecimento, sobreleva-se que o entendimento esposado não é uníssono na doutrina, havendo autores que, por considerarem a completude da lei arbitral, reguladora de aspectos materiais e processuais do instituto no direito brasileiro, a colocam como aplicável às relações de trabalho subordinado (COSTA, 2007, p. 99). Mais que isso: após a introdução do art. 507-A na CLT, parte da doutrina tem defendido, a partir do afastamento dos fundamentos tradicionalmente utilizados para obstá-la no plano trabalhista individual, a aplicação quase que irrestrita da arbitragem também para solução de conflitos dessa natureza (TEIXEIRA, 2017).

Entre os diversos argumentos, estão que nem todos os direitos e garantias laborais são absolutamente e integralmente indisponíveis, a exemplo dos direitos patrimoniais oriundos do contrato de emprego (TEIXEIRA, 2017, p. 165). Além disso, sustenta-se que os juízes arbitrais, tal como os togados, possuem capacidade, legitimidade e aptidão para solucionarem de maneira adequada os conflitos trabalhistas de viés individual, o que é inclusive reconhecido pela própria legislação processual comum, aplicável subsidiariamente ao direito processual do trabalho ante o art. 769, da CLT, quando estimula, reiteradamente, a adoção dos métodos consensuais para a resolução de conflitos para “desinchar” o Poder Judiciário (TEIXEIRA, 2017, p. 168 e 173).

Defende-se, ainda, que a omissão do art. 114, §1º e §2º, da CRFB, o qual permite às partes recorrerem à via arbitral para tratarem demandas coletivas, não importa em uma vedação implícita da sua adoção, com igual fim, quanto às lides individuais (YOSHIDA, 2006, p. 91). Isso sem contar nos supostos benefícios do método heterocompositivo extrajudicial, a exemplo da celeridade, confidencialidade e confiabilidade no profissionalismo e na eticidade dos árbitros (FERREIRA; ALENCAR; JACOB, 2019, p. 562-568), citados como reforço argumentativo.

O art. 507-A da CLT intentou dirimir o problema que, inquestionavelmente, é, ainda, um grande, senão o principal, óbice para a admissão da pactuação de cláusula compromissória de arbitragem e a adoção da via arbitral para a resolução de conflitos trabalhistas individuais, a saber, a disparidade entre as partes contratantes, com a criação da figura do trabalhador hipersuficiente. Para tanto, pressupõe que os empregados que recebem valor superior ao dobro do teto da Previdência Social detêm a força e o discernimento necessários para negociar e dispor dos seus direitos frente ao empregador e discutir os termos do contrato de trabalho que lhe é apresentado e posto.

Ocorre que o pensamento é completamente falacioso por duas razões principais: (a) o simples fato de o obreiro receber mais que a média nacional não lhe confere conhecimento jurídico e técnico para compreender o que está negociando; e (b) não é garantida ao trabalhador a estabilidade do emprego para que lhe seja possível negar a pactuação da cláusula compromissória de arbitragem, tampouco negociar os seus termos, de modo que fica à mercê das vontades e/ou da coação do empregador, sob o risco de retaliação.

Assim, “não há sustentação jurídica para criar uma nova categoria de trabalhadores [...], visto que, os empregados, dentro da relação laboral, sempre serão hipossuficientes quando comparados aos seus empregadores” (FERREIRA; ALENCAR; JACOB, 2019, p. 562-568). A hipersuficiência garante, tão somente, a “falsa sensação de poder e de autonomia, com o intuito de excepcioná-lo [o trabalhador] e, imediatamente após, praticar atos lesivos aos princípios que regem a relação de emprego, histórica e indiscutivelmente consolidados” (ALLAN, 2018, p. 62-63), afinal, a subordinação e a falta de equilíbrio entre as partes é verificada em toda e qualquer relação de emprego, independentemente do valor da remuneração.

O descabimento da figura do empregado hipersuficiente trazida pelo art. 507-A da CLT é latente, principalmente quando comparada com a figura do obreiro hipersuficiente criada pelo art. 444, parágrafo único, da CLT, a qual, além do critério renda/remuneração, exige um nível educacional diferenciado do trabalhador para a livre estipulação de relações contratuais de trabalho entre as partes interessadas (CISNEIROS, 2017, p. 160). . A formação superior do trabalhador é requisito muito mais consistente e robusto para a verificação da hipersuficiência do que, simplesmente, a renda auferida pelo obreiro, mas, por ausência de previsão legal, não pode ser considerado como requisito para a validade da cláusula compromissória de arbitragem (CISNEIROS, 2017, p. 160). Registra-se que, não obstante seja mais consistente, nem sequer a escolaridade, o grau de discernimento ou a posição ocupada pelo obreiro são aptos a mitigarem o desequilíbrio e a subordinação que caracterizam o vínculo trabalhista, ante a dependência que o empregado apresenta em relação ao empregador, dependência esta que acaba por viciar o consentimento do primeiro, de maneira que a manifestação de vontade do trabalhador não é assim tão livre quanto o necessário para a pactuação da cláusula compromissória de arbitragem.

Ademais, o art. 507-A da CLT também não apresenta qualquer solução em relação à possibilidade de dispor dos créditos trabalhistas; isso porque a arbitragem pode versar apenas sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre os quais não está compreendido o crédito trabalhista, por consistir em uma verba de caráter alimentar, logo, indisponível. Considerando que a Lei nº 9.307/1996 “de maneira expressa veda a sua incidência [da arbitragem] para o fim de transação ou composição de direitos indisponíveis, o seu lançamento dentro do direito do trabalho se mostra absolutamente desarrazoado” (ALLAN, 2018, p. 63).

Vigora na seara trabalhista, principalmente no que se refere aos conflitos individuais, o princípio da indisponibilidade dos direitos, que torna inválida qualquer renúncia ou transação lesiva realizada pelo empregado ao longo da vigência do contrato de trabalho que firmou com o empregador (DELGADO, 2015, p. 1545). A via arbitral pode conduzir à uma considerável redução – ou mesmo supressão – de direitos, portanto, o emprego desse método alternativo para dirimir litígios de natureza individual e/ou caráter indisponível contraria, completamente, princípios básicos do ramo trabalhista (DELGADO, 2015, p. 1545).

A partir do art. 507-A da CLT, considerando a arbitragem de uma forma geral, é evidente a incompatibilidade do instituto com as peculiaridades das relações trabalhistas e dos princípios específicos que regem os direitos material e processual do trabalho, contidos, inclusive, no bojo da Carta Magna, fazendo padecer de inconstitucionalidade o dispositivo legal ora em estudo. Não obstante as tentativas de atenuar e extirpar a assimetria e o desequilíbrio entre empregado e empregador, o objetivo não é alcançado mesmo com a figura do trabalhador hipersuficiente, de modo que a assimetria e o desequilíbrio impossibilitam o exercício pleno da liberdade em optar pela via arbitral, sem contar, é claro, com a própria indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Embora entenda-se que a arbitragem não deva ser aplicada às lides individuais trabalhistas, fato é que a sua possibilidade está expressamente prevista e autorizada no art. 507-A da CLT, tanto que já vem sendo observada no bojo dos mais diversos contratos trabalhistas. Cabe, então, analisar e pensar a aplicação da cláusula compromissória de arbitragem de maneira a garantir segurança e proteção ao trabalhador que porventura possa ser lesado em razão da sua pactuação, garantia esta possibilitada por meio da atuação de juízes togados e arbitrais.

A atuação dos juízes togados mostra-se relevante diante da viabilidade do ajuizamento de demandas judiciais para verificar a validade da cláusula compromissória de arbitragem que foi pactuada – inclusive com fundamento em algum vício de vontade (TEIXEIRA, 2017, p. 184) –, ocasião em que pode, ainda, ser arguida a nulidade da sentença arbitral que tenha se fundado na cláusula arbitral declarada inválida, a exemplo do art. 20, §2º c/c o art. 33, ambos da Lei nº 9.307/1996.

Por sua vez, os juízes arbitrais também devem realizar a análise da validade da cláusula compromissória de arbitragem, pois o art. 8º c/c art. 20, ambos da Lei nº 9.307/1996, lhe confere a competência absoluta para “decidir sobre eventual nulidade do contrato que contenha a cláusula arbitral e a nulidade da própria convenção de arbitragem” (SCAVONE JR, 2018, p. 18), dentre outros.

A atuação jurisdicional, arbitral ou judicial, defendida, deve ser realizada considerando que o art. 8º, §3º, da CLT não é aplicável, sob nenhuma hipótese, aos conflitos individuais, independentemente do mecanismo jurídico-integrativo que vise utilizar. O dispositivo deixa

claro que os juízes trabalhistas têm atuação irrestrita e ampla para examinar a validade dos negócios jurídicos firmados no âmbito individual, posto a restrição da sua atuação, limitada na apreciação dos elementos listados no art. 104 do Código Civil (CC), estar adstrita ao exame das convenções coletivas ou dos acordos coletivos, como expresso em lei.

Outrossim, a análise da validade da cláusula compromissória de arbitragem deve ser procedida tomando em conta que o vínculo laboral pode ser dividido em (a) pré-contratual e contratual, momentos nos quais o empregado, independentemente do grau de instrução e do valor da remuneração recebida, guarda certa vulnerabilidade e hipossuficiência em face do empregador, tendo em vista que depende do trabalho e da verba salarial para a subsistência do núcleo familiar. Deve-se, aqui, perquirir se o empregador exerceu algum tipo de coação, mesmo implícita, que tenha interferido no pleno exercício da autonomia privada pelo obreiro, por intermédio da livre manifestação de sua vontade, logo, a verificação perpassa a eventual existência de algum vício de vontade, a despeito da sua capacidade de contratar (CRUVINEL, 2016, p. 68).

O outro momento é o (b) pós-contratual, relativamente ao qual grande parte da doutrina sustenta a viabilidade da arbitragem, sem maiores ressalvas, visto a indisponibilidade do salário, decorrente do seu caráter de verba alimentar, deixar de existir, pois este torna-se mera obrigação pecuniária que enseja o pagamento de quantia certa (YOSHIDA, 2006, p. 92). Ademais, argumenta-se que, uma vez encerrado o vínculo trabalhista, cessa “o estado de subordinação, o empregado pode renunciar e transacionar direitos” (SCHIAVI, 2017, p. 43), que deixam de ser indisponíveis.

Em que pese a existência de argumentos favoráveis à submissão de litígios individuais à via arbitral no momento pós-contratual, o encerramento do contrato individual de trabalho não encerra, *de per se*, a vulnerabilidade jurídica e econômica do obreiro com relação ao seu ex-empregador: a uma, porque os contratos de trabalho são essencialmente adesivos (CISNEIROS, 2017, p. 159); a duas, porque a via arbitral pode apresentar custos mais altos para os seus usuários, que, às vezes, não conseguem acesso imediato ao juízo arbitral, pelo fato de a cláusula compromissória arbitragem ser vazia, demandando compromisso arbitral.

Mesmo que com o término do vínculo empregatício não fique tão sobressalente a subordinação na acepção tradicional do direito do trabalho, fatores outros interferem no equilíbrio entre as partes, principalmente devido à hipossuficiência econômico-financeira do obreiro, que, na maioria dos casos, está desempregado, dependendo da procedência da demanda e do reconhecimento do seu direito para prover o sustento próprio e familiar, enquanto busca outro labor.

Logo, caberia aos juízes, togados e arbitrais, analisarem, dependendo do momento em que foi estabelecida a cláusula compromissória de arbitragem, (a) a existência de vícios de vontade, decorrentes da subordinação do trabalhador perante o empregado, em hipóteses de pactuação da convenção de arbitragem antes ou durante a vigência do contrato de trabalho; ou (b) a existência de hipossuficiência econômico-financeira do obreiro para situações em que a convenção arbitral é firmada após findo o contrato de trabalho, desde que antes do surgimento do conflito, caso contrário estar-se-ia diante de um compromisso arbitral. Indicando, o exame contextual, a presença de um dos problemas retromencionados, visando proteger o trabalhador, parte mais frágil no direito do trabalho, bem como evitar que ele seja lesado e impedido de alcançar os seus direitos, a cláusula compromissória de arbitragem deve ser declarada inválida e a sentença dela decorrente nula.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vigência do Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 13.105/2015 trouxe destaque aos métodos alternativos de resolução de conflitos, entre os quais a arbitragem, entendida como um método extrajudicial em que um terceiro imparcial substitui a vontade das partes e realiza a aplicação do direito, a exemplo do que ocorre no Poder Judiciário, diferindo deste pela transitoriedade da jurisdição. Por sua vez, a Lei nº 9.307/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015, há muito regula a arbitragem material e processualmente, inclusive, traz em seu bojo a jurisdiicionalidade e a independência do juízo arbitral, face da atividade judiciária estatal.

Registra-se que a opção pela jurisdição arbitral resulta da manifestação de vontade das partes, que ao celebrarem a convenção de arbitragem afastam a jurisdição estatal para a resolução dos conflitos decorrentes do contrato que firmaram. Curioso observar que se referida escolha anteceder o surgimento do conflito, a convenção de arbitragem (gênero) é formalizada como cláusula compromissória de arbitragem (espécie), porém, se o ajuste for posterior ao surgimento do conflito, a convenção de arbitragem (gênero) consiste em compromisso arbitral (espécie).

Com relação à cláusula arbitral, esta pode ser dividida em cheia ou vazia, conforme discipline ou não, respectivamente, o procedimento de instituição do juízo arbitral, mesmo que com a simples menção ao regulamento de uma entidade especializada no assunto. Há, ainda, a cláusula arbitral escalonada que prevê a realização de mediação e de conciliação durante a arbitragem.

Entretanto, a maneira como a arbitragem foi disciplinada no direito pátrio, até então, prestigia relações jurídicas equilibradas, estabelecidas entre pares, posto consistir em negócio jurídico contratual, fruto da livre manifestação de vontade das partes, que tem como únicos requisitos a capacidade de contratar dos sujeitos e a disponibilidade do direito patrimonial em discussão. Essa não é a realidade verificada nos contratos individuais trabalhistas que, além de caracterizados pelo elemento da subordinação, próprio do vínculo laboral, é firmado por parte que guarda elevado grau de vulnerabilidade e de hipossuficiência jurídica e econômica, a saber, o empregado; acresça-se, também, que os direitos trabalhistas são indisponíveis por força de lei, logo, matéria de ordem pública, fato este que coloca a doutrina e a jurisprudência contrárias à realização da arbitragem na seara trabalhista individual.

Ocorre que a Lei nº 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, inseriu o art. 507-A na CLT, inovando a ordem jurídica ao prever a possibilidade de celebração de cláusula compromissória de arbitragem nos conflitos trabalhistas individuais. O dispositivo autoriza a pactuação da cláusula arbitral nos contratos de trabalho individual, desde que a remuneração do obreiro supere o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios da Previdência Social, o que criou, segundo a doutrina, a figura do trabalhador hipersuficiente, a partir da presunção equivocada de discernimento para discutir e dispor de seus direitos.

Destarte, entende-se que a arbitragem não deve ser aplicada às lides individuais trabalhistas, diante da inconstitucionalidade do art. 507-A da CLT, decorrente da violação do arcabouço normativo trabalhista constitucional, bem como dos princípios da proteção e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, face da assimetria e do desequilíbrio existente entre o empregado e o empregador.

Porém, como o artigo já vem sendo aplicado desde a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, mediante a Lei nº 13.467/2017, devem ser pensados meios que minimizem ou evitem a geração de prejuízos aos empregados cujos contratos de trabalho possuam cláusula compromissória de arbitragem pactuada, conferindo efetividade aos direitos e garantias trabalhistas legalmente e constitucionalmente previstos, sobretudo, porque os contratos desta estirpe normalmente detêm uma essência adesiva.

A forma encontrada para minimizar os prejuízos seria a atuação dos juízes, tanto togados quanto arbitrais, para avaliar a validade das cláusulas arbitrais, por consequência, das sentenças proferidas com fundamento nelas, conforme o estágio em que se encontre o vínculo laboral, o que encontra amparo legal no art. 20, §2º c/c art. 33, ambos da Lei nº 9.307/1996 para os juízes togados e no art. 8º c/c art. 20, ambos da Lei nº 9.307/1996 para os juízes arbitrais. Essas autoridades, revestidas do poder jurisdicional, devem investigar o contexto em que a proposta ou a aceitação da cláusula compromissória de arbitragem foi promovida, não limitando-se a apreciar os elementos base dos negócios jurídicos, listados no art. 104 do CC, a fim de verificar se a subordinação – própria da relação trabalhista – ou a hipossuficiência jurídica e econômica – característica do trabalhador –, segundo o momento contratual de fixação, não foi fator determinante para tanto. Isso porque, se houve influência de tais fatores, a celebração da convenção de arbitragem, mediante a modalidade de cláusula arbitral, restará eivada de vício de consentimento e de vontade, portanto, será nula de pleno direito.

REFERÊNCIAS

- ALLAN, Nuredin Ahmad. A arbitragem e a figura do trabalhador hipersuficiente. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 73, p. 59-64, nov. 2018.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CAHALI, Francisco José. Convenção de arbitragem. In: **Manual de arbitragem para advogados**. CONIMA. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/6500>. Acesso em 03 fev. 2019.
- CISNEIROS, Gustavo. Reforma trabalhista: interpretada e comentada. Disponível em: www.gustavocisneiros.com.br. Acesso em 02 fev. 2019.
- COSTA, Guilherme Soncini da. **A arbitragem como meio alternativo na solução de conflitos de interesses e sua efetividade na pacificação social e algumas questões polêmicas**. 2007. 154 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2007.
- CRUVINEL, Carolina Garcia. **Arbitragem e o direito trabalhista: a (in)aplicabilidade nos conflitos individuais**. 2016. 85 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade São Paulo, 2016.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTr Editora, 2017.
- FRANCO, Mariulza. Aspectos da arbitragem. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Toledo, v. 5, n. 2, p. 255-262, jul.-dez. 2002. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/1288>. Acesso em 08 jun. 2021.

FERREIRA, Vanessa Rocha; ALENCAR, Mayara de Oliveira; JACOB, Carolyne Lima. O novo art. 507-A da CLT: a incompatibilidade do instituto da arbitragem com o direito individual do trabalho. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 12, n. 2, p. 553-581, jul./dez. 2019.

GADELHA, Bárbara Veras. A evolução do instituto da arbitragem como garantia de acesso à justiça. **RJurFA7**, Fortaleza, v. X, n. 1, p. 103-116, abr. 2013. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/92/89>. Acesso em 08 jun. 2021.

LIMA JÚNIOR, Asdrubal Nascimento. A arbitragem trabalhista para hipersuficientes e hipossuficientes. **CBMAE**. Disponível em: <http://www.cbmae.org.br/n/artigo/a-arbitragem-trabalhista-para-hipersuficientes-e-hipossuficientes>. Acesso em 02 fev. 2019.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem**: aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAIA NETO, Francisco; RENNO, Leandro, CREMASCO, Suzana Santi. Da convenção de arbitragem e seus efeitos. In: **Reforma da lei de arbitragem**: comentários ao texto completo. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/361826310/2015-Reforma-Da-Lei-de-Arbitragem-Comentarios-Ao-Texto-Completo>. Acesso em 02 fev. 2019.

MENDONÇA, Euclides José Marchi. Espaço para arbitragem na Justiça do Trabalho diminui. **CONJUR**, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jun-25/jurisprudencia-trabalhista-resiste-arbitragem-excecoes>. Acesso em: 02 fev. 2019.

OLIVEIRA, Celso Maran de; ZANQUIM JUNIOR, José Wamberto; ESPÍNDOLA, Isabela Battistello. The arbitral tribunal as an alternative legal instrument for solving water conflicts in Brazil. **Revista Ambiente e Sociedade**, São Paulo, v. XIX, n. 1, p. 145-162, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/9QdrQqfmcystNhyLJtWJ-fy/?lang=en>. Acesso em: 08 jun. 2021.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. [livro eletrônico].

RODOVALHO, Thiago. Aspectos introdutórios da arbitragem. In: **Manual de arbitragem para advogados**. **CONIMA**. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/6500>. Acesso em: 03 fev. 2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [livro eletrônico].

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SILVA, Breno Cesar; CUSTODIO, Maraluce Maria. Arbitragem como forma de resolução de conflitos trabalhistas. **Revista Eletrônica Letras Jurídicas**, Belo Horizonte, n. 3, mai. 2015. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2015/06/LJ-0335.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Vias alternativas à jurisdição contenciosa da Justiça do Trabalho: superando mitos e apontando caminhos à luz da Lei nº 13.467 de 2017. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 155-197, set./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/21996/22580>. Acesso em: 08 jun. 2021.

VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. Não há lei que proíba arbitragem em questões trabalhistas. **CONJUR**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-26/mauricio-veiga-nao-lei-proiba-arbitragem-questoes-trabalhistas>. Acesso em: 02 fev. 2019.

YOSHIDA, Márcio. **Arbitragem trabalhista**: um novo horizonte para a solução de conflitos laborais. São Paulo: LTr Editora, 2006.

ZAPPALÁ, Franceso. Memória histórica da arbitragem. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 101-132, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/1067>. Acesso em: 07 jun, 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 24/03/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/03/2021
- Avaliação 1: 12/04/2021
- Avaliação 2: 04/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 17/05/2021
- Retorno rodada de correções: 11/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 06/09/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

TRABALHO INFANTO-JUVENIL NO FUTEBOL E O CASO DOS JOGADORES DO FLAMENGO: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

CHILD LABOR IN SOCCER AND THE CASE
OF FLAMENGO'S PLAYERS: AN ANALYSIS IN LIGHT
OF THE PRINCIPLE OF INTEGRAL PROTECTION

VERSALHES ENO NUNES FERREIRA¹

VANESSA ROCHA FERREIRA²

ÉRICA DE KÁSSIA COSTA DA SILVA³

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o trabalho infanto-juvenil no futebol, propondo uma regulamentação normativa, em razão da possibilidade de riscos à integridade física e mental dessa população, à luz do Princípio da Proteção Integral, consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) e por tratados internacionais, e que reconheceu a esse segmento populacional a condição de sujeito de direitos. Como metodologia de pesquisa, optou-se pelo método dedutivo, mediante consulta eminentemente bibliográfica, e estudo do caso dos jogadores do Clube de Regatas do Flamengo, vitimados em 2019, como método de procedimento. Ademais, como a formação de atletas profissionais na seara futebolística é uma realidade em nosso país, alcançando crianças e adolescentes, e como tal, pode ser caracterizada como trabalho precoce, a depender das condições, o texto visa responder ao problema de pesquisa concernente em saber se o trabalho infanto-juvenil no futebol, considerando o seu potencial prejuízo ao desenvolvimento físico e psíquico, é devidamente regulamentado no Brasil. Conclui-se que há uma insuficiente legislação relacionada à proteção dos interesses desse grupo quanto às atividades desenvolvidas na conjuntura do futebol, o que acaba denotando uma inobservância à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento.

Palavras-chave: Trabalho infanto-juvenil no futebol; Princípio da Proteção Integral; Regulamentação normativa; Dignidade humana.

1 Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Integrante da linha de pesquisa "Teorias da Justiça e Políticas Públicas: Fundamentação" (CESUPA/CNPq) e dos grupos de pesquisa "Trabalho Decente" (CESUPA/CNPq) e "Novas formas de trabalho, velhas práticas escravistas" (UFPA/CNPq). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9346-6090>.

2 Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha) - Título Revalidado pela Universidade de Brasília (UNB), com equivalência no Doutorado em Direitos Humanos e Cidadania - Certificado de Reconhecimento nº 4406913. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Professora da Graduação e do Mestrado do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Trabalho Decente" (CNPq/CESUPA). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5997-3198>.

3 Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Integrante do grupo de pesquisa "Trabalho Decente" (CESUPA/CNPq). Advogada. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2055-4655>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FERREIRA, Versalhes Eno Nunes; FERREIRA, Vanessa Rocha; SILVA, Érica de Kássia Costa da. Trabalho infanto-juvenil no futebol e o caso dos jogadores do flamengo: uma análise à luz do princípio da proteção integral. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 231, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8861>.

ABSTRACT

The present article aims to analyze child and youth labor in soccer, proposing a normative regulation, due to the possibility of risks to the physical and mental integrity of this population, in light of the Principle of Integral Protection, enshrined by the Constitution of the Federative Republic of Brazil (CRFB/88) and by international treaties, and that recognized to this population segment the condition of subject of rights. As a research methodology, the deductive method was chosen, through eminently bibliographical consultation, and study of the case of the players of Flamengo Regatta Club, victimized in 2019, as a method of procedure. Moreover, as the training of professional athletes in the soccer field is a reality in our country, reaching children and adolescents, and as such, it can be characterized as precocious work, depending on the conditions, the text aims to answer the research problem concerning whether child and youth work in soccer, considering its potential damage to physical and psychological development, is properly regulated in Brazil. The conclusion is that there is insufficient legislation related to the protection of the interests of this group regarding the activities developed in the context of soccer, which ends up denoting a disregard for the peculiar condition of a person in the process of development.

Keywords: *Child labor in soccer; Principle of integral protection; Normative Regulation; Human dignity.*

1. INTRODUÇÃO

A condição de jogador de futebol profissional é o objeto de desejo de muitas crianças e adolescentes que almejam conquistar uma profissão e mudar a sua realidade e de sua família. No entanto, para atingir o sucesso nessa área, há um longo caminho que envolve muito trabalho e dedicação, marcado por treinos, jogos, atividades físicas etc., e o cumprimento de uma rígida disciplina. Evidentemente, nem todos que buscam a profissionalização através da atividade esportiva conseguem êxito, tendo em vista ser um mercado restrito e competitivo.

Ademais, o que pode ser considerado um objetivo para crianças e adolescentes, em determinado momento, talvez se torne uma frustração caso o sonho não se realize, desencadeando diversos problemas como insegurança, depressão, ansiedade, entre outros desdobramentos. Todavia, quando o projeto se torna realidade e a pessoa alcança o sucesso profissional, isso desperta sentimentos ímpares que correspondem a níveis elevados de autoestima, realização, motivação e alegria, colaborando para transformar vidas.

Entretanto, o trabalho infanto-juvenil é proibido em diversos instrumentos normativos internacionais, seja no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), seja na esfera da Organização Internacional do Trabalho (OIT). No Brasil, o trabalho só poderá ser desempenhado quando o indivíduo observar a idade mínima prevista na legislação, que também proíbe o trabalho noturno, perigoso, insalubre e doméstico a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Nesse sentido, o estudo tem como objetivo geral analisar o trabalho infanto-juvenil na seara futebolística, propondo uma regulamentação normativa em decorrência de seus possíveis prejuízos ao desenvolvimento físico e psíquico, à luz da Doutrina da Proteção Integral, fixada pela CRFB/88, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pelo Direito Internacional. Esse princípio reconheceu a condição de sujeito de direitos a este segmento populacional, cuja superioridade de interesses deve moldar as políticas públicas para si direcionadas, sem olvidar a sua condição de pessoa em processo de desenvolvimento. Nessa linha, a pesquisa busca responder a seguinte problemática: o trabalho infanto-juvenil no fute-

bol, considerando o seu potencial efeito deletério à integridade física e mental, é devidamente regulamentado no Brasil?

A construção deste texto se deu por meio de uma pesquisa eminentemente bibliográfica, acessando a doutrina especializada, e servindo-se do método dedutivo e ressaltando a tragédia com os jogadores sub-20 do clube de regatas do Flamengo, ocorrida em 2019, como método de procedimento, cuja situação revela a necessidade de se adotarem medidas que objetivem preservar a vida, a saúde física e mental do público infanto-juvenil que frequenta as dependências dos centros de treinamento dos clubes de futebol.

O manuscrito está dividido em cinco itens. O primeiro é esta introdução; o segundo, conceitual, para tratar do trabalho infanto-juvenil no futebol e a proteção normativa. A terceira parte, igualmente teórica, no intuito de apresentar o Princípio da Proteção Integral; o quarto, para tratar da tragédia que ocorreu no alojamento dos jogadores da base do Flamengo, no início de 2019, e a questão da regulamentação do trabalho infanto-juvenil no futebol. Por fim, são apresentadas as considerações finais da pesquisa.

2. O TRABALHO INFANTO-JUVENIL NO FUTEBOL E A LEGISLAÇÃO PROTETIVA

A legislação brasileira permite o trabalho aos adolescentes maiores de dezesseis anos, desde que não realizado em horário noturno, ambientes insalubres, perigosos ou no âmbito doméstico — este último em decorrência da Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, sendo excepcionalmente permitido o trabalho ao menor de quatorze anos, na condição de aprendiz. Nessas condições, o trabalho é permitido e protegido legalmente, sendo vedada qualquer forma de labor em desacordo a tais preceitos normativos.

Some-se a isso, a inteligência do artigo 227, da Constituição (BRASIL, 1988, s.p.), que dispõe sobre a responsabilidade tripartite, ou seja, da família, da sociedade e do Estado, em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, enveredando esforços para a salvaguarda de seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social. Na prática, o texto conferiu a esse público a titularidade de direitos fundamentais, cujo caráter é universal, indisponível, indivisível e com superioridade normativa.

Cunha Júnior (2018, p. 1.256) explicita que com a CRFB/88 a criança e o adolescente passaram a usufruir de absoluta prioridade no exercício dos direitos fundamentais, além do direito à proteção especial. E continua, para dizer que esta proteção abrange, entre outros, a idade mínima de dezesseis anos para admissão ao trabalho, observadas as condicionantes constitucionais, a garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola e a garantia de direitos trabalhistas e previdenciários.

Seguindo as diretrizes da CRFB/88, notadamente em decorrência da proteção especial conferida pelo constituinte, o legislador infraconstitucional editou o ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) (BRASIL, 1990), fixando o modelo da Proteção Integral e, com isso, reconhe-

cendo, em definitivo, às crianças e adolescentes a condição de titulares de direitos e deveres no ordenamento jurídico. Nos artigos 60 a 69 do ECA, o legislador tratou do Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho, regulando-os para o público infanto-juvenil através de determinadas diretrizes, cabendo ao Poder Público a sua efetivação através das políticas públicas pertinentes.

Souza e Leme (2014, p. 43) ressaltam que o ECA disciplinou as normas de proteção contra a exploração da mão de obra de crianças e adolescentes, viabilizando a definição precisa do conceito de trabalho infantil a partir dos limites de idade mínima para o labor. Para os autores, considera-se trabalho infantil aquele realizado antes dos limites de idade mínima, envolvendo: a) todos os trabalhos perigosos, insalubres, penosos, prejudiciais à moralidade e realizados em horários e locais que prejudiquem a frequência à escola antes dos dezoito anos; b) qualquer trabalho antes dos dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz; c) qualquer trabalho, incluída a condição de aprendizagem, antes dos quatorze anos de idade.

No mesmo sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) regulou a proteção do trabalho do adolescente nos artigos 402 a 410, estabelecendo a idade mínima para o trabalho aos dezesseis anos, conforme artigo 403.

No que diz respeito às normas internacionais, o Estado brasileiro implantou as disposições das Convenções nº 138, de 1973, e 182, de 1999, ambas da OIT. A Convenção nº 138 determinou que os países membros adotassem uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil e eleve, progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou a trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental dessas pessoas. Em outros termos, ao ratificar a Convenção cada Estado deverá especificar a idade mínima aplicável em seu território. Foi editada em 1973, e entrou em vigor, no plano internacional, em 19 de junho de 1976. No Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, entrando em vigência nacional em 28 de junho de 2002 (GARCIA, 2018, p. 1.116).

A Convenção nº 182 ajudou a direcionar o foco internacional na urgência de ações para eliminar, prioritariamente, as piores formas de trabalho infantil, sem perder o objetivo de longo prazo de proscriver, efetivamente, a utilização da mão de obra de crianças e adolescentes. Seu artigo 3 listou as atividades proibidas de serem exercidas por quem tem menos do que dezoito anos de idade completos, conjugando mais de 90 exemplos, cuja característica central é o fato de que expõem a perigo o bem-estar físico, mental ou moral dessas pessoas, seja por sua natureza ou pelas condições em que é realizado. O Brasil ratificou este acordo, que foi promulgado pelo Decreto n. 3.597, de 12 de setembro de 2000; entrando em vigência nacional no dia 02 de fevereiro de 2001 (SCARABELLI, 2020, p. 118).

A edição dessas Convenções, consideradas fundamentais pela OIT, afirmam Custódio e Veronese (2007, p. 188), revela a sua preocupação com o direcionamento de suas atividades ao combate às situações consideradas mais aviltantes, proporcionadas pelo capital, como a exploração do trabalho infanto-juvenil; e mais, buscam o estabelecimento de mecanismos para a melhoria do desenvolvimento humano, através da garantia de direitos que promovam a proteção integral de todos os seres humanos, sejam adultos, crianças e adolescentes.

Deste modo, toda atividade que priva o público infanto-juvenil do exercício de direitos compatíveis com seu processo de desenvolvimento físico e mental, que neutraliza ou inviabiliza todo o seu potencial e fragiliza, por isso, sua dignidade humana, deve ser rechaçada por

Estado, sociedade e família, conquanto que se revela prejudicial para seu saudável crescimento e amadurecimento enquanto ser transformador e titular de direitos fundamentais.

Outrossim, a partir da análise da legislação nacional e internacional, especificamente o artigo 8, item 1, da Convenção nº 138 (OIT, 1973, s.p.) e artigo 149, II e §1º, do ECA (1990, s.p.), é possível concluir que, por intermédio de autorização judicial, a depender do caso, levando em consideração a proteção da criança e os riscos da atividade, será concedida permissão para a realização do trabalho infantil esportivo ou artístico. No entanto, tal interpretação é passível de questionamento, pois, vários estudiosos entendem que o trabalho infantil, em qualquer modalidade, não deve ser permitido, tendo em vista que o ordenamento jurídico veda o trabalho para menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Aqueles que resistem quanto à permissão do trabalho infantil para menores de dezesseis anos compreendem que a proteção existente na legislação brasileira é mais ampla em relação a prevista na convenção internacional, devendo a previsão constitucional prevalecer (CAVALCANTE, 2013, p. 145-146).

É importante compreender que o trabalho infantil artístico não pode ser confundido com a atividade desportiva, na medida em que possuem características próprias. Nessa linha, Cavalcante (2013, p. 141) descreve que trabalho infantil artístico é toda atividade realizada de maneira econômica por uma pessoa, com remuneração ou não, desempenhada antes da idade mínima prevista na legislação, na qual se pode destacar a dança, canto, dublagem, fotos e vídeos publicitários, bem como desfiles de moda, enquanto a atividade desportiva tem como característica a competição.

O esporte, no Brasil, é compreendido a partir de três perspectivas: educacional, lazer e alto rendimento, sendo todas as formas ligadas ao antigo Ministério dos Esportes, que, atualmente, é uma Secretaria Especial ligada ao Ministério da Cidadania. Em qualquer situação, os benefícios da prática esportiva são indiscutíveis, seja para a saúde física, psíquica e emocional, e ficam em maior evidência quando os praticantes são crianças e adolescentes. Cassionato (2021, p. 156-157) defende que o exercício de atividade física pelo público infanto-juvenil auxilia em seu sadio desenvolvimento, não apenas no aspecto biológico, mais também para a própria formação cidadã. A questão que merece atenção é quando o exercício do direito ao desporto se confunde com o trabalho infanto-juvenil.

A atividade desportiva, é bom frisar, possui legislação especial, estando regulamentada pela lei que trata do atleta profissional. Foi disciplinada através da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que ficou conhecida como “Lei Pelé”, tendo instituído normas gerais sobre desporto. O artigo 3º da Lei Pelé explicita as modalidades de desporto:

- I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;
- II - desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente;

III - desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações.

IV - desporto de formação, caracterizado pelo fomento e aquisição inicial dos conhecimentos desportivos que garantam competência técnica na intervenção desportiva, com o objetivo de promover o aperfeiçoamento qualitativo e quantitativo da prática desportiva em termos recreativos, competitivos ou de alta competição. (BRASIL, 1998, s.p.)

Dentro deste contexto, a Lei Pelé dispõe, em seu artigo 29 (BRASIL, 1998, s.p.), que a entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com ele, a partir de dezesseis anos, o primeiro contrato especial de trabalho, cujo prazo não poderá ser superior a 05 anos. Para ser considerada desportiva deve observar os critérios previstos no § 2º do artigo supracitado, dentre outros: fornecer aos atletas programas de treinamento nas categorias de base e complementação educacional; garantir assistência educacional, psicológica, médica e odontológica, assim como alimentação, transporte e convivência familiar; disponibilizar alojamento e instalações desportivas adequados, em matéria de alimentação, higiene, segurança e salubridade; ajustar o tempo destinado à atividade de formação do atleta, não podendo ser superior a 04 horas por dia, compatibilizando com os horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante; proporcionar a matrícula escolar, exigir frequência satisfatória e aproveitamento; e, garantir que o período de seleção não coincida com os horários escolares.

O artigo 3º, III, da mencionada lei (BRASIL, 1998, s.p.), descreve que o desporto de rendimento pode ser praticado de modo profissional, quando o atleta tiver precedentemente pactuado com a entidade de prática desportiva uma remuneração em contrato formal de trabalho, ou ser praticado de modo não-profissional, hipótese caracterizada pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido somente o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio.

Conforme analisado, o esportista só poderá ser contratado como profissional a partir dos dezesseis anos. No entanto, é de conhecimento a contratação de atletas mirins que realizam a atividade desportiva de rendimento. Algumas entidades alegam que promovem o desporto de formação, o que, na prática, não acontece, tendo em vista que na situação concreta resta caracterizado o desporto de rendimento. Assim, a partir do momento em que a prática esportiva passa a ser regular, repetitiva e com exigências, se encerra o viés puramente de lazer do esporte. Cassionato (2021, p. 157) aduz que “[...] a regularidade e intensidade dos treinos aliadas com a cobrança de resultados” determina a cessação do mero exercício do direito ao desporto.

A contratação de crianças e adolescentes, abaixo da idade mínima permitida na legislação, para a realização de práticas desportivas de rendimento decorre, na maioria das vezes, da falta de capacidade econômica das famílias, pois, em regra, procuram essas instituições com o objetivo de transformar os jovens em grandes profissionais, para que possam modificar a realidade da própria família.

Sobre o tema, Alcântara (2006, p. 297-298) descreve que o trabalho infantil artístico ou esportivo é visto com fascínio pelas crianças, adolescentes e comunidade em geral, sendo considerado, na maioria das vezes, como uma oportunidade financeira e de notoriedade; inclusive, a mídia tem colaboração nessa propagação de ideias, não revelando as dificuldades pelas quais passam os atletas mirins em todo o país.

Há estudos que descrevem que o futebol tem como característica a contratação de jovens adolescentes que possuem um poder aquisitivo menor e que estão na faixa etária entre dez e doze anos, conquanto que é necessário que comecem a praticar desde cedo. Ademais, as crianças e adolescentes despendem um tempo considerável nas atividades, deixando a formação educacional, muitas das vezes, em segundo plano (D'AVILA *et. al.*, 2011, p. 356-357).

Nascimento (2008, s.p.), em reportagem sobre a realidade dos jovens atletas, ressalta que crianças e adolescentes são submetidos a uma vida em condições precárias em times médios e pequenos, ficando em alojamentos sem higiene, com alimentação de péssima qualidade e afastados dos familiares e da escola, o que acaba repercutindo em sua formação.

Além disso, em alguns casos, são submetidos a cargas excessivas de treinamento e a uma enorme pressão psicológica por resultados, por maior rendimento, além de existirem denúncias de abuso sexual (SOBRINHO, 2018, s.p.).

Desta forma, a conjugação de fatores como a ausência do convívio familiar, a falta de tempo para os estudos, a pressão psicológica e o risco de violência sexual, demonstram que essa atividade carrega potencial nocividade ao sadio desenvolvimento desse segmento populacional, quando não acompanhada da devida fiscalização e acompanhamento pelos órgãos e instituições competentes, sem afastar a responsabilidade do núcleo familiar.

Inclusive, o esporte de alto rendimento, ou melhor, a preparação para esportes de alto rendimento, vai exigir que o indivíduo saiba lidar com várias questões emocionais como estresse, competição, ansiedade, insegurança, dentre outras. A hipercompetitividade exigirá maior esforço, maior desgaste físico e, por desdobramento, maior desgaste emocional.

No caso da criança e do adolescente, a cobrança por resultados, comum na formação de atletas que buscam um nível de rendimento acima da média, é agravada pelo fato de que esse público ainda está em processo de desenvolvimento, e esse contexto não advoga pelo seu bem-estar (COIMBRA, *et. al.* 2013, p. 104-105). Para se ter ideia, no aspecto financeiro, documento produzido pela Confederação Brasileira de Futebol (2016, s.p.) informa, sem maiores detalhes, que 82,40% dos jogadores brasileiros ganham, por mês, até R\$ 1.000,00 de salário. Evidentemente, apesar desses dados datarem de 2016, é possível imaginar os desafios que esses atletas enfrentam, mesmo quando alcançam o *status* de jogador profissional.

Diante do cenário brasileiro, no que tange à contratação de crianças e adolescentes para desempenho de esporte profissional, abaixo da idade permitida, bem como sua realização na modalidade de rendimento, a adequação da legislação para alcançar essa realidade é medida que requer atenção, tendo em vista a necessidade de se assegurar sua proteção física, mental e financeira. O jovem atleta é, antes de um potencial jogador profissional, um cidadão, e não pode receber tratamento como se fosse mero produto mercantil, que pode ser vendido em troca de vultosas quantias ou, simplesmente, descartável, caso não alcance os resultados de produtividade; deve ser visto e tratado com toda a dignidade inerente ao ser humano.

Damo (2005, p. 418) aduz que o volume de capital econômico em circulação no futebol cresceu significativamente nos últimos anos, são milhões de dólares e euros movimentados em compras, transferências e rescisões contratuais de jogadores, fazendo com que seja visto como um rentável negócio para empresários do setor, o que tem como desdobramento o fato de que os “[...] clubes, que até então formavam jogadores para suprir as exigências dos torce-

dores, passaram a fazê-lo também com a perspectiva de lucro econômico, enquanto outros voltam-se exclusivamente para tal finalidade”.

Neste contexto, as categorias de base ficam em evidência, pois, podem revelar novos talentos que irão render vultosas quantias; e isso exige uma atuação preventiva satisfatória do Estado para salvaguardar os direitos dos atletas mirins, inclusive, protegendo-os contra a ação de determinados empresários/agentes de futebol que visam auferir benefícios financeiros, uma vez que um potencial atleta pode render um elevado retorno econômico, fazendo com que seja visto como uma simples mercadoria. Por isso, a família deve estar atenta; e ao Poder Público cabe controlar, regular essa atividade, fixando normas claras e prevendo rígidas punições.

Desta forma, tendo analisado algumas características sobre a atividade esportiva do futebol realizada por crianças e adolescentes, assim como normativas que buscam proteger seus interesses, é oportuna a análise de um dos princípios estruturantes do sistema de proteção infanto-juvenil, qual seja, o Princípio da Proteção Integral.

3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A legislação brasileira dispõe que é responsabilidade do Estado, da família e de toda a sociedade a prevenção e combate ao trabalho infanto-juvenil, sendo dever de todos e direito das crianças e adolescentes a sua proteção contra qualquer tipo de exploração econômica e o desempenho de qualquer atividade que possa ser perigosa ou afete em sua educação, ou ainda que seja nociva para sua saúde e seu saudável desenvolvimento. Nesse sentido, destaca-se que o ordenamento jurídico nacional está em conformidade com os instrumentos jurídicos internacionais que visam combater o trabalho precoce.

Consagrado na primeira parte do artigo 227 da Constituição (BRASIL, 1988, s.p.) como um princípio de observância obrigatória, o tratamento com absoluta prioridade da criança e do adolescente está diretamente ligado a outro valor fundamental, qual seja, a Proteção Integral, que, em termos objetivos, determina que sejam ofertadas condições e oportunidades diferenciadas para o segmento infanto-juvenil, com a elaboração e execução de políticas públicas voltadas, exclusivamente, para esse público, priorizando a concretização de seus direitos essenciais em comparação com os demais cidadãos.

O Princípio da Proteção Integral foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 227 da Constituição (BRASIL, 1988, s.p.), revelando-se de cumprimento obrigatório e declarando ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Cerca de dois anos depois da promulgação da CRFB/88, o ECA (BRASIL, 1990) reforçou a necessidade de proteção integral à população infanto-juvenil, sedimentando esse direito.

Custódio e Veronese (2009, p. 115), quando tratam da Teoria da Proteção Integral, destacam que, a partir dela, emerge o entendimento de que todos os atos relacionados ao atendimento das necessidades desse grupo populacional deve ter como “critério a perspectiva dos seus melhores interesses”. Essa perspectiva é, assim, orientadora das ações da família, da sociedade e do Estado, notadamente nos processos de tomada de decisão que sempre devem considerar quais as oportunidades e facilidades que melhor alcançam os interesses da infância e da juventude.

Assim sendo, a adoção desta doutrina, com previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, advoga no sentido de garantir que toda e qualquer criança ou adolescente terá acesso, com prioridade, aos direitos fundamentais garantidos aos demais cidadãos, e isso desde seu nascimento. Esse público reclama proteção jurídica eficaz, com superioridade de interesses, posto que acobertados pelo manto da prioridade absoluta no acesso a bens jurídicos essenciais Não à toa, Cury, Garrido e Marçura (2002, p. 21) ensinam que:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

No mesmo sentido é o pensamento de Souza e Costa (2018, p. 252), para quem o paradigma da Proteção Integral implica pensar o Direito da Criança e do Adolescente levando em consideração três dimensões, quais sejam: jurídica, política e social. A dimensão jurídica considera a estrutura normativa de proteção aos direitos tanto no âmbito nacional quanto internacional. A política reflete a reafirmação de que o Brasil cumprirá os acordos estabelecidos com os organismos internacionais e nacionais, implementando políticas públicas específicas para esse público. E, a dimensão social converge para uma sociedade que perceba a criança e o adolescente no agora, e não apenas por aquilo que serão no futuro, na medida em que esses cidadãos atravessam diversas fases de desenvolvimento, e, em cada uma delas existem necessidades que precisam ser observadas e realizadas pelo Estado, sociedade e família.

Assim, o interesse superior da criança é o critério estruturante de organização sistemática do Direito, entre seus vários campos, e também no interior do próprio Direito da Criança e do Adolescente, pois “visa orientar todas as ações voltadas à realização dos direitos fundamentais”, o que significa afirmar que, ao reconhecer tal interesse superior, o que se pretende é que todos os bens jurídicos desta população sejam satisfeitos (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 115).

O ECA (BRASIL, 1990) consagrou em seus dispositivos a manifesta intenção de proteger a classe infante-juvenil contra qualquer tipo de violação, como violências em suas várias faces e discriminações, que possam afetar os direitos fundamentais desses sujeitos de direitos, ofendendo sua qualidade intrínseca e distintiva, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Assim, a construção de um panorama jurídico especial, protetivo às crianças e adolescentes, torna-se um dever do Estado, nos diversos níveis da Federação.

A Proteção Integral é um avanço no que tange aos direitos fundamentais desse grupo populacional, cujo gérmen de sua formatação nasce a partir da Declaração de Genebra sobre os Direitos das Crianças, proclamada em 1924 pela Liga das Nações, que foi decorrente das crueldades empreendidas contra as crianças e adolescentes durante a Primeira Guerra Mun-

dial, motivo pelo qual sua instituição tinha por finalidade o reconhecimento e a tutela de seus direitos. Já em 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou uma nova Declaração dos Direitos da Criança, buscando ampliar e modernizar a proteção prevista na Declaração de Genebra, visando atender as necessidades da classe infantil de forma específica, reconhecendo, entre outros, os direitos à educação, à brincadeira, a um ambiente favorável e a cuidados de saúde (RODRIGUES, 2014, p. 87).

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia geral das Nações Unidas em 1989 e descreve, de maneira explícita, a Doutrina da Proteção Integral, apresentando pontos importantes para o bem-estar do grupo infanto-juvenil, e para que se desenvolvam de forma sadia e completa. O texto reconheceu os papéis das crianças como atores sociais, econômicos, políticos, civis e culturais, tendo garantido e estabelecido padrões mínimos para proteger seus direitos e viabilizar a realização de todas as suas capacidades. Foi aprovada pelo Congresso Nacional em 14 de setembro de 1990 e promulgada em 21 de novembro de 1990 por meio do Decreto nº 99.710 (MAZZUOLI, 2020, p. 248).

Mazzuoli (2020, p. 249) ensina que a Convenção sobre os Direitos da Criança está alicerçada em quatro pilares fundamentais que possuem conexão com todos os direitos infanto-juvenis, sendo: “a não discriminação”, significando que esse segmento populacional possui o direito de desenvolver todo o seu potencial, independente da parte do mundo em que estejam; “o interesse superior da criança”, revelando que seu melhor interesse deve ser a prioridade para Estados e sociedade em suas decisões e ações; “a sobrevivência e desenvolvimento”, a partir da garantia de acesso satisfatório aos serviços básicos e à igualdade de oportunidades para que possam se desenvolver plenamente; e, “a opinião da criança”, que deve ser ouvida e levada em consideração em todos os assuntos relativos aos seus direitos e garantias.

Em consonância à proteção internacional dos direitos infanto-juvenis, firmou-se no Brasil um ordenamento jurídico que busca tutelar, de forma abrangente, os direitos e interesses dos infantes, de forma integral e com prioridade absoluta, tornando todas as crianças e todos os adolescentes sujeitos de direitos. Isto é, o Brasil removeu o *status* de objeto e de quase cidadãos empregados a esse grupo populacional, e os reconheceu como sujeitos detentores de direitos e de garantias, no mesmo nível dos demais cidadãos adultos, aprofundando esta proteção em virtude de estarem em processo de desenvolvimento (VERONESE, 2013, p. 49-50).

De acordo com Lopes (2016, p 134), primeiro a CRFB/88 e, posteriormente, o ECA, foram os diplomas que firmaram os pilares de sustentação dos direitos da criança e do adolescente, todos umbilicalmente interligados, de modo que a completa satisfação de um depende da adequada satisfação dos demais, tendo em vista o elevado grau de influência entre eles. A realização do direito à educação pública e de qualidade depende da concretização do direito à saúde, que, por sua vez, depende da efetivação do direito à moradia, e assim o ciclo de direitos fundamentais deve ser preenchido com a elaboração e execução de políticas públicas.

Neste contexto, proibiu-se o trabalho noturno, perigoso, insalubre e doméstico aos menores de dezoito anos, restabeleceu-se a idade mínima para o trabalho em dezesseis anos, ressaltando a aprendizagem desde os quatorze anos, garantindo-se também todos os direitos trabalhistas e previdenciários, além da garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola, partindo do pressuposto de que a educação é o meio para ascender no tecido social, econômico e político.

O trabalho infantil é uma forma de exploração que retira o direito a uma infância normal, dificulta o bom rendimento escolar e ainda compromete seu desenvolvimento saudável. Além disso, ainda tem os efeitos psicológicos, na medida em que a inserção precoce no mercado de trabalho estimula o abandono da infância, fazendo com que ingressem no mundo adulto. Os prejuízos ao desenvolvimento psicológico e intelectual refletem em todo o seu conjunto de relações pessoais e sociais.

Nesse sentido, como dizem Custódio e Veronese (2009, p. 101), o amadurecimento precoce acarreta alterações no equilíbrio psicológico na fase adulta, fazendo com que “[...] as responsabilidades inerentes ao trabalho provocam, em suas raízes, a perda dos aspectos lúdicos, primordiais para o desenvolvimento de uma infância saudável e equilibrada”. A inserção prematura desse segmento no mundo do trabalho acaba resultando na anulação da infância, considerando as consequências para seu desenvolvimento físico, cognitivo, emocional, social e moral.

Aprofundando o estudo dessas consequências, Custódio e Veronese (2007, p. 105) aduzem que o trabalho desenvolvido por crianças danifica seu desenvolvimento cognitivo, pois prejudica o processo de alfabetização, o aprendizado e a aquisição de novos conhecimentos; além disso, afeta seu desenvolvimento emocional, na medida em que perturba a constituição de sua auto-estima, da exata compreensão dos sentimentos de amor, aceitação, elos familiares, e ainda ameaça seu desenvolvimento físico, compreendendo a saúde em suas variadas facetas. Os autores ainda acrescentam a dificuldade para discernir o que é certo e o que é errado, de se identificar com determinado grupo, de se interrelacionar, tudo isso como desdobramento dos prejuízos ao desenvolvimento social e moral.

Por outro lado, o anseio desse grupo populacional em ingressar no cenário do futebol profissional é uma realidade na sociedade, desafiando as normas protetivas que, na prática, proíbem atividades que exigem maior esforço físico e mental aos menores de dezesseis anos. Dentro desse contexto, questiona-se a compatibilização entre a possibilidade de permissão da atividade esportiva, como reflexo da livre vontade da criança ou do adolescente, referendada por seus pais, e o resguardo do Princípio da Proteção Integral, tendo em vista que é um princípio que fundamenta todo o ordenamento jurídico, sendo adotado no âmbito constitucional, convencional e infraconstitucional, motivo pelo qual sua observância é obrigatória.

Ademais, a questão não é de fácil resolução, porquanto que o sonho de ser jogador de futebol está no imaginário de milhares de crianças e adolescentes ao redor do país. Ocorre que, o trabalho esportivo, apesar de possuir características próprias, não deve deixar de ser compreendido como uma forma de trabalho, constituindo um tipo de labor que, apesar de não ser desenvolvido, em regra, em condições precárias, é realizado em circunstâncias que exigem muito esforço, disciplina e dedicação daqueles que buscam vivenciá-lo.

É bem verdade que é um tema que comporta intensa discussão, na medida em que pode acarretar frustração e comprometer o desenvolvimento mental dos envolvidos, violando o Princípio da Proteção Integral que veda qualquer forma de violência. No entanto, a possibilidade de permissão de seu desempenho, pela autoridade judiciária competente, para menores de dezoito anos faz com que a reflexão seja necessária, à luz do Princípio da Proteção Integral.

Nessa linha, compreende-se que a partir da Doutrina da Proteção Integral essa atividade poderá ser permitida desde que não implique prejuízos para o desenvolvimento físico e mental das crianças e dos adolescentes. E, nesta conjuntura, a questão central é a fiscalização,

ou melhor, se existe um aparato estatal capaz de manter um sistema contínuo de controle desses ambientes em que as atividades são desenvolvidas. Aqui, toda a rede de proteção deve estar conectada, incluindo Conselho Tutelar, Conselhos dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público estadual, Comissariado da Infância e da Juventude dos Tribunais de Justiça, enfim, todos os atores devem exercer supervisão diuturna, somente assim será possível a efetiva proteção dos direitos infanto-juvenis.

Ressalte-se, no caso de atletas mirins que desempenham atividades na seara do futebol é preciso ter cuidado com o seu desenvolvimento mental, físico e social, pois o desporto de alto rendimento é modalidade que exige muito comprometimento, dedicação e renúncia. Neste aspecto, a valorização da convivência comunitária e familiar da criança e do adolescente é ponto relevante para a manutenção dos vínculos e a preservação da dignidade, bem como fortalecer os canais para que esses cidadãos possam externalizar a sua visão e realidade cotidiana. Além disso, a manutenção do vínculo escolar e a sua produtividade são essenciais.

Melo *et. al.* (2016, p. 405) acentuam que o tempo gasto com a formação no futebol pode criar sensíveis dificuldades para uma vida escolar dedicada e para uma formação cultural de qualidade. Considerando que a educação é fundamental para a formação do cidadão e transformação da sociedade, os autores ressaltam que a preservação do vínculo escolar, com a devida aferição de sua produtividade, são questões que precisam ser observadas com atenção, pelo núcleo familiar e pelas entidades protetivas que fiscalizam essas atividades. Ora, a partir do momento que o futebol se torna preferencial em detrimento da escola é momento de repensar as prioridades, e isso é uma questão que deve ser equacionada pela família, primeiramente.

Diante do Princípio da Proteção Integral, os atletas mirins não podem ser submetidos a níveis de exigência que possam comprometer sua saúde física e mental, prejudicando seu sadio desenvolvimento. Dilapidar a infância e a juventude de uma pessoa em troca de rendimentos financeiros não pode ser permitido, motivo pelo qual a regulação dessa modalidade de trabalho precisa se tornar prioridade, afinal de contas, a criança e o adolescente possuem primazia em qualquer esfera de Poder, em qualquer política pública, mesmo na esfera privada, conquanto que o futuro do país passa pela formação saudável desse grupo populacional.

4. A TRAGÉDIA NO CENTRO DE TREINAMENTO DO FLAMENGO E A REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO INFANTO-JUVENIL NO FUTEBOL

Em 08 de fevereiro de 2019 um incêndio atingiu o centro de treinamento do Clube de Regatas do Flamengo, espaço destinado para o acolhimento de seus jogadores de futebol sub-20, ocasionando a morte de dez jovens e deixando três feridos. O **sinistro aconteceu no alojamento das categorias de base**, em Vargem Grande, subúrbio do Rio de Janeiro. Com a situação, atletas de quatorze a dezesseis anos, de cinco Estados, deixaram para trás o sonho de se tornarem atletas profissionais de futebol e terem seu talento reconhecido.

Os meninos residiam em contêineres, longe de suas famílias, jogando em um grande clube do futebol brasileiro, sonhando com a realização e sucesso profissional. Após a fatalidade,

processos foram abertos na Justiça do Rio de Janeiro, tramitando em segredo de justiça, seja para buscar responsabilidade pelas mortes, seja para a fixação de indenização aos familiares.

Segundo Vettorazzo (2019, s.p.), o juiz de Direito, Pedro Henrique Alves, da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Capital, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), após o incêndio, determinou em caráter liminar a proibição da entrada, permanência ou participação de crianças e adolescentes nas dependências do centro de treinamento do Flamengo até o julgamento do mérito. Em caso de descumprimento, o clube estaria obrigado ao pagamento de multa de R\$ 10 milhões, e o presidente do clube, Rodolfo Landim, de multa de R\$ 1 milhão.

Antes da ocorrência da tragédia foram realizadas fiscalizações nas quais foram detectadas irregularidades pelo serviço da 1ª Vara da Infância. E, durante as verificações realizadas pelo Comissariado do Juízo, antes e durante a instrução processual, foram identificadas diversas falhas no centro de treinamento no tocante às acomodações, alimentação, atenção à saúde, à educação, acompanhamento pedagógico e psicológico, documentação de cada atleta, equipe profissional e convivência familiar e comunitária, conjuntura esta que viola o artigo 29, §2º da Lei Pelé (BRASIL, 1998, s.p.). O presidente do clube se comprometeu a sanar todas as irregularidades apontadas tanto pelo Ministério Público, quanto pelo Serviço de Fiscalização do Juízo (ALMEIDA; CASTRO, 2019, s.p.).

Em 11 de março de 2019, houve a liberação parcial, pela 1ª Vara da Infância, do centro de treinamento para ser usado pelas categorias de base do Flamengo, somente podendo utilizar o local para treinamentos, atividades esportivas, frequentar os vestiários, centro médico e restaurante. A liberação estaria condicionada à disponibilização de assistência médica integral e oportuna em caso de incidente de urgência e à realização de vistoria no local, com apresentação do relatório no prazo de 30 dias, pelo Corpo de Bombeiros, a fim de verificar se foram sanadas as irregularidades apontadas no laudo de exigências e no Termo de Ajustamento de Conduta firmado para obtenção do certificado de aprovação (CORRÊA, 2019, s.p.; BRASIL, 2019, s.p.).

A decisão foi acolhida a pedido do Flamengo, que alegou ter adotado uma série de providências. O clube afirmou ter trazido as famílias das crianças e adolescentes, vítimas da tragédia, para o Rio de Janeiro e as hospedou em um hotel para acompanharem as providências e o desenrolar dos acontecimentos. Afirmou, também, que vinha mantendo contato com o Ministério Público e a Defensoria Pública e iniciou um processo de mediação pré-processual com as famílias visando à realização de composição amigável para reparação dos danos (CORRÊA, 2019, s.p.).

Cumprido ressaltar que superados três anos desde o ocorrido, nenhuma das onze pessoas denunciadas pelo Ministério Público foi condenada pela tragédia, todos respondem pelo crime de incêndio culposo qualificado. Ademais, nove famílias já fizeram acordos de indenização com o clube (ARAÚJO, 2022, s.p.).

Desse modo, considerando a tragédia ocorrida no centro de treinamento do Flamengo, a situação desperta a necessidade de se debater o trabalho desenvolvido por esses jovens atletas e as condições oferecidas. É preciso que as entidades que promovam a prática desportiva obedeçam ao que dispõe as normas do ordenamento jurídico, tendo em vista que é dever de todos, inclusive das entidades que exploram a prática desportiva, o respeito às normas prote-

tivas do público infanto-juvenil, inseridas na CRFB/88 e no ECA, principalmente, considerando a inexistência de regulação específica que abarque o grupo infanto-juvenil na esfera esportiva, notadamente na seara do futebol, em temas como idade para formalização contratual, transferência para o exterior, assegurar a convivência familiar, oferecer alojamentos que cumpram as normas de segurança, higiene e saúde, dentre outros aspectos relevantes.

Desde muito cedo crianças e adolescentes procuram essas atividades almejando se tornarem atletas profissionais e, assim, conquistar um futuro promissor. Ocorre que esse sonho pode ser frustrado por diversas razões, seja por inaptidão para o esporte, intermediação de falsos agentes, rendimento inferior ao esperado ou mesmo uma tragédia como ocorreu no centro de treinamento do Flamengo, sendo poucos os que conseguem atingir seu objetivo e alcançar o sucesso profissional.

Compreende-se que em face do acontecido, conveniente que medidas punitivas sejam adotadas pelas autoridades, assim como um trabalho de conscientização quanto à importância de ofertar condições básicas para o desempenho das atividades, viabilizando que o meio ambiente de trabalho seja saudável e apto para o desenvolvimento daqueles que optaram, livremente, pelo esporte de rendimento, na busca da realização de seus objetivos. Evidentemente, quando os envolvidos são crianças e adolescentes, o acompanhamento contínuo é uma providência salutar, seja com equipe pedagógica, psicológica, de saúde, dentre outras, tudo para resguardar os seus direitos essenciais.

As entidades, ou melhor, os clubes precisam ser inspecionados quanto aos seus alojamentos, instalações desportivas, alimentação, higiene, segurança e salubridade. É apropriado que os atletas recebam as condições adequadas, pois só poderá ser considerada como formadora de atleta a entidade desportiva que obedecer, cumulativamente, as normas constitucionais e infraconstitucionais em vigência, na medida em que explicitam as regras que precisam ser observadas em prol do bem-estar deste segmento populacional, atentando para o fato de estarem em processo de desenvolvimento e serem prioridade no atendimento de seus interesses maiores.

Inclusive, cumpre mencionar, o Relatório de Gestão da Confederação Brasileira de Futebol do ano de 2017 (CBF, s.p.) aponta a instituição do Programa Seleções do Futuro, cujo foco é proporcionar aos beneficiados a evolução da consciência, o prazer pela prática esportiva e a aquisição de uma cultura de lazer esportivo, sendo que o meio para alcançar os objetivos é a criação de núcleos de futebol de base em todo o território nacional, tendo como público-alvo crianças e adolescentes com faixa etária entre seis e dezessete anos. Busca o programa, dentre outros, contribuir para a melhoria das capacidades físicas e habilidades motoras dos beneficiados, no intuito de melhorar o desempenho esportivo na modalidade futebol.

Destaca-se que, para além dos benefícios naturais da prática esportiva, como melhoria da saúde e da qualidade de vida, exsurge a necessidade de atenção, de acompanhamento dos pais, sociedade e Estado, quanto às condições do ambiente em que essas crianças e adolescentes estão sendo inseridas, visando, precipuamente, protegê-las de eventuais violações de direitos.

Uma das grandes controvérsias neste contexto diz respeito à idade do menino ou menina que deseja ingressar no centro de treinamento dos clubes. Isso porque o ordenamento jurídico proíbe qualquer atividade laborativa para menores de quatorze anos, ainda mais em um esporte marcado pela seletividade e competição, como é o futebol. Entretanto, como afirma

Miguel (2012, p. 54), os atletas mostram suas aptidões muito antes de o Direito permitir a sua efetiva proteção, o que pode dar margem à exploração dessas crianças, posto que aos clubes interessa serem os precursores na descoberta de um talento.

A Federação Internacional de Futebol (*FIFA - Fédération Internationale de Football Association*), em seu *Regulations on the Status and Transfer of Players*, edição publicada em janeiro de 2021, prevê em seu anexo 04 (2021, p. 81) que o treinamento e a educação de um jogador ocorrem entre as idades de doze e vinte e três anos, ou seja, a instituição permite que pessoas menores de quatorze anos sejam inseridas em centros de treinamento profissional, o que contraria a legislação brasileira, que faz referência expressa à idade de quatorze anos para desempenhar, exclusivamente, atividade de aprendiz, que seria um não profissional ou praticaria desporto educacional, proibindo-lhe o exercício de qualquer trabalho. A Lei Pelé (BRASIL, 1998, s.p.), por sua vez, apenas autoriza a assinatura de contrato de trabalho desportivo profissional a partir dos dezesseis anos, quando então ter-se-ia o desporto de rendimento.

Dentro desta realidade, em dissonância à Lei, mesmo não podendo firmar um contrato profissional, esses meninos já cumprem todos os deveres inerentes a um profissional do esporte, como preparação física, treinamento habitual, participação em competições, dentre outros. Na prática, não se está diante de um simples centro de treinamento ou de uma escolhinha de futebol, o que ocorre é uma preparação ou formação de um atleta, cujo despertar pode gerar rendimentos para o clube, para os empresários.

Assim, o papel do Poder Público neste contexto merece atenção, visto que a inserção de meninas e meninos em atividades de formação de atletas pode significar uma forma de retorno financeiro para ajudar a família, resultando numa substituição do papel de adulto na manutenção do núcleo familiar (BELÉM, 2015, p. 144). É por isso que Oliveira, Peruca e Trevisam (2021, p. 64) acentuam que o trabalho infante-juvenil tem um nexos causal com a classe social em que a criança está inserida, se tornando mais acentuado naqueles mais pobres, principalmente em lares em que um ou alguns dos indivíduos que compõem a família se encontram desempregados ou em atividades informais.

Evidentemente, o ingresso de um jovem em um centro de treinamento deve partir de uma vontade sua, e cabe aos pais acompanhar seu desenvolvimento, atentos ao comportamento e atitudes de seus filhos, para que tenham em seu núcleo familiar a segurança que precisam para buscarem sua própria confiança e maturidade. Quanto aos locais de treinamento, sabe-se que eles precisam preencher os critérios legais, ofertando todo um conjunto de serviços em prol do bem-estar de seus jogadores, respeitando sua dignidade humana e sua condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, bem como serem regularmente fiscalizados pelas instituições públicas.

Proteger as crianças e adolescentes é um comando que se extrai não apenas das leis infraconstitucionais, a exemplo do ECA, mais também, e sobretudo, da CRFB/88 e dos Tratados Internacionais ratificados pelo país e que, por isso, são de observância e cumprimento obrigatórios. Desta forma, a atividade futebolística com formação profissional deve ser supervisionada, continuamente, pela família, sociedade e, principalmente, pelo Estado, não à toa a rede de proteção estabelecida pelo ECA é robusta e hábil ao desiderato de averiguar o meio ambiente do trabalho onde estão inseridos os atletas, assim como acompanhar a higidez mental desses cidadãos.

Entrementes, a questão referente à transferência de atletas para outros países merece maior aprofundamento, seja quanto à convivência familiar e comunitária, custeio de alimentação e habitação, saúde e educação, enfim, direitos fundamentais que precisam ser realizados, impedindo que o atleta seja instrumentalizado e visto como mero “produto” a serviço do mercado, que gerará lucros. Independentemente do potencial futuro de um atleta, ele deve ser tratado como ser humano, proprietário de direitos fundamentais e, por isso, detentor de dignidade humana.

5. CONCLUSÃO

Embora inexista uma normativa que regule, especificamente, o trabalho desenvolvido pelo grupo infanto-juvenil na conjuntura do futebol, quando antecedido de autorização realizada pelas autoridades competentes, notadamente quanto a questões atinentes à continuidade da convivência familiar, proteção de interesses financeiros, limitações à rotina de trabalho, fiscalização quanto a práticas de pressão psicológica por resultados, dentre outros, é certo que a CRFB/88 e o ECA, além da Lei nº 9.615/1998 e suas atualizações, servem como parâmetro para verificar a estrita observância das normas que protegem a integridade física e psicológica das crianças e adolescentes que desempenham essas atividades.

A autorização judicial para a participação de crianças e adolescentes em atividades de formação voltadas ao futebol é uma realidade, com fundamento não apenas no princípio da razoabilidade, mais também, no direito à liberdade da criança e adolescente de expressar sua opinião, sua livre vontade. O ponto de inquietação é que nem sempre tais atividades são acompanhadas da devida vigilância pelos órgãos e entidades competentes, somado ao fato de que a legislação não regula determinadas questões específicas. Essa regulamentação serviria não para inviabilizar a atividade, mas sim, para proteger esse segmento populacional em sua vida e saúde, evitando que tragédias como a ocorrida em 2019 se repita.

Desta forma, um maior controle é necessário para, na busca de um objetivo, esses meninos não sejam inseridos em uma situação de risco, por isso questões como: idade mínima para a formalização contratual aos quatorze anos, punindo clubes que inobservando essa faixa etária inserem os meninos em rotinas de desporto de rendimento; atividade de agentes/empresários do futebol; proteção aos interesses financeiros dos atletas; alojamentos decentes, observando normas de segurança e sendo os clubes fiscalizados regularmente e punidos exemplarmente, se necessário; acompanhamento psicológico, pedagógico, saúde e facilitação para o desenvolvimento educacional dos atletas, de maneira contínua e recebendo inspeções periódicas dos órgãos competentes; resguardo ao direito à convivência familiar e comunitária e, normatização da transferência de atletas para o exterior, são temas que precisam ser melhor analisados pelo Legislativo, para que não ocorra a perda da fase infanto-juvenil em troca de um sonho que pode não se realizar.

É importante ressaltar, outrossim, que a inserção de uma criança ou adolescente em um centro de treinamento não pode ser resultado de uma imposição familiar, ou melhor, um mecanismo para auferir contraprestação financeira, em detrimento da vontade daquele. Neste aspecto, é de se ressaltar que o Estado tem uma função relevante, qual seja, garantir condi-

ções mínimas para que os pais possam, através de um emprego, obter renda suficiente para a manutenção do núcleo familiar. Para isso, a elaboração e execução de políticas públicas para geração de emprego e renda é essencial, pois, somente com uma remuneração contínua os genitores poderão auxiliar no desenvolvimento saudável de seus filhos, incentivando-os na busca de seus projetos e mantendo-os, sempre, na escola, eis que instituição essencial.

E, se ainda assim, for da livre vontade da criança ou do adolescente fazer parte de uma atividade esportiva, com a devida autorização judicial, é imprescindível uma fiscalização constante e com severas punições para quem não observar as regras básicas protetivas insertas no ordenamento jurídico. Os atletas mirins, é bom frisar, não deixam de ser criança ou adolescente por estarem inseridos no meio esportivo, que é competitivo, e mais, esta fase não pode ser interrompida por conta de quadros de estresse, depressão, sentimento de perda, ansiedade, entre outros distúrbios.

Evidentemente, se a atividade for cercada da atenção dos pais e fiscalização efetiva do Estado, através de suas variadas instituições, aliada à edição desta normativa aqui defendida, que se some ao ECA, é esperado que os benefícios se sobressaiam e o jovem possa ter a oportunidade de construir um futuro promissor, a partir de sua livre vontade.

Destarte, constata-se que o trabalho infanto-juvenil no futebol não é devidamente regulamentado no Brasil, merecendo receber atenção do Poder Legislativo que deve refletir sobre pontos centrais e externalizar regras e procedimentos inequívocos sobre o tema, considerando o potencial efeito deletério à integridade física e mental de atletas quando o Poder Público não cumpre com seu papel regulador e fiscalizador ou o faz de maneira precária, assim como quando os pais não exercem, efetivamente, seu dever de acompanhar o desenvolvimento de seus filhos. A questão que deve sobressair é se os interesses jurídicos desses jovens estão sendo tutelados adequadamente, ou seja, se a Proteção Integral está sendo observada, e, justamente por isso, uma regulamentação particularizada se faz imprescindível.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Hélio. **A magia do futebol**. Estudos avançados [on line]. São Paulo, v. 20, n. 57, p. 297-305, ago. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142006000200021> Acesso em: 16 dez. 2021.

ALMEIDA, Pedro Ivo; CASTRO, Vinicius. Por que CT não foi interditado por falta de alvará antes de incêndio?. **UOL Esporte** – Rio de Janeiro. 12 fevereiro 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2019/02/11/por-que-ct-nao-foi-interditado-por-falta-de-alvara-antes-de-incendio.htm#:~:text=O%20que%20diz%20o%20Corpo,as%20exig%C3%AAs%20previstas%20na%20legisla%C3%A7%C3%A3o.> Acesso em: 15 dez. 2021.

ARAÚJO, Genilson. Incêndio no Ninho do Urubu completa três anos; até hoje, nenhum dos indiciados foi condenado pela tragédia. **G1**, Rio de Janeiro, Bom dia Rio – 08 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/02/08/incendio-no-ninho-do-urubu-completa-tres-anos-ate-hoje-nenhum-dos-indiciados-foi-condenado-pela-tragedia.ghtml> Acesso em: 27 fev. 2022.

BELÉM, Kássia Kiss Grangeiro. **Trabalho infantil esportivo e artístico: o sentido a partir da vivência**. Dissertação (Mestrado em Psicologia). 174 f. Centro de Ciências Humanas e Letras, Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2015. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11699?locale=pt_BR Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015**. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp150.htm Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9615, de 24 de março de 1998**. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências (Lei Pelé). Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615consol.htm Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **'Ninho do Urubu' é liberado parcialmente para as categorias de base**. Assessoria de imprensa – 16 de abril de 2019. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6326466> Acesso em: 15 nov. 2021.

CASSIONATO, Andréa Silva Albas. Distinção entre direito ao desporto e trabalho infantil no esporte. In: GORCZEVSKI, Clovis; CUSTÓDIO, André Viana (Org.). **Direito & Políticas Públicas**. 1. ed. – Porto Alegre: Free Press, 2021, p. 156-179.

CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: conveniência, legalidade, e limites. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 139-158, jan./mar. 2013. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38639/014_cavalcante.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 03 nov. 2021.

COIMBRA, Danilo Reis; BARA FILHO, Maurício; ANDRADE, Alexandro; MIRANDA, Renato. Habilidades psicológicas de coping em atletas brasileiros. **Motricidade, Vila Real**, vol. 9, n. 1, p. 95-106, jan. 2013. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1646-107X2013000100010&lng=pt&nrm=iso Acesso em: 16 out. 2021.

CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL (CBF). **Raio-X do futebol: salário dos jogadores**, 2016. Disponível em: <https://www.cbf.com.br/a-cbf/informes/index/raio-x-do-futebol-salario-dos-jogadores> Acesso em; 20 nov. 2021.

CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL (CBF). **Relatório de gestão 2017**. Disponível em: https://conteudo.cbf.com.br/cdn/201904/20190410115911_97.pdf Acesso em: 02 dez. 2021.

CORRÊA, Douglas. Ninho do Urubu é liberado parcialmente para categorias de base. **Agência Brasil** – Justiça. 16 abril 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-04/ninho-do-urubu-e-liberado-parcialmente-para-categorias-de-base> Acesso em: 15 nov. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018.

CURY, Munir; GARRIDO, Paulo Afonso; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil**. Florianópolis, Santa Catarina: OAB/SC Editora, 2007.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multidéia, 2009.

DAMO, Arlei Sander. **Do dom à profissão: uma etnografia do futebol espetáculo a partir da formação de jogadores no Brasil e na França**. Tese (Doutorado) 435 f. - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UFRGS, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/5343> Acesso em: 01 dez. 2021.

D'AVILA, Geruza Tavares et. al. Acesso ao ensino superior e o projeto de “ser alguém” para vestibulandos de um cursinho popular. **Psicologia & Sociedade**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 350-358, ago. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/ys8PFXpk6b8Mx4pwYd6HkfD/?lang=pt> Acesso em: 04 nov. 2021.

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DE FOOTBALL ASSOCIATION (FIFA). **Regulations on the Status and Transfer of Players**. January 2021 Edition. Disponível em: <https://digitalhub.fifa.com/m/e7a6c0381ba30235/original/g1ohn-gu7qdbxyo7kc38e-pdf.pdf> Acesso em: 27 fev. 2022.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LOPES, Emília. **Os filhos do Estado**: A institucionalização de crianças e adolescentes à luz do direito fundamental à convivência familiar e comunitária. 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 7 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MELO, Leonardo Bernardes Silva de et. al. Jornada escolar versus tempo de treinamento: a profissionalização no futebol e a formação na escola básica. **Revista Brasileira de Ciências do Esporte [online]**, v. 38, n. 4, p. 400-406, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbce/a/dhcLD55bx3kvjPBtx8ndWhC/abstract/?lang=pt#> Acesso em: 29 nov. 2021.

MIGUEL, Ricardo Georges Affonso. A possibilidade de contratação do atleta menor de futebol e a utilização do instituto da antecipação de tutela para a transferência do atleta de futebol. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 1, n. 11, p. 42-62, set, 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/97380> Acesso em: 02 fev. 2022.

NASCIMENTO, Gilberto. Vida de Gado. **Revista Carta Capital**. Artigo reportagem. Nov-2008. Disponível em: <https://www.clicrbs.com.br/blog/jsp/default.jsp?source=DYNAMIC,blog.BlogDataServer,getBlog&uf=1&local=1&template=3948.dwt§ion=Blogs&post=122904&blog=217&coldir=1&topo=4026.dwt> Acesso em: 20 dez. 2021.

OLIVEIRA, Bruna Nubiato; PERUCA, Daniela Rocha Rodrigues; TREVISAM, Elisaide. Os impactos pós-pandemia no Brasil e o combate e erradicação do trabalho infantil. **Revista DIREITO UFMS | Campo Grande, MS | v. 7 | n. 1 | p. 53 - 70 | jan./jun. 2021**. Disponível em:

<https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/12904> Acesso em: 04 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **C138 - Idade Mínima para Admissão**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_235872/lang-pt/index.htm Acesso em: 03 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **C182 - Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_236696/lang-pt/index.htm Acesso em: 03 jan. 2022.

RODRIGUES, Rodrigo. A Proteção Jurídica das Crianças e dos Adolescentes. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 58, Jul./Ago. - 2014, publicado em out. 2014, p. 83-101. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2560>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SCARABELLI, Camila Ceroni. Controle de convencionalidade acerca do trabalho infantil. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; PIRES, Rosemary de Oliveira (Orgs.). **A comunicabilidade do direito internacional do trabalho e o direito do trabalho brasileiro** - volume 2 (Coleção Internacional do Trabalho). – 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 110 – 122.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. **Trabalho infantil esportivo**. ANAMATRA (Associação Nacional dos magistrados da Justiça do Trabalho). 19 de março de 2018. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/26300-trabalho-infantil-esportivo> Acesso em: 02 nov. 2021.

SOUZA, Ismael Francisco de; COSTA, Maria Carolina dos Santos. Trabalho infantil e diálogo intercultural: caminhos possíveis? **Meritum** – Belo Horizonte – v. 13 – n. 1 – p. 246-262 – Jan./Jun. 2018. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/5938> Acesso em: 21 dez. 2021.

SOUZA, Ismael Francisco de; LEME, Luciana Rocha. A proteção contra a exploração do trabalho infantil e seus reflexos no Sistema Único de Assistência Social (SUAS) no Brasil. In: CUSTÓDIO, André Viana; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Suzéte da Silva (Orgs.). **Direitos humanos de crianças e adolescentes e políticas públicas**. Curitiba: Multideia Editora, 2014, p. 41-66.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 79, nº 1, jan./mar. 2013, p. 38-54. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/38644/003_veronese.pdf?sequence=1 Acesso em: 06 nov. 2021.

VETTORAZZO, Lucas. Justiça do Rio proíbe entrada de crianças e adolescentes em CT do Flamengo. **Folha de São Paulo – Esporte**. 13 fev. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/esporte/2019/02/flamengo-suspensao-de-concentracao-do-time-profissional-no-ninho-do-urubu.shtml> Acesso em: 15 nov. 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 12/01/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 30/01/2022
- Avaliação 1: 20/02/2022
- Avaliação 2: 23/02/2022
- Decisão editorial preliminar: 26/02/2022
- Retorno rodada de correções: 10/03/2022
- Decisão editorial/aprovado: 27/03/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A BASE LEGAL DO LEGÍTIMO INTERESSE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

THE LEGAL BASIS OF THE LEGITIMATE INTEREST IN THE GENERAL PERSONAL DATA PROTECTION LAW

JOÃO VITOR MARQUES FERNANDES¹
ADRIANO DA SILVA RIBEIRO²

RESUMO

O artigo objetiva a compreensão das bases legais que fundamentam um tratamento de dados pessoais lícito (art. 7º da LGPD) é fundamental para a continuidade do desenvolvimento econômico e tecnológico do mercado aliada aos direitos e garantias dos indivíduos que utilizam os serviços do mundo digital. Dentre essas bases jurídicas, o Legítimo Interesse (art. 7º, IX) destaca-se pela maior amplitude e subjetividade de seu conteúdo e como uma possível “válvula de escape” para legitimar parte do tratamento de dados que encontrar barreiras na busca por um consentimento válido em meio à grande vulnerabilidade informacional inerente às relações jurídicas digitais. Para o desenvolvimento do artigo, o método utilizado será o dedutivo, com base na pesquisa teórica e doutrinária nacional e estrangeira, em livros e artigos, no exame dos textos legais. Realizando uma interpretação sistemática da LGPD e analisando as reflexões da doutrina nacional e europeia sobre o tema, conclui-se que o legítimo interesse deve corresponder a um objetivo relevante, atual, concreto, delimitado, condizente com as atividades daquele que busca o tratamento de dados, e que tenha respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, é necessária a realização do chamado Teste de Ponderação, buscando balancear os direitos e interesses do titular dos dados tratados.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Grupo de Trabalho do Artigo 29. Controlador de dados. Legítimo interesse. Privacidade contextual.

- 1 Mestrando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Pós-graduando em Direito Digital e Compliance pelo Instituto Damásio de Direito do IBMEC. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Assistente Judiciário na 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/1957518682037734>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1741-8265>.
- 2 Professor em Estágio Pós-Doutoral no Mestrado em Direito da Universidade FUMEC. Pós-Doutor em Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Integrante do Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO) - Rede Avançada de Pesquisas em Direito - FUMEC, registrado no CNPq. Integrante do Grupo de Pesquisa Diálogos constitucionais e(m) crise de efetividade: análise de institutos de Direito Público e de Direito Privado - FUMEC, registrado no CNPq. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Orientador no Grupo Educacional IESLA/ESJUS. Professor de Teoria Geral do Estado no IEC/PUCMinas, em parceria com EJEF/TJMG (2013). Assessor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-6658-3179>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FERNANDES, João Vitor Marques; RIBEIRO, Adriano da Silva. A base legal do legítimo interesse na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 251, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.9079>.

ABSTRACT

The objective of this scientific article is the understanding of the legal basis that support a lawful treatment of personal data (art. 7 of the LGPD) is fundamental for the continuity of the economic and technological development of the market along with the rights and guarantees of individuals who use the services of the digital world. Among these legal basis, Legitimate Interest (art. 7, IX) stands out for the greater breadth and subjectivity of its content and as a possible “escape valve” to legitimize part of the data processing that encounter barriers in the search for valid consent amid the great informational vulnerability inherent in digital legal relations. For the development of the article, the method used will be the deductive one, based on national and foreign theoretical and doctrinal research, in books and articles, in the examination of legal texts. Carrying out a systematic interpretation of the LGPD, and analyzing the reflections of national and European doctrine on the topic, it is concluded that the legitimate interest must correspond to a relevant, current, concrete, delimited objective, consistent with the activities of those seeking data processing, and that is supported by the national legal system. In addition, it is necessary to carry out the so-called Balancing Test, seeking to balance the rights and interests of the data subject.

Keywords: General Law of Personal Data Protection. Article 29 Working Party. Data Controller. Legitimate interest. Contextual privacy.

1. INTRODUÇÃO

Ao analisar o artigo 7º da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei Federal nº 13.709/18), nota-se um rol taxativo de hipóteses nas quais é lícito realizar o tratamento de dados pessoais. Com efeito, da leitura dos 10 incisos deste dispositivo, constata-se uma grande preocupação do legislador com o consentimento do titular, o cumprimento de obrigações legais e contratuais e com interesses públicos e coletivos. Todavia, chama a atenção uma hipótese autorizadora do tratamento de dados que não se encaixa nestes gêneros, qual seja, o inciso IX, estruturado no chamado “legítimo interesse do controlador ou de terceiros” (BRASIL, 2018).

Em breve síntese, trata-se de hipótese na qual estaria autorizado o tratamento de dados pessoais, sem o consentimento de seus titulares, pautado única e exclusivamente em interesses privados do controlador ou até mesmo de terceiros, os quais a lei não define. Da análise do texto legal, salta aos olhos a amplitude do referido conceito normativo. Aquilo que deveria ser apenas uma hipótese dentro de um rol taxativo, na verdade englobaria inúmeras possibilidades para o tratamento de dados, e sequer envolveria a participação do titular dos dados a serem tratados.

Evidentemente, a previsão legal não visa garantir “carta branca” aos controladores, de modo a autorizá-los a tratarem os dados de seus usuários como bem entenderem. Tanto é assim que, em seu art. 10, aquela mesma norma busca estabelecer limites para a aplicação do legítimo interesse como fundamento para o tratamento de dados, como a finalidade, a necessidade, a transparência, as expectativas e os direitos e liberdades fundamentais do usuário. Assim, ao autorizar o tratamento de dados com base no legítimo interesse, o legislador, apesar de oferecer uma gama de possibilidades ao controlador, não o autoriza a utilizá-lo indiscriminadamente (TEIXEIRA; ARMELIN, 2019, p. 63).

Todavia, o referido dispositivo mostra-se insuficiente para definir o que seria o legítimo interesse ou justificar a dispensa do consentimento dos titulares de dados. Na verdade, apresenta-nos mais alguns conceitos normativos abertos, como “*finalidades legítimas*” e “*legítimas expectativas*”, por exemplo.

Portanto, verifica-se que a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (BRASIL, 2018) traz o legítimo interesse como “uma das bases legais para o tratamento de dados pessoais e confere ao controlador uma variedade de hipóteses para que se possa tratar a sua base de dados” (TEIXEIRA; ARMELIN, 2019, p. 63). Entretanto, trata-se de uma hipótese excepcional para o tratamento e cujo conteúdo não fora esclarecido por nosso legislador.

Assim, com vistas a diminuir a insegurança jurídica, tanto para titulares quanto para controladores, provocada por um elemento normativo de tamanha amplitude, mostra-se imperioso um estudo visando sua melhor compreensão, buscando não apenas um conceito para o que seria o “legítimo interesse”, mas principalmente as suas bases jurídicas, o seu conteúdo, alcance e aplicabilidade ao tratamento de dados pessoais e à tutela das condutas dos controladores e da privacidade dos titulares dos dados tratados.

Para isso, o presente trabalho propõe-se a analisar possíveis definições para o conteúdo normativo do Legítimo Interesse, bem como ferramentas interpretativas e práticas que poderão viabilizar uma maior segurança jurídica para a sua aplicação no Direito Brasileiro, visando promover tanto a tutela necessária aos dados pessoais dos titulares, quanto as balizas pertinentes à atuação adequada dos controladores de dados pessoais em suas atividades econômicas.

Para o desenvolvimento do artigo, o método utilizado será o dedutivo, com base na pesquisa teórica e doutrinária nacional e estrangeira, em livros e artigos, no exame dos textos legais.

2. O LEGÍTIMO INTERESSE NO DIREITO EUROPEU

Em virtude da vasta experiência europeia na seara da proteção de dados pessoais, representada, principalmente, pelos 25 anos³ de desenvolvimento de normas nacionais e internacionais, sua doutrina já teve diversas oportunidades de se debruçar sob vários dos institutos aplicáveis a essa tutela. O legítimo interesse foi um deles. Assim, em razão da grande influência que o direito comunitário europeu teve no desenvolvimento da LGPD, inspirada fortemente pelo *General Data Protection Regulation* (GDPR) europeu, analisar como esta base legal para o tratamento de dados vem sendo interpretada e aplicada no Direito estrangeiro é de grande valor para o seu estudo no âmbito do ordenamento brasileiro.

3 Em 1970 foi aprovado na Alemanha o Ato de Proteção de Dados de Hesse (*Hessisches Datenschutzgesetz*), a primeira legislação a regular especificamente a proteção de dados pessoais no mundo. Após a edição deste ato normativo, diversos países europeus seguiram os passos alemães e também editaram suas legislações específicas, como Suécia (1973), Dinamarca, Noruega e França (1978). Diante desta ampla produção legislativa nacional, a comunidade europeia achou por bem editar textos normativos de caráter multinacional. O primeiro deles, produzido ainda em 1980, foram as Diretrizes sobre Proteção da Privacidade e o Fluxo Transfronteiriço de Informações Pessoais da OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*). No ano seguinte, o Conselho da Europa (atual Conselho da União Europeia), promulgou a Convenção nº 108 para a Proteção dos Indivíduos com Respeito ao Processamento Automático de Dados Pessoais. (SARLET, 2020).

Antes mesmo do advento do GDPR, a Diretiva 95/46/EC (UNIÃO EUROPEIA, 1995) relativa ao processamento de dados pessoais, por meio de seu artigo 29 criou o chamado *Grupo de Proteção das Pessoas no que diz respeito ao Tratamento de Dados Pessoais*, o qual, em razão do dispositivo que o instituiu, ficou comumente conhecido como *Article 29 Working Party*, ou apenas WP29. Composto por vários representantes de membros da União Europeia e de órgãos reguladores, o Grupo teve suas atribuições previstas no artigo seguinte, dentre as quais destaca-se a de “analisar quaisquer questões relativas à aplicação das disposições nacionais tomadas nos termos da presente diretiva, com vista a contribuir para a sua aplicação uniforme”.

Diante disso, em 2014, o Grupo foi instado a se manifestar a respeito do artigo 7º da própria Diretiva 95/46/EC, especificamente sobre a sua alínea ‘ f ’, a qual previa justamente uma hipótese de tratamento de dados baseada no legítimo interesse dos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais:

Artigo 7º. Os Estados-membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efetuado se:

[...]

f) O tratamento for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa, protegidos ao abrigo do nº 1 do artigo 1º. (UNIÃO EUROPEIA, 1995)

Esta manifestação se deu por meio do Parecer 06/2014, no qual o Grupo do Artigo 29 analisou a base legal do legítimo interesse prevista na Diretiva 95/46/EC, orientando os aplicadores da norma e fazendo recomendações sobre possíveis melhorias (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Prontamente, reconheceu-se a importância e utilidade do legítimo interesse, o qual, nas circunstâncias corretas e sob salvaguardas adequadas, ajudaria a prevenir uma dependência exagerada das outras bases legais para o tratamento de dados pessoais. Destacou-se, ainda, que o legítimo interesse não deve necessariamente ser usado como último recurso para situações inesperadas nas quais outras bases legais não se apliquem, tampouco ser automaticamente escolhido ou ter seu uso indevidamente estendido sob a falsa percepção de que ele seria menos restrito do que as outras bases⁴.

Dentre as principais contribuições deste parecer para a compreensão e aplicação do legítimo interesse no direito europeu, está a propositura da realização do chamado Teste de Ponderação (*Balancing Test*), por meio do qual se verificaria a licitude da utilização da base legal do legítimo interesse para o tratamento de dados pessoais no caso concreto. Neste teste, os interesses legítimos do controlador (ou de terceiros) devem estar equilibrados em relação aos interesses, direitos fundamentais e liberdades do titular dos dados tratados⁵.

4 “The WP29 recognises the significance and usefulness of the Article 7(f) criterion, which in the right circumstances and subject to adequate safeguards may help prevent over-reliance on other legal grounds. Article 7(f) should not be treated as ‘a last resort’ for rare or unexpected situations where other grounds for legitimate processing are deemed not to apply. However, it should not be automatically chosen, or its use unduly extended on the basis of a perception that it is less constraining than the other grounds.” *In* Opinion 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 3).

5 “Article 7(f) calls for a balancing test: the legitimate interests of the controller (or third parties) must be balanced against the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject. The outcome of the balancing test largely determines whether Article 7(f) may be relied upon as a legal ground for processing.” (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 23).

Em breve síntese, o Teste de Ponderação para a aplicação da base legal do legítimo interesse deve ocorrer antes do início do tratamento dos dados e enfrentar os seguintes fatores: avaliação do legítimo interesse do controlador; o impacto nas pessoas envolvidas; equilíbrio provisório; e salvaguardas complementares aplicadas pelo controlador para prevenir impacto indevido nas pessoas envolvidas⁶. Como se analisará mais adiante, a necessidade de um teste prévio ao tratamento de dados com base no legítimo interesse também foi concebida pelo legislador brasileiro no art. 10 da LGPD, o qual muito tem o que aproveitar das reflexões e conclusões trazidas pelo WP29 em seu parecer 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Com o advento do GDPR em 2018, as disposições da Diretiva 95/46/EC foram substituídas e o *Article 29 Working Party* deu lugar ao *European Data Protection Board* (EDPB) (UNIÃO EUROPEIA, 2018). Não obstante, o legítimo interesse também veio previsto como base legal para o tratamento de dados no GDPR, especificamente no artigo 6º, 1, 'f'⁷, muito se assemelhando à previsão da Diretiva 95/46/EC:

Artigo 6º. Licitude do tratamento

1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

(...)

f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança (UNIÃO EUROPEIA, 2018).

Ao contrário da LGPD, o GDPR possui 173 Considerandos elencados logo no início do Regulamento, os quais buscam esclarecer alguns pontos do texto legal, bem como fornecer orientação e até exemplos práticos para a aplicação de alguns dispositivos. Vários destes Considerandos mencionam a base legal do legítimo interesse⁸, apresentando uma abordagem do instituto as vezes mais profunda do que o próprio dispositivo legal que a prevê.

Da análise destes Considerandos, extraem-se algumas orientações que, como se verá, serão muito bem-vindas na aplicação do legítimo interesse no direito brasileiro, como a de que a existência de uma relação prévia, relevante e apropriada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento pode ser um indicativo da presença de interesses legítimos para o tratamento de dados pessoais. Não obstante, o GDPR também alerta para a necessidade de levar em conta as expectativas do titular dos dados tratados considerando o contexto da relação entre ele e o controlador⁹, algo abordado pelo legislador brasileiro no art. 10 da LGPD (BRASIL, 2018).

6 "Member States have developed a number of useful factors to be considered when carrying out the balancing test. These factors are discussed in this Section under the following four main headings: (a) assessing the controller's legitimate interest, (b) impact on the data subjects, (c) provisional balance and (d) additional safeguards applied by the controller to prevent any undue impact on the data subjects." (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 33).

7 O artigo 6º do GDPR trouxe, ainda, uma exceção expressa no que se refere à utilização da base legal do legítimo interesse pela Administração Pública: "O primeiro parágrafo, alínea f), não se aplica ao tratamento de dados efetuado por autoridades públicas na prossecução das suas atribuições por via eletrônica." Esta vedação inovou em relação às disposições da Diretiva 95/46/EC, e não foi incluída pelo legislador brasileiro na elaboração da LGPD.

8 Abordam, de alguma forma, a aplicação da base legal do legítimo interesse ou a própria noção de legítimo interesse os Considerandos 47, 48, 49, 50, 69, 88, 111 e 113.

9 Trecho do Considerando nº 47: "Poderá haver um interesse legítimo, por exemplo, quando existir uma relação relevante e apropriada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, em situações como aquela em que o titular dos dados

Desse modo, em virtude da inegável influência do Direito Comunitário Europeu na elaboração da LGPD, é impossível ignorar as importantes reflexões trazidas tanto pelos próprios textos legais quanto pela doutrina que se debruçou sobre a matéria. Trata-se de ferramenta indispensável para o adequado desenvolvimento da recente tutela de dados pessoais no Brasil, sobretudo quando se trata de uma base legal ampla, aberta a várias interpretações e aplicável à infinitos casos concretos.

Feitas estas observações, cabe agora abordar o conteúdo jurídico da base legal do legítimo interesse no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, analisando os requisitos para a sua utilização, os ônus a serem enfrentados pelos controladores que optarem por fazer uso dela, bem como a forma pela qual a experiência europeia anteriormente abordada pode e deve auxiliar o aplicador do direito nacional na interpretação do instituto e no preenchimento de lacunas.

3. POSSÍVEL CONCEITUAÇÃO PARA “INTERESSES LEGÍTIMOS”

Na medida em que o legislador não trouxe uma definição para a expressão “interesses legítimos”, cumpre iniciar a interpretação do dispositivo pelo seu sentido literal (LARENZ, 1997, p. 450). Por “interesse” pode-se compreender um objetivo que é importante, útil ou vantajoso para alguém, enquanto “legítimo”, por sua vez, pode ser compreendido como algo fundado ou justificado em lei ou algo que se entende como razoável, justo ou amparado pelo bom senso.

Evidentemente, os sentidos literais, embora de certa presteza, não são suficientes para delimitar de forma razoável o significado da expressão “legítimo interesse”, sendo necessário, para tanto, realizar uma leitura conjunta da base legal do art. 7º, IX com as demais disposições da Lei de Proteção de Dados, bem como analisar de que modo estas palavras vêm sendo interpretadas no direito europeu. Complementa-se, assim, a interpretação literal com outros métodos, como o lógico-sistemático, visando à sua compreensão no contexto amplo do ordenamento; e o teleológico, buscando desvendar o sentido do preceito, tomando em conta a sua finalidade e os seus princípios (MENDES; BRANCO, 2017).

No tocante ao “interesse”, não se deve adotar uma noção tão vaga e imprecisa quanto a literal para aplicação da LGPD, especialmente na medida em que o *caput* do art. 10 comanda que sejam consideradas “situações concretas”¹⁰ quando da aplicação do art. 7º, IX. Neste sentido, bem-vinda é a noção de “interesse” abordada pelo *Article 29 Working Party* no mencionado Parecer 06/2014, segundo a qual é necessário um interesse real e presente; algo que

é cliente ou está ao serviço do responsável pelo tratamento. De qualquer modo, a existência de um interesse legítimo requer uma avaliação cuidadosa, nomeadamente da questão de saber se o titular dos dados pode razoavelmente prever, no momento e no contexto em que os dados pessoais são recolhidos, que esses poderão vir a ser tratados com essa finalidade. Os interesses e os direitos fundamentais do titular dos dados podem, em particular, sobrepor-se ao interesse do responsável pelo tratamento, quando que os dados pessoais sejam tratados em circunstâncias em que os seus titulares já não esperam um tratamento adicional.”

10 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, **consideradas a partir de situações concretas**, que incluem, mas não se limitam a: [...] (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

corresponda a atividades recorrentes ou a benefícios alcançáveis em um futuro próximo, de modo que interesses muito vagos ou especulativos não são suficientes¹¹.

Quanto à noção de “legitimidade”, o *caput* do art. 10 já não se mostra de muita ajuda ao orientar que o tratamento de dados se pautem em “finalidades legítimas”¹², fazendo uso do mesmo vocábulo que se busca interpretar. Além disso, não se deve buscar a sua interpretação com elementos ainda mais genéricos e fluidos, que variam de pessoa para pessoa, como razoabilidade e bom senso. Não obstante, por se tratar de um componente de uma base legal, dentro da qual o tratamento de dados pessoais será considerado lícito, parece mais adequada a ideia de que é legítimo aquilo que é amparado pelo ordenamento jurídico. Mais uma vez socorrendo-nos do Parecer 06/2014 do WP29, verificamos que a noção de “legítimo” por eles adotada fora justamente essa:

Assim, um interesse pode ser considerado como legítimo desde que o controlador possa perseguir este interesse em conformidade com a proteção de dados e outras leis. Em outras palavras, um interesse legítimo deve ser ‘aceitável nos termos da lei’.¹³(UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 25)

Importante destacar que esta leitura não busca a mera “importação” da doutrina europeia para que seja aplicada indiscriminadamente à LGPD, mas, sim, o uso do direito comparado para evolução do Direito pátrio, especialmente na modernidade do mundo globalizado (OLIVEIRA, 2020, p. 66), sendo, por isso, uma ferramenta fundamental para a compreensão e aplicação de um instituto recém-inserido no ordenamento brasileiro.

Neste contexto, por meio de uma interpretação conjunta dos arts. 7º, IX e 10, *caput*, ambos da LGPD, com a integração das reflexões do WP29, é possível conceber que um “interesse legítimo”, para fins de aplicação da base legal, seria um objetivo relevante, atual, concreto, delimitado, condizente com as atividades daquele que busca o tratamento de dados, e que tenha respaldo do ordenamento jurídico pátrio, seja por princípios, leis, jurisprudência, doutrina, ou outras fontes do Direito.

Embora esta breve delimitação possa ser o início da compreensão do conteúdo do “Legítimo Interesse”, ela ainda se mostra insuficiente. Como se verá, há uma série de requisitos a serem observados quando da sua aplicação como base legal para o tratamento de dados pessoais, os quais colaborarão, ainda mais, para o seu adequado entendimento.

11 “An interest must be sufficiently clearly articulated to allow the balancing test to be carried out against the interests and fundamental rights of the data subject. Moreover, the interest at stake must also be ‘pursued by the controller’. This requires a real and present interest, something that corresponds with current activities or benefits that are expected in the very near future. In other words, interests that are too vague or speculative will not be sufficient.” *In* Opinion 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 24).

12 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para **finalidades legítimas**, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a: [...] (BRASIL, 2018) (grifo nosso)

13 “Accordingly, an interest can be considered as legitimate as long as the controller can pursue this interest in a way that is in accordance with data protection and other laws. In other words, a legitimate interest must be ‘acceptable under the law’.” (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 25).

4. INTERESSES DO CONTROLADOR OU DE TERCEIROS

Antes de analisar os requisitos propriamente ditos para a aplicação da base legal do legítimo interesse, cumpre inicialmente esclarecer de quem seriam os interesses que legitimariam o tratamento de dados pessoais e quem deve decidir sobre o enquadramento de determinados objetivos como “interesses legítimos” para fins de tratamento de dados pessoais.

Visivelmente, o legislador foi claro, ao menos neste ponto, ao prever no inciso IX do art. 7º da LGPD que estes interesses são “do controlador ou de terceiro”¹⁴. A figura do Controlador veio definida no glossário do art. 5º da lei como a pessoa “a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”¹⁵. Este sujeito, por sua vez, não se confunde com o mero Operador dos dados, definido como aquele “que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (BRASIL, 2018)¹⁶.

Neste sentido, na medida em que o poder decisório a respeito do tratamento dos dados pessoais que se almeja compete exclusivamente ao controlador, conclui-se que a base legal do legítimo interesse só pode ser utilizada para atender aos interesses do controlador, e não do operador. Ressalta-se que isto não significa que o operador não pode realizar o tratamento de dados pessoais pela base legal do art. 7º, IX da LGPD, mas sim que ele não decidirá quais são os interesses e objetivos perseguidos. “Se o operador pretende manter seu papel inalterado, não poderá decidir sobre o tratamento de dados” (OLIVEIRA, 2020, p. 70). Complementa este raciocínio a previsão do art. 39 da LGPD: “Art. 39. O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria” (BRASIL, 2018).

No que se refere aos interesses de terceiros, aqui compreendidos como aqueles que não realizam qualquer operação de tratamento de dados, novamente a definição do papel do controlador se faz útil. Pelo conceito legal, o responsável pelo enquadramento do tratamento de dados em determinada base legal sempre será o controlador, de modo que ele é quem decidirá se há interesses seus ou de terceiros que justifiquem a ausência do consentimento do titular dos dados tratados (OLIVEIRA, 2020, p. 71).

14 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), art. 7º, IX: quando necessário para atender aos interesses legítimos **do controlador ou de terceiro**, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

15 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), art. 5º, VI: controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, **a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais**; (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

16 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), art. 5º, VII: operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que **realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador**; (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

5. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO LEGÍTIMO INTERESSE – TESTE DE PONDERAÇÃO

Como visto, o extinto *Article 29 Working Party*, em seu Parecer 06/2014, concebeu o chamado Teste de Ponderação (*Balancing Test*) para a aplicação do legítimo interesse no tratamento de dados pessoais sem o consentimento do titular. Por meio deste teste, verificar-se-ia, *a priori*, se os requisitos para a utilização desta base legal previstos na Diretiva 95/46/EC estariam preenchidos.

No caso da LGPD, seu art. 10 também traz uma série de requisitos a serem observados, de modo que a realização de um teste de proporcionalidade para verificar o preenchimento dos requisitos deste dispositivo, de forma semelhante à concebida pelo WP29, mostra-se bastante desejável. Assim, para a verificação destes requisitos, e conseqüentemente das etapas de um eventual Teste de Ponderação no âmbito da LGPD, faz-se necessário uma análise mais detida dos elementos normativos que compõe o art. 10 da lei (BRASIL, 2018).

5.1 SITUAÇÃO CONCRETA E FINALIDADE LEGÍTIMA

Retomando a análise da expressão “interesse legítimo” e do seu significado, destacou-se o previsto no *caput* do art. 10 e, com isso, delimitou-se melhor o alcance dos vocábulos “interesse” e “legítimo”.

Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para **finalidades legítimas**, consideradas a partir de **situações concretas** [...] (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

Assim, os interesses perseguidos quando do tratamento de dados pessoais com base no art. 7º, IX, devem estar claramente articulados e definidos, justamente para que este dispositivo não seja usado como um “cheque em branco” para fundamentar todo e qualquer tratamento de dados feito pelo controlador na ausência de uma base legal adequada. Deve-se observar se há uma situação concreta que justifique o tratamento de dados pretendido, de modo que quanto mais determinada e estruturada ela estiver, mais fácil será de analisar e fundamentar o legítimo interesse em questão (BIONI, 2021, p. 165).

Uma vez identificado com clareza qual o interesse do controlador com o tratamento de dados pessoais, deve-se analisar se há uma *finalidade legítima* por trás da operação pretendida. Conforme já destacado, a noção de *legitimidade* aqui parece estar bastante atrelada à licitude do objetivo, de modo que a intenção do controlador com o tratamento de dados deve estar em consonância com o ordenamento jurídico¹⁷. Evidentemente, as próprias atividades desenvolvidas pelo controlador podem e devem servir de parâmetro para a aferição destes requisitos, uma vez que o inciso I do art. 10 coloca o “apoio e promoção de atividades do controlador” como um exemplo de finalidade legítima (BRASIL, 2018).

17 Cite-se como exemplo de finalidades ilegais o tratamento de dados para fins de interceptação de comunicações sem autorização judicial (art. 5º, XII da Constituição da República); o tratamento de dados para a celebração de contrato cujo objeto seja a herança de pessoa viva (art. 426 do Código Civil); o tratamento de dados de menores de 16 anos para fins de celebração de contrato de trabalho (art. 5º, XXI da Constituição da República); o tratamento de dados pelo provedor de internet para armazenar os registros de acesso do usuário (art. 14 do Marco Civil da Internet).

Não obstante, não se descarta a possibilidade de finalidades que, embora lícitas, por circunstâncias do caso concreto sejam, em verdade, ilegítimas. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de desvio de finalidade por violação das expectativas do titular. Portanto, a finalidade perseguida pelo controlador poderia tornar ilícito o tratamento de dados em dois casos: havendo finalidades ilegais, proibidas pelo ordenamento; e havendo finalidades que, embora legais, autorizadas pelo ordenamento, violam as expectativas do titular, caracterizando, assim, desvio de finalidade.

Em ambos os casos, há ilicitude no tratamento de dados: no primeiro por ilegalidade das finalidades; e no segundo por desvio de finalidade. Todavia, salienta-se que, neste último caso, a finalidade em si não seria ilegal, mas sim ilegítima por violar as expectativas do titular, tornando o tratamento de dados com base nela ilícito, conforme será melhor analisado a seguir.

5.2 LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DO TITULAR

O inciso II do art. 10 talvez seja o principal, mas também o mais complexo, requisito para a aplicação do legítimo interesse como base legal para o tratamento de dados pessoais. Esta etapa do Teste de Ponderação seria aquela em que, de fato, são confrontados os interesses do controlador e dos terceiros envolvidos com os interesses e direitos do titular dos dados tratados.

Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a:

[...]

II - proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as **legítimas expectativas** dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

A primeira parte do dispositivo faz menção a situações que digam respeito à “proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem”. Primeiramente, portanto, o tratamento em questão deve levar em conta os direitos e garantias do titular, sobretudo aqueles diretamente relacionados à proteção de seus dados pessoais, como os direitos de personalidade e de privacidade, sejam eles decorrentes de lei ou de contratos firmados com o controlador ou com terceiros. Não por acaso, a parte final do inciso IX do art. 7º ressalta que o legítimo interesse pode ser utilizado como base legal para o tratamento de dados, “exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais” (BRASIL, 2018).

Além disso, o dispositivo contempla situações em que o tratamento de dados é capaz de melhorar a própria prestação de serviços feita ao titular dos dados a serem tratados. Neste caso, todavia, há um ponto de indispensável atenção para que o legítimo interesse possa ser aplicado: as chamadas *legítimas expectativas* do titular. Assim, ganha uma posição de destaque na aplicação do legítimo interesse aquilo que titular de fato espera, ou ao menos imagina, que possa ser feito com seus dados. Aqui está o ponto de maior complexidade desta base legal, mas que também pode ser de grande ajuda na sua compreensão.

Quando se pensa nas expectativas do titular, parece razoável que o parâmetro a ser utilizado seja a “expectativa do chamado homem médio, ou seja, o que se admite como sendo o pensamento prevalecente dentro de determinada coletividade” (OLIVEIRA, 2020, p. 93). Neste sentido, para que exista qualquer expectativa por parte do indivíduo, é necessário que haja algum tipo de relação jurídica preexistente, da qual possa se extrair alguma expectativa em relação ao tratamento de dados pessoais¹⁸. É improvável imaginar que o titular tenha qualquer expectativa relacionada a um terceiro com quem ele não estabeleceu nenhum vínculo anteriormente. Desta forma, a primeira coisa a se verificar quando da análise das legítimas expectativas do titular é a existência de uma relação jurídica prévia entre ele e o controlador, ou entre ele e um terceiro interessado no tratamento de dados.

Superada esta etapa, deve-se agora verificar qual é a abrangência das expectativas geradas por determinada relação jurídica, ou seja, o que, de fato, o titular pode esperar do vínculo já estabelecido no que diz respeito ao tratamento de seus dados pessoais. Como dito, é necessário verificar a relação jurídica prévia geradora de expectativas que, neste caso, digam respeito ao tratamento de dados pessoais. Naturalmente, imagina-se que, para que certo vínculo gere este tipo de expectativa, é necessário que a coleta e/ou um tratamento inicial de dados pessoais seja um componente relevante para as partes.

Assim, a segunda conclusão sobre o respeito às “legítimas expectativas” do titular é de que, para que a base legal do legítimo interesse seja aplicada, é necessário que já exista um tratamento de dados fundamentado em outra base legal, como o consentimento, por exemplo. Deste modo, ao se propor a realizar um tratamento distinto daquele que originou a coleta dos dados em questão sem que seja necessário coletar uma nova manifestação de vontade, o controlador deve demonstrar que o novo uso atribuído ao dado está dentro das *legítimas expectativas* do titular, devendo existir compatibilidade entre o uso adicional e aquele que originou a relação jurídica prévia (BIONI, 2020, p. 166).

Em outra de suas manifestações, o *Article 29 Working Party* teceu esclarecimentos sobre o chamado *Principle of Purpose Limitation*, ou princípio da limitação do propósito/finalidade¹⁹, em tradução livre, no Parecer nº 03/2013, cujas reflexões também são muito bem-vindas quando tratamos da legítima expectativa dos titulares de dados pessoais (UNIÃO EUROPEIA, 2013). De acordo com o WP29, o *purpose limitation* possui dois elementos principais: dados pessoais devem ser coletados para finalidades específicas, explícitas e legítimas; e não devem ser tratados para além ou de forma incompatível com essas finalidades²⁰. Foi exatamente esta concepção, embora com nomenclatura ligeiramente distinta, a adotada para a definição do princípio da finalidade do tratamento de dados pessoais, trazido pelo legislador no art. 6º, I da LGPD:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

18 Trecho do Considerando nº 47 do GDPR: “Poderá haver um interesse legítimo, por exemplo, quando **existir uma relação relevante e apropriada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento**, em situações como aquela em que o titular dos dados é cliente ou está ao serviço do responsável pelo tratamento.”

19 Neste contexto, a palavra *purpose*, que em tradução direta significa “propósito”, também pode ser compreendida como “finalidade” no âmbito da proteção de dados pessoais.

20 “Purpose limitation protects data subjects by setting limits on how data controllers are able to use their data while also offering some degree of flexibility for data controllers. The concept of purpose limitation has two main building blocks: personal data must be collected for ‘specified, explicit and legitimate’ purposes (purpose specification) and not be ‘further processed in a way incompatible’ with those purposes (compatible use).” *In Opinion 03/2013 on Purpose Limitation* (UNIÃO EUROPEIA, 2013, p. 3).

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; (BRASIL, 2018)

Ou seja, nos termos da própria lei brasileira, a ideia de *finalidade* para o tratamento de dados pessoais já engloba a ideia do *Purpose Limitation*, o qual é de fundamental importância para estabelecer quais são as expectativas do titular em relação ao que pode ser feito com dados pessoais por ele fornecidos. Neste sentido, Bruno R. Bioni aponta para a necessidade de uma análise *contextual* da relação jurídica existente para verificar se o uso secundário atribuído aos dados por meio do legítimo interesse seria esperado pelo titular (BIONI, 2020, p. 237). Quanto mais bem definidas são as finalidades e os objetivos do tratamento de dados oriundo do vínculo prévio com o titular, ou seja, quanto mais evidente é o *Purpose Limitation*, mais bem fundamentado poderão ser os tratamentos subsequentes baseados no legítimo interesse. Estando bem definido o contexto de tratamento de dados em que o titular está inserido, mais claras são as suas expectativas quanto a esse tratamento.

Portanto, para proporcionar maior segurança aos controladores e tornar a base legal do legítimo interesse um pouco menos imprevisível, mostra-se de grande utilidade o uso da noção da *Privacidade Contextual* (abordada ao final deste trabalho) para analisar quais realmente devem ser as expectativas de um indivíduo dentro de uma relação jurídica que envolve o tratamento dos seus dados pessoais. A compreensão adequada do contexto no qual o indivíduo se encontra calibra de forma mais precisa as suas expectativas e supre a necessidade de o controlador coletar um novo consentimento sempre que um tratamento de dados suplementar se fizer necessário para o correto desenvolvimento de suas atividades e adequada manutenção da relação jurídica que envolva o titular.

5.3 NECESSIDADE ESTRITA

A próxima etapa do Teste de Ponderação para a utilização da base do legítimo interesse é verificar se os dados a serem tratados para alcançar a finalidade pretendida são apenas aqueles estritamente necessários. É o que prevê o §1º do art. 10 da LGPD:

Art. 10. [...]

§ 1º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, **somente os dados pessoais estritamente necessários** para a finalidade pretendida poderão ser tratados. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

Neste sentido, o teste da necessidade estrita busca verificar se seria possível atingir o mesmo resultado por meio de uma quantidade menor de dados, ou até mesmo por meio de outras bases legais (OLIVEIRA, p. 167)²¹. Caso a conclusão seja positiva, a fundamentação do tratamento no legítimo interesse será descabida, uma vez que sempre deve ser adotado o método menos intrusivo e que provoque os menores impactos possíveis ao titular (BIONI, 2020, p. 165). Cumpre, portanto, ao controlador demonstrar como o tratamento de cada dado pessoal se conecta à finalidade que justificou o uso do legítimo interesse e porque aqueles dados específicos são necessários para atingir seu objetivo (FONSECA, 2021, p. 103).

21 Sem dúvidas, um dos grandes desafios a ser enfrentado pelos Controladores é demonstrar quando a base do legítimo interesse mostra-se mais adequada que a base do consentimento. Há autores que defendem a ideia de que, em caso de divergência entre o controlador e o titular dos dados, seria necessário avaliar e entender a pertinência do dado pessoal para se alcançar a finalidade pretendida. (OLIVEIRA, 2020, p. 94)

5.4 TRANSPARÊNCIA E SALVAGUARDAS

Por fim, ao fundamentar o tratamento de dados pessoais no legítimo interesse, o controlador deve ser mais transparente possível em suas atividades. Para melhor compreensão, transcreve-se o art. 10 e seus segundo e terceiro parágrafos:

Art. 10 (...)

§ 2º O controlador deverá adotar medidas para garantir **a transparência do tratamento de dados** baseado em seu legítimo interesse.

§ 3º A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador **relatório de impacto à proteção de dados pessoais**, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

Embora o legítimo interesse permita o tratamento de dados sem o consentimento de seu titular, isto não implica na completa remoção do controle deste em relação aos seus dados, sob pena de prejuízo à autodeterminação informativa que orienta a proteção de dados pessoais. Assim, o dever de transparência no tratamento de dados com base no legítimo interesse busca proporcionar ao titular dos dados, não apenas o conhecimento sobre como e porque seus dados estão sendo tratados, mas também o poder de tomada de decisão para se opor à atividade de tratamento (*opt-out*) quando julgar que ela se encontra fora de suas expectativas (BIONI, 2020, p. 238).

Além disso, a LGPD também ordena que, ao fazer uso da base do legítimo interesse, sejam adotadas ações que diminuam possíveis impactos negativos aos direitos do titular. São as chamadas *salvaguardas* para minimizar os riscos e danos²² aos quais os titulares estariam expostos em virtude do tratamento de dados com base no legítimo interesse. Nada obstante, o *Article 29 Working Party* argumentou que a noção de “impactos” aqui estabelecida não é apenas negativa, mas engloba todas as formas pelas quais um indivíduo pode ser atingido.

O Grupo enfatiza que é crucial entender que ‘impacto’ é um conceito muito mais amplo que danos ou prejuízos a um ou mais titulares de dados. ‘Impacto’, como usado neste Parecer, abarca qualquer consequência possível (potencial ou atual) do tratamento de dados. Para sermos mais claros, também enfatizamos que este conceito não é relacionado à noção de vazamento de dados e é muito mais amplo do que os impactos que podem resultar especificamente de um vazamento. Na verdade, a noção de ‘impacto’, como usada aqui, abrange as variadas formas pelas quais um indivíduo pode ser afetado – positiva ou negativamente – pelo tratamento de seus dados pessoais. (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 37)²³

22 Destaca-se que potenciais danos morais (*emotional impacts*) não devem ser ignorados na análise dos riscos envolvidos: “In addition to adverse outcomes that can be specifically foreseen, broader emotional impacts also need to be taken into account, such as the irritation, fear and distress that may result from a data subject losing control over personal information, or realising that it has been or may be misused or compromised, – for example through exposure on the internet” In Opinion 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 37).

23 “The Working Party emphasises that it is crucial to understand that relevant ‘impact’ is a much broader concept than harm or damage to one or more specific data subjects. ‘Impact’ as used in this Opinion covers any possible (potential or actual) consequences of the data processing. For the sake of clarity, we also emphasise that the concept is unrelated to the notion of data breach and is much broader than impacts that may result from a data breach. Instead, the notion of impact, as used here, encompasses the various ways in which an individual may be affected - positively or negatively - by the processing of his or her personal data.” In Opinion 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 37).

Como exemplos de medidas que podem ser adotadas para minimizar os impactos à proteção de dados pessoais, o WP29 cita o chamado *functional separation of data*, um processo equivalente à anonimização na LGPD, no qual o valor informacional dos dados é separado da identidade de seus titulares; e a adoção de técnicas de criptografia quando da realização das operações de tratamento (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 52).

6. O DIREITO DE OPOSIÇÃO AO TRATAMENTO DE DADOS – *OPT OUT*

Há, ainda, mais um aspecto relevante no tratamento de dados pessoais, sobretudo naquele realizado com base no legítimo interesse. O chamado Direito de Oposição (*opt-out*) ao tratamento de dados pessoais recebeu abordagens diferentes no GDPR e na LGPD, o que pode influenciar, e muito, nas formas pelas quais os titulares exercem controle sob suas informações.

O direito de opor-se ao tratamento de dados pessoais, embora semelhante, não se confunde com a hipótese de revogação do consentimento anteriormente manifestado²⁴. Este direito seria, na verdade, uma forma de o titular recusar o tratamento de dados fundamentado nas outras 9 bases legais do art. 7º, e está previsto especificamente no §2º do art. 18 da LGPD:

Art. 18. [...]

§ 2º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei. (BRASIL, 2018)

Ao contrário da revogação do consentimento, que seria um direito potestativo (ROSENVALD, *et al.*, 2020, p. 493)²⁵ dos titulares, podendo ser exercido a qualquer momento, o Direito de Oposição na LGPD apresenta uma condicionante para o seu exercício, qual seja, o descumprimento de disposições da própria lei, vide parte final do dispositivo supra. Esta limitação à oposição, por parte do titular, ao tratamento de seus dados pessoais merece certas críticas, principalmente quando confrontada com o Direito de Oposição previsto no artigo 21 (1) do Regulamento Europeu de Proteção de Dados (GDPR):

24 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), Art. 8º. [...]

§ 5º O **consentimento pode ser revogado a qualquer momento** mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

§ 6º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, **revogá-lo** caso discorde da alteração.

Art. 9º. [...]

§ 2º Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, **podendo o titular revogar o consentimento**, caso discorde das alterações. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

25 Para Nelson Rosenvald (*et al.*), direito potestativo pode ser compreendido como "poderes jurídicos que, por um ato de livre vontade, produzem efeitos jurídicos sobre a contraparte. Uma das partes encontra-se em posição de poder – *potestade* – e a outra, em estado de submissão. Aquele que se encontra no *status* de dominação poderá unilateralmente alterar a situação do outro, de *per sí* ou judicialmente, sem que ele possa a insto se opor. Portanto, se A deseja anular um negócio jurídico ou resolver um contrato, B não poderá evitar o exercício do direito potestativo". (ROSENVALD, 2020, p. 493).

Artigo 21º. Direito de oposição

1.O titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito com base no artigo 6º, nº 1, alínea e) ou f), ou no artigo 6º, nº 4, incluindo a definição de perfis com base nessas disposições. O responsável pelo tratamento cessa o tratamento dos dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

Nota-se que, no GDPR, o Direito de Oposição do titular pode ser exercido “por motivos relacionados com a sua situação particular”, e só encontrará obstáculos justamente nas situações em que o controlador demonstre “razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular”. Em outras palavras, no Direito Europeu, apenas nas situações em que interesses legítimos dos controladores são perseguidos com o tratamento de dados é que o Direito de Oposição do titular poderá ser limitado. Assim, após a manifestação da oposição pelo titular, o controlador já não poderia realizar o tratamento dos dados, a menos que consiga demonstrar que existem motivos que devam prevalecer sobre os direitos e as liberdades do titular ou que precise dos dados para a declaração, o exercício ou a defesa de um direito num processo judicial (UNIÃO EUROPEIA, 2021).

No caso da lei brasileira, uma discrepância entre os alcances do direito de oposição e da revogação do consentimento acabaria por ensejar uma assimetria normativa entre a base legal do consentimento e as demais. Ocorre que inexistente, no âmbito da LGPD, qualquer hierarquia entre as bases legais, havendo apenas uma maior adequação para cada uma delas em determinadas situações, devendo-se, por isso, realizar uma interpretação destas bases que busque equiparar-las para fins de legitimação do tratamento de dados pessoais (BIONI, 2020, p. 248).

Vale destacar que, como trabalhado anteriormente, dentro do Teste de Ponderação, é necessário realizar o balanceamento entre os interesses do controlador ou de terceiros e as legítimas expectativas do indivíduo. Estas, embora possam ser objetivamente analisadas a partir de uma relação jurídica preexistente, não deixam de possuir certa conotação subjetiva, vinculada ao que o titular deseja e espera que seja feito com seus dados (BIONI, 2020, p. 248).

Além disso, a última etapa do teste é justamente a implementação de ferramentas que proporcionem a transparência da atividade de tratamento de dados e salvaguardas que minimizem eventuais riscos advindos dela. Haveria, portanto, uma situação paradoxal caso, uma vez manifestada a oposição do titular em relação ao tratamento de seus dados, a fundamentação da atividade no legítimo interesse permanecesse lícita, conforme argumenta Bruno Bioni:

Em poucas palavras, se na medida em que é dada transparência acerca do tratamento de dados com base no legítimo interesse e o titular a ele se opõe, caso o agente de tratamento de dados não o acate, estará violando uma das normas da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Trata-se de uma interpretação sistemática entre os arts. 10, II e §2º, combinado com o art. 18, §2º. (BIONI, 2020, p. 248)

Registre-se que o *Article 29 Working Party* destacou que, em situações complexas, nas quais o balanceamento é difícil de se demonstrar ou até mesmo de se atingir, mecanismos bem desenvolvidos para o exercício do Direito de Oposição podem ser de grande importância

para proteger os direitos e interesses dos titulares. Neste sentido, quanto mais transparentes, acessíveis e abrangentes forem os mecanismos de *opt-out*, mais eles contribuirão a favor do processamento de dados com base no legítimo interesse²⁶.

Evidentemente, não se ignora, aqui, a possibilidade do exercício abusivo do direito de oposição no âmbito da cláusula geral do abuso de direito do art. 187²⁷ do Código Civil (BRASIL, 2002). Ao mesmo tempo em que o controlador tem o dever de observar todos os requisitos analisados no Teste de Ponderação, não caberia também ao titular impedir, desarrazoadamente, que determinadas atividades tidas como essenciais pelo controlador e pelos terceiros interessados sejam devidamente exercidas.

7. A PRIVACIDADE CONTEXTUAL NA APLICAÇÃO DO LEGÍTIMO INTERESSE

Por último, acredita-se ser importante tecer breves esclarecimentos sobre a análise contextual da privacidade e como ela seria um importantíssimo vetor hermenêutico na aplicação da base legal do legítimo interesse no tratamento de dados pessoais.

Desenvolvida por Helen Nissenbaum²⁸, ex-Diretora do *Information Law Institute* da Universidade de Nova Iorque e atual Professora do *Cornell Tech* e Diretora do *Digital Life Initiative*²⁹, a ideia da Privacidade Contextual apresenta-se como uma importante ferramenta para enfrentar as limitações do consentimento do titular em relação ao tratamento de seus dados pessoais. O Legítimo Interesse apresenta-se, no âmbito da proteção de dados, justamente como um contraponto ao consentimento, com vistas a permitir a continuidade de inovações na área da tecnologia informacional. Assim, acredita-se que os institutos da Privacidade Contextual e do Legítimo Interesse podem se complementar na tutela dos dados pessoais.

Uma importante premissa a ser estabelecida para a compreensão da ideia de privacidade contextual é a de que os indivíduos, ao se relacionarem uns com os outros, seja cotidiana, profissional ou até amorosamente, desenvolvem e compreendem que cada uma destas relações possui abrangências diferentes e inserem-se em contextos diferentes. Aplicando esta premissa à tutela dos dados pessoais, nota-se que os distintos contextos de cada uma destas

26 "Indeed, and especially in borderline cases where the balance is difficult to strike, a well-designed and workable mechanism for opt-out, while not necessarily providing data subjects with all the elements that would satisfy a valid consent under Article 7(a), could play an important role in safeguarding the rights and interests of the data subjects. [...]"

The more widely applicable the mechanism for opt-out and the more easy it is to exercise it, the more it will contribute to tipping the balance in favour of the processing to find a legal ground in Article 7(f)." *In Opinion 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 45).*

27 Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil). Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

28 Disponível em: https://nissenbaum.tech.cornell.edu/main_cv.html. Acesso em 25 fev. 2021.

29 "Embedded within the progressive teaching mission of Cornell Tech on Roosevelt Island, the Digital Life Initiative (DLI) was launched in 2017 to analyze the societal tensions arising from existing and emergent digital technologies. Inspired by the core values of justice, democracy, privacy, responsibility, security, and freedom, we support collaborative research projects that explore ethics, policy, politics and quality of life within prevailing socio-technical systems. See below to gain greater insight into the breadth of our research, our visiting fellowships and postdoctoral opportunities, our weekly Digital Life seminar series, and the unique collective of scholars, practitioners and innovators that constitute the DLI Team." Disponível em: <https://www.dli.tech.cornell.edu/> Acesso em 25 fev. 2021.

relações pessoais podem implicar em diferentes fluxos informacionais a respeito dos indivíduos envolvidos.

Compare-se, por exemplo, a relação que um indivíduo estabelece com seu médico (médico-paciente), e aquela estabelecida entre ele e seu empregador (empregado-empregador). Naturalmente, a primeira envolve um determinado fluxo informacional entre os envolvidos (estado de saúde, histórico familiar de doenças, uso de medicamentos) que em nada se relaciona à segunda, que por sua vez possui outro fluxo informacional próprio (rendimentos mensais, atribuições profissionais, histórico de advertências). Nota-se, portanto, que cada uma destas relações apresenta certos graus de adequação para o fluxo de determinada informação.

Não seria razoável que um médico tivesse acesso ao desempenho de seu paciente na escola ou faculdade; ou que um empregador saiba das confidências amorosas de seu empregado. Assim, um dos elementos para analisar determinado contexto informacional é aquilo que a autora chama de *Norms of Appropriateness*, ou seja, a ideia de que em cada contexto relacional existem informações que são apropriadas para serem reveladas e tratadas pelos envolvidos, de modo que, em determinados contextos, há informações que os indivíduos podem e até devem revelar³⁰ (NISSENBAUM, 2004, p. 138).

Da mesma forma, não parece adequado que as informações contidas em determinado contexto social sejam compartilhadas com outro totalmente alheio, por exemplo um médico compartilhar o histórico de doenças de seu paciente com o empregador deste. Aqui, evidencia-se outro elemento da privacidade contextual, as *Norms of Distribution of Information*, segundo as quais não basta apenas que se determine quais informações são adequadas para cada contexto, pois também é fundamental que a distribuição delas respeite as normas contextuais de fluxo informacional³¹ (NISSENBAUM, 2004, p. 140-141). Neste sentido, Nissenbaum argumenta que a maior preocupação das pessoas quando se fala em proteção da sua privacidade, não seria simplesmente controlar as informações sobre elas mesmas ou restringir o seu fluxo, mas sim que este fluxo ocorra de maneira correta e adequada³² (NISSENBAUM, 2010, pp. 1-2).

A perspectiva contextual da privacidade permite verificar que em cada contexto social os indivíduos possuem diferentes expectativas com relação ao tratamento de seus dados pessoais e como eles devem fluir (BIONI, 2020, p. 201). Fundamental, portanto, fazer uso da noção de Privacidade Contextual na análise das Legítimas Expectativas do titular (art. 10, II, da LGPD) para o uso da base legal do legítimo interesse, pois elas sempre estarão relacionadas ao contexto em que o titular se insere e à integridade do fluxo informacional que ele espera.

Mais uma vez, a inteligência do *Article 29 Working Party* se faz de grande auxílio na interpretação dos institutos da proteção de dados. Destaca-se a importância do contexto especí-

30 "As the label suggests, norms of appropriateness dictate what information about persons is appropriate, or fitting, to reveal in a particular context. Generally, these norms circumscribe the type or nature of information about various individuals that, within a given context, is allowable, expected, or even demanded to be revealed." (NISSENBAUM, 2004, p. 138).

31 "In addition to appropriateness, another set of norms govern what I will call flow or distribution of information – movement, or transfer of information from one party to another or others. (...) What matters is not only whether information is appropriate or inappropriate for a given context, but whether its distribution, or flow, respects contextual norms of information flow." (NISSENBAUM, 2004, p. 140-141).

32 "Many of them argue that protecting privacy means strictly limiting access to personal information or assuring people's right to control information about themselves. I disagree. What people care most about is not simply *restricting* the flow of information but ensuring that it flows *appropriately*, and an account of appropriate flow is given here through the framework of contextual integrity." (NISSENBAUM, 2010, pp. 1-2).

fico no qual os dados tratados são coletados e as expectativas razoáveis do titular em relação ao uso destes dados baseado naquele contexto. “Em outras palavras, o problema aqui é o que uma pessoa razoável na mesma situação do titular dos dados esperaria do uso destes com base no contexto da coleta”³³. Assim, não deve ser outra a conclusão que não a de Bruno Bioni:

A combinação entre legítimo interesse e privacidade contextual confirma a tese de que autodeterminação informacional vai além do consentimento. O cidadão também exerce domínio sobre seus dados, se estes forem tratados de forma previsível de acordo com suas legítimas expectativas. (BIONI, 2020, p. 255)

Logo, a análise dos contextos das relações entre os indivíduos representa uma importante ferramenta na aplicação do legítimo interesse enquanto base legal do tratamento de dados pessoais.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação com a proteção de dados pessoais tem ganhado cada vez mais espaço no mundo contemporâneo. Não apenas os titulares de dados devem defender seu direito à plena autodeterminação informativa, como os controladores devem buscar formas adequadas de realizarem suas atividades, adequando-se às novas exigências do mundo digital normatizado.

Entre as várias disposições da LGPD, são fundamentais as dez bases legais taxativamente previstas no art. 7º, dentro das quais o tratamento de dados pessoais por terceiros é lícito e, a princípio, respeita os direitos de seus titulares. Entre elas, o *legítimo interesse* se destaca, principalmente pela sua ampla subjetividade, pela insegurança jurídica de seu conteúdo e pelos riscos de abuso por parte dos controladores de dados. Imagina-se, justamente em razão desta amplitude, que ele possa servir como uma “válvula de escape” para legitimar grande parte do tratamento de dados pessoais que encontrem barreiras na busca por um consentimento válido em meio à grande vulnerabilidade informacional inerente às relações jurídicas digitais.

Por meio de uma interpretação conjunta dos arts. 7º, IX e 10, *caput*, da LGPD, e da integração das reflexões da doutrina europeia, conclui-se que um “interesse legítimo”, para fins de aplicação da base legal, seria um objetivo relevante, atual, concreto, delimitado, condizente com as atividades daquele que busca o tratamento de dados, e que tenha respaldo do ordenamento jurídico pátrio, seja por princípios, leis, jurisprudência, doutrina, ou outras fontes do Direito. Além disso, na medida em que o poder decisório a respeito do tratamento dos dados pessoais que se almeja compete exclusivamente ao controlador, será sempre ele o definidor de quais interesses estarão fundamentando as operações de tratamento de dados, sejam estes interesses seus ou de terceiros.

Diante desta definição, uma vez identificado qual o objetivo perseguido pelo controlador ou por terceiros com o tratamento de dados, deve-se proceder com o Teste de Ponderação, bus-

33 “The second factor focuses on the specific context in which the data were collected and the reasonable expectations of the data subjects as to their further use based on that context. In other words, the issue here is what a reasonable person in the data subject’s situation would expect his or her data to be used for based on the context of the collection.” *In* Opinion 03/2013 (UNIÃO EUROPEIA, 2013, p. 24).

cando balancear os direitos e interesses do titular nesta operação. É necessário relacionar este interesse a uma situação clara, concreta e definida, e a uma finalidade legítima, ou seja, lícita e relacionada às atividades do controlador. Outrossim, deve-se verificar se somente os dados estritamente necessários para o alcance do objetivo final estão sendo tratados, sempre levando em conta os direitos e garantias do titular, sejam eles decorrentes de lei ou de contratos.

Ademais, é preciso demonstrar que o tratamento de dados pretendido está dentro das legítimas expectativas do titular, as quais devem decorrer de uma relação jurídica prévia, entre ele e o controlador ou terceiros. Deste modo, dados pessoais devem ser coletados para finalidades específicas, explícitas e legítimas e não devem ser tratados para além ou de forma incompatível com essas finalidades.

Neste sentido, faz-se importante a utilização do conceito de Privacidade Contextual para analisar as expectativas razoáveis do titular em relação ao uso de seus dados baseado naquela determinada relação jurídica. A compreensão adequada do contexto no qual o indivíduo se encontra calibra de forma mais precisa as suas expectativas e supre a necessidade de o controlador coletar um novo consentimento sempre que um tratamento de dados suplementar se fizer necessário. Com isso, permite-se o correto desenvolvimento das atividades do controlador e dos terceiros envolvidos e a adequada manutenção da relação jurídica entre eles e o titular dos dados, sem burocracias desnecessárias.

Por fim, aqueles que se propõem a fazer uso da base legal do legítimo interesse devem sempre adotar medidas que impliquem na ampla transparência das operações com dados pessoais, bem como na minimização de possíveis impactos aos direitos e garantias do titular. Dentre elas, destaca-se a implementação da possibilidade do exercício, por parte do titular, do Direito de Oposição (*opt-out*), ou seja, o direito do titular de se opor ao tratamento de dados baseado no legítimo interesse, especialmente nas situações em que o balanceamento de interesses é difícil de se demonstrar ou até mesmo de se atingir, não se ignorando o possível exercício abusivo deste direito.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo Interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. *In*: BIONI, Bruno et al. (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, cap. 8.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

DIGITAL LIFE INITIATIVE. Disponível em: <https://www.dli.tech.cornell.edu/>. Acesso em 25 fev. 2021.

- FONSECA, Edson Pires da. **Lei geral de proteção de dados pessoais – LGPD**. Salvador: JusPodivm, 2021.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G.. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NISSENBAUM, Helen. Privacy as contextual integrity. *In: Washington Law Review*, 2004, v. 79, N. 1, 119-157.
- NISSENBAUM, Helen. **Privacy in Context: technology, policy, and the integrity of social life**. Stanford: Stanford University Press, 2010.
- OLIVEIRA, Ricardo et al. **O Legítimo Interesse e a LGPD**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.
- ROSENVALD, Nelson et al. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 5ª ed. rev., ampl., e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.
- TEIXEIRA, Tarciso; ARMELIN, Ruth Maria G. da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Comentada artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. **Opinion 03/2013 on Purpose Limitation**. Disponível em https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm#maincontent-Sec4. Acesso em 22 fev. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**. Disponível em https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm#maincontentSec4. Acesso em 16 fev. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. **The Article 29 Working Party Ceased to Exist as of 25 May 2018**. 11/06/2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=629492. Acesso em 16 fev. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. O que acontece se alguém se opuser ao tratamento dos seus dados pessoais pela minha empresa? Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/dealing-citizens/what-happens-if-someone-objects-my-company-processing-their-personal-data_pt#:~:text=As%20pessoas%20t%C3%AAm%20o%20direito,motivos%20espec%C3%ADficos%20que%20os%20afetem.&text=As%20pessoas%20t%C3%AAm%20tamb%C3%A9m%20o,para%20efeitos%20de%20comercializa%C3%A7%C3%A3o%20direta. Acesso em 24 fev. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. **DIRECTIVA 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995 relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em 12 fev. 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 25/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 25/04/2022
- Avaliação 1: 29/04/2022
- Avaliação 2: 02/05/2022
- Decisão editorial preliminar: 02/05/2022
- Retorno rodada de correções: 08/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 08/05/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

MACROCRIMINALIDADE COMO OBSTÁCULO À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

MACROCRIMINALITY AS AN OBSTACLE TO SOCIAL RIGHTS ACHIEVEMENT

AUGUSTO MARTINEZ PEREZ FILHO¹

GERALDA CRISTINA DE FREITAS RAMALHEIRO²

RICARDO AUGUSTO BONOTTO BARBOZA³

RESUMO

A sociedade atual tem convivido com a sofisticação crescente da macrocriminalidade. No Brasil, a macrocriminalidade se verifica em duas grandes espécies: a corrupção e o tráfico de drogas. Por outro lado, para a realização dos direitos sociais, há inquestionável necessidade de recursos – o chamado “custo dos direitos” – sobretudo diante de novos desafios, como, por exemplo, o combate às pandemias. No entanto, vultuosos montantes financeiros são desviados para fins não relacionados ao interesse público por meio da corrupção ou em investimentos ligados ao combate ao crime organizado, com ganhos questionáveis à sociedade. O presente artigo teve como objetivo verificar manifestações da macrocriminalidade no Brasil e os desafios existentes à efetivação dos direitos sociais. O estudo da corrupção, do tráfico de drogas e da milícia no Brasil, bem como o fenômeno da não concretização dos direitos sociais representaram objetivos específicos. Adotou-se o método dedutivo através de análise bibliográfica de livros e artigos acadêmicos. Concluiu-se que há perigo de uma eventual convergência entre agentes políticos envolvidos com a prática da corrupção e o crime organizado, tal sinergia entre esses males representaria um empecilho ainda mais severo à concretização dos direitos sociais.

Palavras-chave: macrocriminalidade; direitos sociais; corrupção; tráfico de drogas.

ABSTRACT

Today's society has dealt with growing sophistication of macro-crime. In Brazil, macrocriminality is found in two major species: corruption and drug trafficking. On the other hand, for the realization of social rights, there is an unquestionable need for resources - the so-called "cost of rights" - especially in the face of new challenges, such as, for example, the fight against pandemics. However, large financial amounts are diverted for purposes unre-

1 Doutor em Direito pela Faculdade Atônoma de Direito - FADISP, Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP, Master of Law - LLM pela Brigham Young University (EUA). Advogado e Professor Universitário. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9659-7689>.

2 Doutoranda em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente, Universidade de Araraquara - UNIARA; Mestrado Profissional em Gestão de Organizações pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCAR. Professora Universitária. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-6699-8235>.

3 Pós Doutorado em Inovação em Micro e Pequena Empresa pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP. Mestrado em engenharia urbana pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCAR. Professor Universitário. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8625-6183>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

PEREZ FILHO, Augusto Martinez; RAMALHEIRO, Geralda Cristina de Freitas; BARBOZA, Ricardo Augusto Bonotto. Macrocriminalidade como obstáculo à concretização dos direitos sociais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 271, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8160>.

lated to the public interest through corruption or in investments linked to the fight against organized crime, with questionable gains for society. This article invites a reflection on how macrocriminality represents an obstacle to the realization of social rights, as well as the dangers of a possible convergence between political agents involved with the practice of corruption and organized crime, represented by drug trafficking and militias, since an eventual synergy between such evils would represent an even more severe “coup” to the realization of social rights.

Keywords: macrocriminality; social rights; corruption; drug traffic.

1. INTRODUÇÃO

Desde a década de oitenta, a sociedade vivencia constantes mudanças, fruto da revolução tecnológica das últimas décadas, que modificou a dinâmica comportamental, o estilo de vida e os valores sociais. Trata-se de um dos mais relevantes fenômenos da história recente, tendo repercussões no âmbito da delinquência, que passou a adotar técnicas mais sofisticadas.

Com o advento da globalização, as relações comerciais passaram a demandar novas formas de integração entre países e organizações, fazendo com que informações, recursos financeiros e indivíduos se movimentassem com uma frequência e intensidade sem precedentes, uma vez que houve internacionalização do capital industrial e as relações de produção e comercialização se tornaram transnacionais. O século XX foi marcado pelo crescimento econômico e aprofundamento das cadeias globais, enquanto o século XXI se inicia com novos desafios geopolíticos e uma nova forma de “guerra fria” a partir do potencial hegemônico chinês e a pandemia causada pelo Covid 19.

Em movimento semelhante, a criminalidade passou a interagir de modo cada vez intenso em relação à economia formal, bem como buscar maneiras de influenciar as diversas esferas de poder, tudo isto realizado por intermédio de estruturas definidas a partir da reprodução de experiências e práticas corporativas. Há um “profissionalismo” por assim dizer. É o que se convencionou chamar de macrocriminalidade, [...] “macrocriminalidade são espécies do gênero “crimes do colarinho branco”, delitos estes em regra praticados por pessoas das camadas sociais mais altas” (FONTENELLE NETO, 2019, p. 123).

Da mesma maneira que se verifica no concerto das nações, no cenário das organizações criminosas também se nota a busca pela hegemonia, mediante uma especialização em “nichos” de atuação, pois algumas atuam na exportação de entorpecentes, enquanto outras na produção de insumos, há também grupos especializados no aluguel de armamento para determinadas ações, outros atuam em lavagem de capital, etc. A sofisticação do crime organizado impõe a utilização cada vez mais vultuosa de recursos públicos em ações policiais de prevenção e combate a infrações penais. Nos países em desenvolvimento, isto significa menor disponibilidade orçamentária para se atender às demandas sociais.

Trata-se de realidade sociojurídica que merece maior atenção da academia. Por esse motivo, tem o presente artigo o intuito de responder à indagação: Como a macrocriminalidade representa um obstáculo à realização dos direitos sociais?

No âmbito interno de cada país, a partir da globalização houve o incremento de novas estruturas e modalidades de infrações penais, concorrendo para a formação de organizações criminosas - conhecidas como facções – tendo o tráfico de drogas sua manifestação mais

conhecida. Todavia, no caso brasileiro, conforme demonstra a história mais recente, há outra manifestação de macrocriminalidade muito afamada. Trata-se da cooptação de agentes políticos por sociedades empresariais com interesse em contratações junto à Administração Pública, seja para a construção de obras, seja para o fornecimento de bens e serviços. Uma típica criminalidade ao estilo *white-collar*⁴.

Assim, a macrocriminalidade brasileira se apresenta em duas grandes frentes: a histórica questão da corrupção envolvendo agentes públicos, e o embate cotidiano -violento - entre agentes estatais e criminosos abrangendo, sobretudo, o tráfico de drogas.

O presente trabalho propõe-se a refletir sobre como o fenômeno da macrocriminalidade tem contribuído para impedir a realização de direitos metaindividuais, na medida em que desvia vultuosas somas de recursos públicos para fins outros que o atendimento ao bem comum ou para a perpetuação de conflitos que parecem ter poucas chances de uma solução efetiva em um curto espaço de tempo.

Chamar-se-á atenção para uma possível convergência entre os dois padrões de macrocriminalidade anteriormente mencionados, sobretudo por meio da influência política por fações criminosas ou milícias e como – caso isto venha a se materializar – poderá significar um golpe ainda mais intenso sobre a efetividade de direitos coletivos.

Para melhor compreensão do objeto a ser estudado, verificar-se-á, também, as manifestações da macrocriminalidade no Brasil e os desafios existentes à efetivação dos direitos sociais. Adotou-se o método dedutivo, caminho de pesquisa que gera resultados a partir de análises que migram do geral para o particular. A técnica de revisão integrativa de livros e artigos acadêmicos foi escolhida para a realização do trabalho. Notadamente, buscou-se construir uma análise ampla da literatura, contribuindo para discussões sobre métodos e resultados de pesquisas, assim como reflexões sobre a realização de futuros estudos. O processo de elaboração da revisão integrativa se iniciou com a definição de um problema e a formulação de uma hipótese ou questão de pesquisa. Precisamente, a questão norteadora foi explicitada anteriormente. A segunda foi o estabelecimento de critérios para inclusão e exclusão de estudos e a definição das bases de consulta. Delimita-se que foram definidas as expressões “macrocriminalidade”, “crime organizado” e “corrupção” na base Google Scholar. A terceira etapa representou o refinamento da pesquisa nas bases de dados, com aplicação de filtros nos resultados da busca quanto ao: Ano de publicação (foram incluídos todos os textos); Área de concentração (delimitado para área do direito); Tipo de documento (delimitado para trabalhos completos e disponíveis na internet); Idioma (precisamente, o português) e análise qualitativa dos resumos para identificação da aderência dos parâmetros definidos. A quarta Etapa, representou a análise completa dos textos via elaboração de fichamentos e construção de um diálogo das publicações identificadas e analisadas.

4 Os crimes do colarinho branco, categoria está criada pelo sociólogo estadunidense Edwin Hardin Sutherland no ano de 1940, representam o rol de crimes praticados por pessoas “respeitáveis”, que possuem elevados status sociais, no exercício de suas funções. (DE ASSUNÇÃO; GARCIA, 2016, p. 129).

2. A MACROCRIMINALIDADE NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A criminalidade toma contornos distintos conforme as sociedades se evoluem e o contexto no qual o ato delincente é praticado. Nesse sentido, a criminalidade em uma sociedade pode ser classificada como uma microcriminalidade ou uma macrocriminalidade, a depender do grau de sofisticação das técnicas empregadas em sua prática e da existência, ou não de uma estrutura organizacional baseada na associação de pessoas, divisão de tarefas e coordenação sob um mesmo comando. Evidentemente, cada qual possui formas distintas de persecução e afeta a comunidade de formas variadas.

Entende-se, acerca da microcriminalidade ou criminalidade clássica, como sendo um tipo de criminalidade menos estruturada, que ocorrem diariamente de maneiras rudimentares, não havendo complexidade na delinquência, e com impactos visíveis na sociedade. Assim, de modo a delinear, Lavorenti e Silva explicam que a característica do crime clássico é que ele se manifesta em inúmeros atos ilícitos todos os dias, e é praticado por pessoas que normalmente não mantêm nenhum contato, ou no máximo estão vinculados a uma organização criminosa composta por gangues ou gangues, ou estão atreladas por um concurso de pessoas (LAVORENTI; SILVA, 2000).

No mesmo sentido, Fernandes e Fernandes (2002) complementam que a microcriminalidade é resultado do clima de adversidade e da violência que impregnam a sociedade de consumo, promovendo injustiças sociais e desigualdades econômicas. Dentre outros pontos, representa delitos corretivos, violentos ou não, que, isoladamente, em todas as camadas sociais, acontecem de dia e de noite, durante todas as horas, a exemplos dos atos de latrocínio, homicídio, lesões corporais, roubo, furto, estupro, ameaça, estelionato, calúnia, injúria etc.).

A microcriminalidade se mostra presente na maioria das cidades brasileiras, por meio de furtos, danos ao patrimônio público e porte de drogas para uso pessoal. Todavia, em meados do sec. XX eclodia um novo tipo de criminalidade proveniente das transformações tecnológicas e econômicas em forte movimento na humanidade.

A criminalidade passou a ser mais elaborada, requerendo estratégias mais astuciosas para a realização das empreitadas ilícitas, caracterizando-se uma estrutura organizada que pode ser equiparada à atividade empresária, verdadeiras sociedades criminosas que se estabelecem em uma hierarquia entre seus membros, na divisão de trabalho entre os seus membros com fim específico de obter lucro da atividade criminosa. Conforme Mingardi (1994), “a organização criminosa, tem previsão de lucros, hierarquia, divisão de trabalho, ligação com órgãos estatais, planejamento das atividades e delimitação da área de atuação” (MINGARDI, 1994, p. 3).

Neste contexto temos a existência de um fenômeno que assola e se manifesta em diversos cenários, em nível mundial, sendo o tráfico de drogas uma de suas primeiras representações e atualmente responsável pela movimentação de bilhões de dólares por ano, segundo relatório da UNODC (2017, p. 01-48). Outra manifestação macrocriminalidade é a corrupção, mal que assola – em especial - as nações em desenvolvimento.

Fernandes e Fernandes (2002, p. 440) acrescentam que a microcriminalidade é visível, pouco estruturada e diz respeito a crimes comuns que ocorrem rotineiramente em todas as camadas sociais, ao passo que a macrocriminalidade é pouco transparente, bem estruturada e diz respeito a crimes que possuem maior complexidade e, por isto, menor visibilidade.

A macrocriminalidade, no Brasil, tem gerado desafios à economia nacional, na medida em que estabelece verdadeiro “Estado paralelo”, abalando a credibilidade das instituições públicas e obstruindo a concretização de direitos. Esta criminalidade organizada tem se utilizado de seu poderio econômico para influenciar e corromper agentes públicos, capturando a ação estatal para finalidades espúrias. Em outra frente, a Macrocriminalidade, manifestada por meio de facções criminosas e milícias, espalham o medo e cerceiam liberdades em comunidades periféricas dos grandes centros urbanos.

2.1 A CORRUPÇÃO E O TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

O arcabouço jurídico brasileiro possui algumas normas editadas para o combate à Macrocriminalidade: a Lei n. 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, a Lei n. 8.137/1990, que trata do crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, a Lei n. 9.613/1998, que versa sobre o combate à “lavagem” de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e a Lei n. 12.846/2013, que estabelece punições de natureza cível e administrativa às pessoas jurídicas que perpetrarem atos contra a administração pública nacional ou estrangeira “lei anticorrupção”.

O Brasil também demonstrou interesse no combate ao crime organizado, com a ratificação do Decreto 5015/2004, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como “Convenção de Palermo” e, mais recentemente, a Lei n. 12.850/2013, que define a organização criminosa e dispõe sobre a persecução penal, e – finalmente – a Lei n. 13.964/2019, conhecida como “pacote anticrime”.

Infelizmente, mesmo com todo este aparato legislativo a favor da repressão, o combate à macrocriminalidade, seja em sua vertente econômico-política, seja em sua vertente mais violenta – tráfico de drogas e milícias - é algo extremamente complexo, pois, a macrocriminalidade pode ter atuação regional, nacional e/ou internacional, se organiza de forma empresarial, tornando-se parte de uma economia formal (LAVORENTI; SILVA, 2000, p. 20).

Os efeitos nefastos da questão de drogas no Brasil envolvem um histórico de forte repressão, com enorme custo social e econômico. De Carvalho questiona até mesmo a relação custo-benefício diante do gasto governamental para o embate diante dos resultados concretos produzidos, sobre as políticas repressivas nas últimas décadas, causando muito mais mortes violentas e consequências negativas do que o consumo das drogas em si, de acordo com o autor o Brasil, em números absolutos de homicídios por ano – são mais de 56.000 mortes violentas, das quais se estima que 50% sejam relacionadas à guerra às drogas. (DE CARVALHO E PELLEGRINO, 2015, p. 1.)

Obviamente, o tráfico de drogas no Brasil representa “negócio” altamente lucrativo, movimentando valores muito acima dos lucros de empresas ou alguns orçamentos públicos, atingindo cerca de 17 bilhões de reais por ano (MILITÃO, 2020, online). Diante do crescimento da

repressão estatal a este tipo de delito, as organizações criminosas têm utilizado, de forma crescente, de subterfúgios que confirmam às suas atividades, uma aparência de legalidade, lançando mão de empresas “de fachada”, estruturas societárias complexas que dificultem a identificação de elos junto às atividades ilícitas ou mediante a utilização de “ações neutras”⁵ perpetradas por profissionais liberais, empresas de consultoria ou escritórios de advocacia. Buscam construir uma “muralha da China” no sentido de se conferir uma blindagem perante as entidades estatais de fiscalização e combate às infrações penais, que diante da insuficiência de recursos ou conhecimento técnico, não conseguem combater tais infrações, porque simplesmente não conseguem visualizá-las.

Quando a sofisticação atinge patamares máximos, a macrocriminalidade atinge as instituições políticas e os diversos níveis de poder, [...] “na macrocriminalidade há uma inversão, sendo os agentes das classes hegemônicas que, em regra, praticaram atos desviantes que lesarão as classes menos abastadas” (FONTENELLE NETO, 2019, p. 124).

Cria-se, portanto, uma estrutura que se retroalimenta, por meio de uma interdependência entre a organização criminosa e o ente estatal, conforme explica Zaffaroni:

“[...] a principal fonte do crime organizado é o próprio Estado, cujas estruturas acabam por cair, acidentalmente ou não, nas mãos dos corruptos, que passam a delas se valer para, de forma esporádica, sistemática ou institucionalizada, atender, aderir ou constituir a própria organização criminosa. Assim, a macrocriminalidade não objetiva a busca do poder estatal, mas o comprometimento dos agentes públicos e infiltração de seus homens, influenciando e, dependendo de sua força e desenvolvimento, até determinando postura e conduta oficiais que favoreçam a organização que desfrutará, de forma oculta e sub-reptícia, as benesses a serem ofertadas”. (ZAFFARONI, 1994, p. 149).

As condutas investigadas pela Operação Lava-Jato podem ser tidas como um exemplo de macrocriminalidade na forma da corrupção nos mais diversos níveis da administração pública e privada. Verifica-se um *modus operandi* recorrente⁶ no qual recursos públicos são utilizados para a perpetuação no poder, mediante financiamento de campanhas eleitorais, e o pagamento de agentes políticos como meio de se obter favores junto à Administração Pública.

Nesse sentido, o ministro Celso de Mello leciona:

“[...] a corrupção deforma o sentido republicano da prática política, afeta a integridade dos valores que informam e dão significado à própria ideia de República, frustra a consolidação das Instituições, compromete a execução de políticas públicas em áreas sensíveis como as da saúde, da educação, da segurança pública e do próprio desenvolvimento do País, além de vulnerar o princípio democrático”. (MELLO, 2018, p. 9).

Noutra banda, o ministro Luiz Roberto Barroso chama atenção para a relação próxima que a corrupção possui com a macrocriminalidade do tráfico de drogas e armas, ressaltando que a corrupção está no âmago da criminalidade organizada e nutre as mais diversas alianças indevidas junto aos agentes públicos, tudo de modo a para preservar a estrutura de poder vigente (BRASIL, 2018).

5 [...] “as ações neutras são aquelas ações cotidianas, em si lícitas, mas que podem desaguar na participação no crime de outrem”. (ESTELLITA, 2012, online).

6 Não é a primeira vez que agentes políticos do alto escalão público são acusados de desvios éticos. Houve, pouco tempo antes, o “mensalão”, julgado pela AP 470, que tramitou perante o STF.

A atuação criminosa entre o tráfico de drogas e jogos ilegais mediante o apoio de agentes da segurança pública corruptos, por exemplo, acabou por se perpetuar como uma prática perigosa, conforme assevera Deltan Dallagnol:

Entre as categorias de crimes, talvez as que mais se repetem no Brasil envolvem ou o relacionamento dos policiais com o vício (tráfico de drogas, jogo do bicho e caça-níqueis), o que repete um padrão internacional, ou, então, a repressão à prática do contrabando e do descaminho. (DALLAGNOL, 2016. p. 323).

Esta forma de corrupção está também diretamente ligada à formação de grupos armados ilegais com integrantes advindos das forças de segurança, conhecidos como milícias - os quais, sob o argumento de combate à “verdadeira” criminalidade, lançam mão de práticas que envolvem a violência em suas mais diversas formas de manifestação.⁷ Além disto, controlam a prestação de serviços, realizando a cobrança ilegal de “taxa” de manutenção da segurança, interferindo no transporte alternativo, nos serviços de telefonia e internet e no comércio em geral em comunidades menos desfavorecidas. (COSTA, 2011, p. 28).

Esta corrupção por parte de agentes públicos gera, ainda, prejuízos à eficácia da justiça, além de gerar desequilíbrio na competição no setor privado, uma vez que - como leciona Andréa Nascimento, [...] “utilizam mecanismos informais e ilegais para distribuição privilegiada da informação” (2011, p. 62).

A macrocriminalidade é um mal que assola a sociedade, presente no âmbito público e privado, promovendo um relacionamento inoportuno entre agentes públicos e privados, com consequências alarmantes. Este vínculo da corrupção com outras práticas delinquentes impõe uma barreira para a viabilização e concretização de direitos, na medida em que desvia recursos que deveriam ser direcionados às diversas necessidades de natureza difusa, tais como a melhoria da saúde e educação, além da realização de obras de infraestrutura e saneamento básico.

3. O CUSTO DOS DIREITOS E O DESAFIO ORÇAMENTÁRIO

A concretização de direitos requer a utilização de recursos orçamentários. No entanto, o discurso amplamente difundido é no sentido de que o Estado brasileiro atravessa grave crise fiscal, com o desequilíbrio de suas contas a ponto de vislumbrar um colapso financeiro nos próximos anos. Diante disto, merece destaque a edição de dois diplomas legais: a EC 95/2016 (teto de gastos públicos) e EC 103/2019 (reforma da previdência).

Na exposição de motivos encaminhada junto à PEC 241/2016, que foi convertida na emenda do teto de gastos, trazia a seguinte explicação:

Faz-se necessária mudança de rumos nas contas públicas, para que o País consiga, com a maior brevidade possível, restabelecer a confiança na sustentabilidade dos gastos e da dívida pública. É importante destacar que, dado o quadro de agudo desequilíbrio fiscal que se desenvolveu nos últimos anos, esse instrumento é essencial para recolocar a economia em trajetória de crescimento, com geração de renda e empregos. Corrigir o desequilíbrio das contas públicas é condição necessária para retirar a economia brasileira

7 Adoção de “tribunal” próprio para análise e julgamento de seus integrantes e opositores, com imposição de pena, muitas vezes, levando à morte da pessoa julgada.

da situação crítica que Vossa Excelência recebeu ao assumir a Presidência da República. 3. No âmbito da União, a deterioração do resultado primário nos últimos anos, que culminará com a geração de um déficit de até R\$170 bilhões este ano, somada à assunção de obrigações, determinou aumento sem precedentes da dívida pública federal. De fato, a Dívida Bruta do Governo Geral passou de 51,7% do PIB, em 2013, para 67,5% do PIB em abril de 2016 e as projeções indicam que, se nada for feito para conter essa espiral, o patamar de 80% do PIB será ultrapassado nos próximos anos. Note-se que, entre as consequências desse desarranjo fiscal, destacam-se os elevados prêmios de risco, a perda de confiança dos agentes econômicos e as altas taxas de juros, que, por sua vez, deprimem os investimentos e comprometeram a capacidade de crescimento e geração de empregos da economia. Dessa forma, ações para dar sustentabilidade às despesas públicas não são um fim em si mesmas, mas o único caminho para a recuperação da confiança, que se traduzirá na volta do crescimento. (BRASIL, 2016, p. 4)

Nota-se, portanto, a tônica da necessidade de maior controle do gasto público, o que é questionado de forma veemente por alguns, em razão da ausência de uma auditoria da dívida pública e da forte transferência de recursos públicos para o setor financeiro.

A discussão que levou a cabo a reforma da previdência também apontou uma necessidade urgente da redução de despesas estatais. A expressão “bomba relógio” foi utilizada em diversas ocasiões para dizer que se nada fosse feito, o Estado brasileiro não teria como arcar com despesas básicas, dentre elas, o pagamento de aposentadorias do regime geral de previdência.

Portanto, a discussão da história recente brasileira para a não realização de direitos fundamentais previstos no próprio texto constitucional e leis esparsas fundamenta-se precipuamente na ausência de recursos financeiros (e materiais, tais como equipamentos, pessoal e infraestrutura). No entanto, há quem indique que no processo de transposição do instituto da reserva do possível tal como posto na jurisdição constitucional alemã, o Estado brasileiro se apropriou de discurso que não representa exatamente o decidido pela Corte estrangeira, uma vez que a referida teoria não guardaria relação com direitos sociais previstos em lei. Anota Perlingeiro:

Em face da escassez de recursos para suportar os direitos sociais, o texto analisa os principais precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), e conclui que ela não se aplica ao mínimo existencial (*Existenzminimum*) e que, naturalmente, quanto à exigibilidade de quaisquer direitos sociais com fundamento em lei, não resta discricionariedade política ao legislador orçamentário. Em outro giro, o texto demonstra que a reserva do possível, ao contrário do que se imagina, nenhuma relação mantém com as políticas públicas sociais, que, contextualizadas, no âmbito dos direitos fundamentais procedimentais, justificam-se tão somente enquanto meio de realização de prestações sociais exigíveis (justiciáveis) (PERLINGEIRO, 2013, p. 16).

De qualquer modo, o desafio orçamentário voltou a ganhar notoriedade diante da pandemia gerada pelo COVID-19, levando a Administração Pública ao desafio de ampliar serviços de saúde e leitos de UTIs, bem como a aquisição de equipamentos de proteção individual – tais como máscaras e luvas de proteção – além de álcool em gel e outros insumos necessários ao combate ao vírus. O impacto social também se revelou descomunal, segundo explica Abraham:

A pandemia da Covid-19 que vem afligindo toda a humanidade tem afetado severamente o mercado global e o interno brasileiro, por uma forte desaceleração da economia devido à redução da produção, do consumo e das exportações, ocasionada pelo isolamento social e pelo fechamento de estabelecimentos não essenciais.

Como consequência, na área fiscal, temos uma queda drástica na arrecadação de tributos, além da brusca desvalorização do preço do petróleo pela menor demanda da *commodity*, reduzindo importante fonte de recursos financeiros para o país, que são as receitas de *royalties*.

Mas como se não bastassem os inesperados e vultosos gastos na área da saúde para o imperioso e urgente enfrentamento da doença causada pelo novo coronavírus, juntamente com a diminuição nas receitas públicas, os governos, sobretudo o federal, enfrentam outro desafio: prover meios necessários e suficientes para a manutenção dos empregos, o reaquecimento da economia e, principalmente, para garantir um mínimo de renda imprescindível para os mais necessitados e vulneráveis, sobretudo àqueles que pertencem à economia informal. (ABRAHAM, 2020).

As medidas jurídicas para o enfrentamento da crise incluem esforços do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Aquele aprovou⁸ a PEC n. 10/2020, que criou o Regime Extraordinário Fiscal, Financeiro e de Contratações, comumente chamado de “orçamento de guerra”, criado para facilitar a admissão de pessoal e a realização de obras, serviços e compras durante a epidemia, além de flexibilizar a “regra de ouro”, segundo a qual a Administração Pública governo não pode tomar empréstimo para garantir o pagamento de despesas correntes.

O Poder Judiciário, por sua vez, por intermédio de decisão monocrática *ad referendum* proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, no qual afasta exigências a despeito na Lei de Responsabilidade Fiscal durante a pandemia Covid-19. (BRASIL, 2020, p. 12).

A realização de direitos sociais - no caso, o direito à saúde - vê-se envolta à discussão da limitação de numerário suficiente às necessidades reais que se apresentam. E, uma vez mais, a macrocriminalidade se apresenta como obstáculo real à sua concretização, na medida em que já se fala na possibilidade de ocorrência de corrupção envolvendo os recursos destinados ao combate à pandemia. Trata-se do “Covidão”. (ROBERTO JEVERSON, 2020, online).

É que a declaração de calamidade pública afasta a necessidade de realização de licitação para a aquisição de bens e serviços, o que poderá ensejar na malversação dos recursos públicos.

No Brasil, a macrocriminalidade dificulta a promoção dos direitos humanos. Segundo o Secretário Nacional de Proteção Global, Sérgio Queiroz, já foram feitas diversas recomendações pelos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos acerca do impacto negativo da corrupção, uma vez que serviços relacionados a tais direitos podem sofrer efeitos “devastadores” em termos de sua disponibilidade e qualidade. Em última instância – a depender do nível, abrangência e forma – a corrupção pode prejudicar o funcionamento, a legitimidade das instituições públicas e até mesmo o “Estado de Direito” (BRASIL, 2019).

A discussão do “custo dos direitos”, há muito tem explicitado que – em realidade, todos os direitos, sem exceção – têm um custo inerente à sua efetivação. A divisão tradicionalmente aceita entre direitos positivos e negativos é questionada a partir da lógica que, independentemente da efetiva natureza prestacional, mesmo os direitos tidos como de natureza “negativa”

8 A referida PEC do “orçamento de guerra” foi publicada no Diário Oficial da União no dia 08.05.2020.

eventualmente demandam recursos públicos à sua concretização, uma vez que, em caso de seu descumprimento, haverá o acionamento do Poder Judiciário para, ao menos, declarar a sua existência e titularidade.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito do custo necessário à realização dos direitos sociais, por meio do Ministro Gilmar Mendes, nos autos do ARE n. 704.520-SP:

[...] os direitos sociais – como, de resto, qualquer dos direitos fundamentais – demandam ações positivas e têm custos que não podem ser ignorados pelo poder público, tampouco pelos tribunais. Lembro, de passagem, a ilustrativa doutrina de Holmes e Sustain, quando afirma: “Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute”. (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass, *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999, p.97) Vale dizer: levar os direitos a sério requer que se considerem também os custos de sua efetivação, que, aliás, serão tanto mais relevantes quanto mais dispendiosa seja a concretização do direito ou da política pública em questão. [...] não parece que o princípio da dignidade humana, tampouco o da vedação do retrocesso tenham efetivamente o conteúdo ou o sentido que o recorrente lhes deseja conferir, ao postular a aplicação de legislação já revogada ao tempo da ocorrência do sinistro. (BRASIL, 2014, p. 14).

Merece registro o fato de o ministro ressaltar que, mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da vedação do retrocesso (proibição do efeito *cliquet*) têm o condão de mitigar a realidade de que a consubstanciação dos direitos sociais previstos no texto legal depende da existência de recursos. A consciência deste fato nos impele ao necessário, e premente, combate à macrocriminalidade.

Isto passa pela melhoria da gestão pública, com incremento da transparência, controle e análise qualitativa do erário, pois a macrocriminalidade impõe alto custo à coletividade. A corrupção e os gastos sociais e financeiros envolvidos no combate ao tráfico de drogas impedem a concretização de direitos, impondo aos gestores administrativos “escolhas trágicas”⁹.

Na perspectiva da macrominialidade relacionada ao tráfico de drogas verifica-se a presença de violência cruenta envolvendo criminosos de alta periculosidade, facções organizadas e com atividades permeando as diversas áreas da sociedade, impondo desafios cada vez maiores à sua superação.

Há situações nas quais instaura-se um verdadeiro clima de “terror”, impondo a lei do silêncio nas comunidades carentes, “tribunais” responsáveis pela solução de lides sociais – com a imposição da pena de morte e tortura – além do recente fenômeno dos “refugiados urbanos” (RISSO, 2018; CEARÁ, 2019), com repercussão direta no direito social à moradia.

Apenas no Estado de São Paulo, o combate a esta espécie de macrocriminalidade custa – anualmente – R\$ 32 milhões aos cofres públicos, apenas a título da tramitação processual de feitos relativos ao tráfico de drogas. Tal levantamento também aponta para o custo de para a manutenção de preços pelo crime de tráfico de entorpecentes supera a casa de R\$ 1 bilhão (CARBINATTO, 2018, online).

9 Termo utilizado para expressar a tensão entre a necessidade estatal de concretizar direitos prestacionais fundamentais e as dificuldades governamentais de viabilizar os recursos financeiros, muitas vezes escassos.

4. CORRUPÇÃO, TRÁFICO DE DROGAS E MILÍCIA: O PERIGO DA CONVERGÊNCIA DAS ESPÉCIES DE MACROCRIMINALIDADE À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Ao longo dos últimos anos houve no Brasil o crescente aumento nas operações que buscam o desmantelamento de facções criminosas e, ao longo das investigações, em muitos casos, foi possível apurar o envolvimento de agentes públicos. Há notícias de envolvimento de agentes públicos com facções criminosas e milícias, sendo que – em muitos casos – os agentes públicos possuem cargos relevantes e os esquemas também envolvem a prática de corrupção.

Esta foi a conclusão apontada na “operação cleanup” (MATO GROSSO, 2019), onde se apura a facilitação e orientação por parte do agente o público na realização de empreitadas criminosas, bem como na “operação capa preta” (ALBURQUERQUE, 2021, online) que identificou o envolvimento de diversos agentes públicos com facção criminosa de grande destaque no Estado do Rio de Janeiro.

A comunhão destas duas espécies de macrocriminalidade põe em xeque a implementação de políticas públicas, além de gerar um grande desafio ao Poder Público. Estudos acerca dos direitos metaindividuais tradicionalmente têm se centrado em aspectos ligados à efetivação de instrumentos processuais ou à sua concretização em relação às minorias marginalizadas. Todavia, pouco se reflete acerca dos efeitos resultantes da macrocriminalidade aos direitos coletivos *lato sensu*.

A proximidade entre a corrupção e o crime organizado, mormente o tráfico de drogas e milícias poderá gerar uma sinergia extremamente negativa à materialização dos direitos sociais, na medida em que o seu enfrentamento exigirá volumes de recursos público ainda superiores aos atualmente já gastos. Trata-se, quiçá, de um dos maiores desafios concretização do Estado Democrático de Direito. De acordo com Barnes, [...] tal colaboração frequentemente resulta em instituições estatais que, enquanto formalmente estejam sob o controle do Estado, sujeitam-se à influência sutil do crime organizado (2017, p. 977).

O combate à integração do crime organizado com agentes políticos - para diversos países tem sido um desafio, de acordo com Barnes:

A despeito da direção de casualidade, arranjos que representam integração não são difíceis de encontrar, especialmente em democracias nas quais há eleições. No Rio de Janeiro, em 2008 uma comissão pública descobriu que vários políticos na câmara municipal eram diretamente ligados às milícias, as quais utilizaram do controle territorial e ameaça de violência em centenas de favelas para ganhar grandes votações. Na Itália, a Cosa Nostra abertamente endossou um estimado de 40 a 75% dos oficiais eleitos no oeste da Sicília entre 1950 a 1992. [...] Na região leste da Guatemala, um estimado de 70% dos fundos de campanha eleitorais tem sua origem no crime organizado e tráfico de drogas [...] em 195 municípios mexicanos há infiltração do crime organizado em instituições eleitorais, mantendo o que os relatórios referem como uma “hegemonia total” (BARNES, 2017, p. 977).

A política de encarceramento também tem sido apontada como responsável pelo fortalecimento das organizações criminosas, que passaram a ter alcance regional, com indicações reais de pretensões nacionais, como demonstram os conflitos ocorridos em presídios ao longo de 2017, representativos da “guerra” pela conquista de novos territórios. [...] Assim, a redução do encarceramento massivo em presídios que funcionam como espaços articuladores das redes criminais é medida fundamental para interromper a produção de violência nas e a partir das prisões. (MANSO; DIAS, 2017, p. 26).

Além disto, a política de recrudescimento das leis tem elevado o número de prisões, sendo – também – apontada por alguns estudiosos como negativa para o combate ao crime organizado:

Estratégias repressivas e duras podem gerar um efeito temporário de “congelar” o crime violento. Porém, estudos sobre intervenções latinoamericanas no estilo *mano dura* indicam que esses impactos tendem a ser transitórios e temporários. Eles também são frequentemente seguidos por um forte aumento da violência letal, à medida que as facções adotam táticas cada vez mais violentas em resposta. Não são apenas dolorosamente ineficazes a médio prazo, mas também são economicamente ineficientes. Com a economia do Brasil em queda e o país enfrentando austeridade, isso é algo que o governo deveria considerar. (MUGGAH, 2019, online).

A violência envolvida no tráfico de drogas ainda representa um obstáculo à cooptação da política pelo crime organizado no Brasil, conforme explica Barbosa:

“[...] as organizações criminosas brasileiras que se dedicam a crimes com base no mercado, embora também tenham caráter violento e representem um transtorno para o país, ainda não foram capazes de estabelecer uma relação tão íntima com a elite política e econômica do Brasil. (BARBOSA, 2019, p. 47).

A contrário *sensu*, e para fins apenas de exercício hipotético, caso haja um arrefecimento da violência envolvida – com a adoção de política criminal não alinhada à “guerra às drogas” – talvez possa representar uma mudança substancial na relação “custo-benefício”. Seria que isto facilitaria o entrelaçamento entre o crime organizado e a política no Brasil? Trata-se de pergunta que merece uma análise adequada antes de qualquer tentativa de resposta.

Fato é que a reflexão sobre os efeitos de uma eventual convergência das espécies de macrocriminalidade merece maior atenção, pois se – na visão de especialistas – a melhor estratégia para a diminuição da criminalidade não passa pela ampliação do uso da violência pelo Estado, ao mesmo tempo não se pode permitir que a relação “custo-benefício” se altere a ponto de favorecer o relacionamento nefasto entre setores políticos e o crime organizado, o que representaria a convergência dos segmentos da macrocriminalidade – corrupção e tráfico de drogas/milícias – diminuindo, ainda mais, os recursos disponíveis à realização dos direitos sociais, na medida em que seriam direcionados a um suposto combate ao crime – sem resultados efetivos e sem previsão de encerramento, em uma verdadeira ação de “enxugar gelo” – além de desviados para fins não republicanos, tais como o enriquecimento de agentes políticos e financiamento de campanhas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa possibilitou detectar a sofisticação da macrocriminalidade, no qual tem se verificado tanto em relação à corrupção como ao crime organizado, com destaque para o tráfico de drogas e milícias. Necessário novas e complexas estruturas que demandam um montante cada vez maior de recursos para o combate deste tipo de criminalidade, representando vultuosas somas que deixam de ser direcionadas à realização de direitos sociais.

Infelizmente, a corrupção tem sido responsável pelo desvio de bilhões de reais que poderiam ser utilizados em saúde, educação e desenvolvimento social, no entanto, grande desafio que tem se avizinado em nosso país seria a eventual convergência entre estas duas espécies de macrocriminalidade, sob pena de se possibilitar uma sinergia capaz de ampliar o desvio de recursos públicos.

A ocorrência de novos desafios, tal como pandemias, demanda maior quantidade de investimento público em materiais, pessoas e infraestrutura relacionadas à área da saúde, como um exemplo de direito social.

Por outro lado, para se materializar este conflito entre o direito à educação ou o direito à cultura há a necessidade de erário. Conclui-se que o debate envolvendo o custo dos direitos torna-se central diante das obrigações impostas pela realidade, mormente em países em desenvolvimento, tais como o Brasil. Necessário refletir acerca de como a macrocriminalidade obstaculiza a concretização dos direitos sociais, sob pena de os operadores do Direito – ao desconhecerem a causa – deixarem de propor medidas hábeis ao enfrentamento das novas técnicas e estruturas adotadas pelo crime organizado, perenizando as agruras sociais existentes em nossa nação. A macrocriminalidade impõe alto custo à coletividade, é pouco transparente e bem estruturada, o macrocrime é responsável pelo aumento da pobreza e da desigualdade social, por fim a macrocriminalidade põe em xeque a implementação de políticas públicas de segurança pública para repressão e prevenção ao crime e a redução da criminalidade violenta.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Luiza. **Polícia do Rio faz quatro vezes mais operações em territórios do tráfico do que da milícia, diz estudo**. Folha de S. Paulo, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/04/policia-do-rio-faz-quatro-vezes-mais-operacoes-em-territorios-do-trafico-do-que-da-milicia-diz-estudo.shtml>. Acesso em 20 set. 2021.

BARBOSA, Cristiano Dias. **A elite do crime e os crimes da elite**: um estudo sobre o crime organizado e sua interação com atores e instituições estatais no México e no Brasil. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em relações internacionais do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-03042019-145218/publico/Cristiano_Dias_Barbosa.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

BARNES, Nicholas. **Criminal Politics**: An integrated approach to the study of organized crime, politics, and violence. (Tradução Livre). Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/perspectives-on-politics/article/criminal-politics-an-integrated-approach-to-the-study-of-organized-crime-politics-and-violence/B6E8E52E87FCC47B-3F053BA7AF65971E>. Acesso em: 25 de abr. de 2021.

BRASIL. Senado Federal. **PEC n. 241/2016**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=2088351>. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF **ADI n. 6357-DF**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+6357%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/s2j7d7z>. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF. **ARE n. 704.520**. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 23.10.2014. 2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+704520%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+704520%2EACMS%2E%29&base=baseAcord>. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Ação Penal nº 996/DF**. Relator: Edson Fachin. Dje. 29/05/2018. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5083040>. Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP**. Relator: Celso de Mello. Dje. 15/09/2011. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4063691>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Inscrições abertas: seminário discute corrupção e direitos humanos, 2019**. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/julho/inscricoes-abertas-seminario-discute-corrupcao-e-direitos-humanos>. Acesso em 30 set. 2020.

BRASIL. Ministério Público do Estado de Santa Catarina - MPSC. **Em seminário sobre crime organizado, Ministro Barroso defende descriminalização do uso da maconha**. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. 2018. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/noticias/em-seminario-sobre-crime-organizado-ministro-barroso-defende-descriminalizacao-do-uso-da-maconha>. Acesso em: 27 ago. de 2021.

CARBINATTO, Bruno. **Departamento de Contabilidade e Atuária Informação**. FEA, 2018. Disponível em: <https://www.fea.usp.br/fea/noticias/dados-mostram-que-guerra-drogas-ja-foi-perdida-diz-professor>. Acesso em: 05 abr. 2021.

CEARA. Defensoria Pública do Estado do Ceará. **II Prêmio Adpec de Jornalismo** - Concorrente na categoria Telejornalismo - Tema: Livre. Série “Refugiados Urbanos”, Lyana Ribeiro - TV Diário. Youtube, 11 fev. 2019, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pfu-M1FUwnl>. Acesso em 30 set. 2020.

COSTA, Greciely Cristina da. **Discursos sobre a milícia: nomes, vozes e imagens em movimento na produção de sentidos**. 2011. 166 p. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Estudo da Linguagem, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/270665>. Acesso em: 25 abr. 2020.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. As teorias do mínimo existencial e da reserva do possível como retrocessos à efetivação do direito à saúde no Brasil. **Cad. Ibero Am. Direito Sanit**, vol. 4, nº3, 2015. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/199>. Acesso em: 25 abr. 2020.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **Corrupção Policial**. In: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; SALGADO, Daniel de Resende; CHEKER, Monique. **Controle Externo da Atividade Policial Pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., p. 292 – 433, 2016.

DE ASSUNÇÃO, Camila Menah; GARCIA, Silvio Marques. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e a criminologia crítica como fundamentos para a elaboração de um novo plano de atuação político-criminal. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, 2016, v. 1, n. 1, p. 121-144, 2016. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/687>. Acesso em: 20 set. 2021.

DE CARVALHO, Ilona Szabó; PELLEGRINO, Ana Paula. **Políticas de drogas no Brasil: a mudança já começou**. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2013/05/AE-16_CADERNO-DE-EXPERI%C3%84NCIAS_24-03w.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

ESTELLITA, H. **Lavagem de capitais, exercício da advocacia e risco**. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco>. Acesso em 20 de set. de 2021.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

FONTENELLE NETO, J. E. da C. Macrocriminalidade e Criminalidade Estrutural/Cultural: uma leitura da “nova” categoria de macrocriminalidade a partir de Pierre Bourdieu. **Resenha Eleitoral**, Florianópolis, SC, v. 23, n. 2, p. 121–138, 2019. DOI: 10.53323/resenhaeleitoral.v23i2.33. Disponível em: <https://revistaresenha.emnuvens.com.br/revista/article/view/33>. Acesso em: 1 set. 2021.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na Atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000.

KONCHINSKI, Vinicius. **Em 25 anos, PF apreende 57 vezes mais droga, mas admite crime mais forte**. Notícias.uol. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/02/26/apreensoes-drogas-brasil.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil**. Disponível em: revista.forumseguranca.org.br. Acesso em: 25 abr. 2020.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de investigações constitucionais**, v. 4, p. 259-281, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/wJb3fZFMmZh65KfmrCwKDrp/?format=html>. Acesso em: 07 abr. 2021.

MATO GROSSO. Governo de Mato Grosso. **Polícia Civil cumpre 56 mandados contra grupo de traficantes em Várzea Grande**, 2019. Disponível em: http://www.mt.gov.br/rss/-/asset_publisher/Hf4xlehM0lwr/content/id/13520989. Acesso em 30 set. 2020.

MUGGAH, Robert. **O que explica a redução dos homicídios no Brasil?**. ELPAIS, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/14/opinion/1568421039_616695.html. Acesso em: 25 abr. 2020.

NASCIMENTO, Andréa Ana do. A corrupção policial e seus aspectos morais no Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, [s. l.], ed. 9, ago/set 2011. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/97>. Acesso em: 31 mar. 2020

PERLINGEIRO, Ricardo. É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais? **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, ano 1, v. 2, p. 163-185, set./out. 2013.

ROBERTO JEFFERSON: Terão de investigar o escândalo do ‘Covidão’ após as eleições. São Paulo, 20 abr. 2020, Jovem Pan, **Os Pingos nos Is**. 2020. Disponível em: <https://jovempan.com.br/programas/os-pingos-nos-is/roberto-jefferson-pf-mp-investigar-covidao.html>. Acesso em: 30 set. 2021.

SILVA, Juacy C. **A Macrocriminalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

UNODC. United Nations Office on Drugs and Crime. **O Problema da Droga e a Criminalidade Organizada, Fluxos Financeiros Ilícitos, Corrupção e Terrorismo**: Relatório Mundial, 2017. Viena: UNODC, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Mesa redonda sobre o crime organizado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 143-158, 1994.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 29/07/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/08/2020
- Avaliação 1: 09/05/2021
- Avaliação 2: 08/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 29/08/2021
- Retorno rodada de correções: 01/10/2021
- Decisão editorial/aprovado: 29/11/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

DO DIÁLOGO MULTICULTURAL A PARTIR DO ENSINO DOS DIREITOS HUMANOS NA EDUCAÇÃO ESCOLAR

MULTICULTURAL DIALOGUE FROM THE EDUCATION
OF HUMAN RIGHTS IN SCHOOL EDUCATION

RAFAELLE FRANCHINI¹

CAIO EDUARDO COSTA CAZELATTO²

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN³

RESUMO

O presente trabalho analisou, por meio do método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica, a importância dos direitos humanos na formação educacional das pessoas de diferentes culturas, para que estas coexistam de forma harmônica. Isso porque a educação, especialmente aquela direcionada ao esclarecimento dos direitos mais básicos do ser humano, é um meio de promover o respeito ao multiculturalismo, estimulando que os indivíduos sejam mais tolerantes, inclusive para um diálogo multicultural. Para tanto, explorou-se a definição de multiculturalismo para, em seguida, apresentar as principais características da inserção do ensino constitucional e dos direitos humanos nas mais variadas etapas da educação brasileira. Por fim, exploraram-se os estudos para a concretização de uma educação em direitos humanos como instrumento para a construção de um diálogo multicultural.

Palavras-chave: Direitos humanos; Educação; Multiculturalismo.

ABSTRACT

The present study analyzed, through theoretical methods, the importance of human rights in the educational formation of people of different cultures, so that these coexist in a harmonious way. This is because education, especially that aimed at clarifying the most basic rights of the human being, is a means of promoting respect for multiculturalism, encouraging individuals to be more tolerant, including for a multicultural dialogue. In order

- 1 Pós-graduanda em Direito Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Pesquisadora no grupo de pesquisa "Direitos da Personalidade e seu alcance na contemporaneidade", do Centro Universitário de Maringá (Unicesumar). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1098-4894>.
- 2 Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Sexualidade da UFBA e do Centro de Investigação Jurídico-Econômica (CIJE) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0966325595710576>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5190-8543>.
- 3 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Doutorado e Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pesquisadora e Bolsista Produtividade em Pesquisa do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Advogada no Paraná. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9183-0672>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FRANCHINI, Rafaele; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa Cazelat; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do diálogo multicultural a partir do ensino dos direitos humanos na educação escolar. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 286, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8498>.

to do so, the definition of multiculturalism was explored to then present the main characteristics of the insertion of constitutional teaching and human rights in the most varied stages of Brazilian education. Finally, we explored the studies for the realization of a human rights education as an instrument for the construction of a multicultural dialogue.

Keywords: Human rights; Education; Multiculturalism.

1. INTRODUÇÃO

O multiculturalismo tem sido abordado com intensidade nos debates atuais, sobretudo no campo das Ciências Jurídicas e da Educação. Com a constituição cada vez mais plural da sociedade, pautada na diversidade de raças, gênero, classe social, padrões culturais e linguísticos, habilidades e outros marcadores identitários, o multiculturalismo representa uma ruptura na crença da homogeneidade e na construção de uma sociedade plural e igualitária.

Por outro lado, no contexto social há um crescimento exacerbado da violência, da discriminação, do discurso de ódio e do preconceito em relação às diferentes culturas, valores e vivências. Esta situação se agrava ao se tratar de culturas minoritárias, tendo em vista a existência e a supremacia daquelas dominantes e hegemônicas perante as demais.

É a partir da educação que a criança, o jovem e mesmo o adulto aprimoram seus pensamentos, adquirem informações, autonomia na forma de pensar e se identificam como indivíduos pertencentes a uma nação, uma cultura. Durante este processo preparatório, não apenas para o labor, mas para a construção de uma vida digna, mostra-se a importância da educação em direitos humanos para que o educando, através de um pensamento baseado na liberdade, na igualdade e na fraternidade, possa consolidar uma educação voltada para a paz e para o respeito. Razão pela qual buscou-se analisar, no presente trabalho, a importância dos direitos humanos, da educação como direito fundamental e da educação em direitos humanos, como formas de minimizar os conflitos culturais, a fim de propiciar um diálogo multicultural.

Para tanto, foram discutidos os seguintes questionamentos: quais os impactos e o papel da educação na vida do indivíduo? Qual a necessidade de alteração da grade curricular das crianças, jovens e adultos em âmbito nacional direcionada ao tema? O que são direitos humanos? O que é multiculturalismo? Qual o reflexo do multiculturalismo na sociedade? É possível um processo educacional baseado nos direitos humanos? A educação em direitos humanos pode ser utilizada como meio de enfrentamento dos conflitos interculturais?

Para o desenvolvimento desta pesquisa, será utilizado o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de livros, artigos de periódicos, legislação e doutrina nacionais e internacionais aplicáveis ao caso. Além disso, serão empregados estudos de casos concretos divulgados na mídia, como forma de demonstrar a necessidade da aplicação da educação em direitos humanos desde o ensino básico, para modificar os discursos de ódio, a intolerância, e, por fim, que os indivíduos possam conviver em uma sociedade mais harmônica com respeito às diferenças culturais.

2. DO ENSINO CONSTITUCIONAL E DOS DIREITOS HUMANOS NA EDUCAÇÃO ESCOLAR

A escola possui papel essencial na formação do indivíduo e contribui para a integração deste na comunidade. É a partir dela que se compreende os laços familiares, étnicos ou consuetudinários, assim como desenvolve um sentimento de patriotismo, de pertencimento a uma identidade e a uma nação. Ademais, oferece um pensamento crítico e autônomo, proporcionando o amadurecimento das convicções e capacidades e transformando o indivíduo em um ser livre. A partir desta compreensão do ambiente escolar, deve-se estudar o local de estudo como um centro de conflitos multiculturais. As discussões se concentram na reforma dos textos, da grade curricular e na aceitação e permanência das minorias e grupos excluídos à educação superior (SEMPRINI, 1999, p. 45-46).

Tanto a Constituição Federal quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, são de extrema importância para o estudo dos alunos enquanto cidadãos, uma vez que o surgimento da Constituição se deu em um momento pós-ditadura militar, sendo elaborada e proclamada após a ruptura de um governo autoritário e antidemocrático. Da mesma forma, os direitos humanos ganharam maior amparo após a Segunda Guerra Mundial, momento em que predominaram os governos totalitários e o regime nazista, firmando-se o retorno aos princípios humanitários e a ideia de paz e harmonia mundial. Em ambos os casos, a educação tem papel central porque viabilizaram a formação de direitos que necessitam de difusão e de aproximação com a realidade das pessoas com o conhecimento (FISCHMANN, 2009).

A respeito do tema, verifica-se o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), instituído pela portaria nº 66 de 12 de maio de 2003, como resultado do trabalho do Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos, da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) e do Ministério da Educação (MEC), conforme previsto pelo Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH) e seu plano de ação, momento em que o Brasil se insere na afirmação dos direitos humanos no âmbito educacional. O seu objetivo é estabelecer nas escolas, universidades, organizações governamentais e não-governamentais, mídia e demais instituições públicas e entidades da sociedade civil a construção de uma cultura voltada para o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, através de planos e programas integrados (BRASIL, 2003, p. 5-7).

Da mesma forma, busca-se fortalecer o Estado Democrático de Direito; garantir e facilitar o acesso à educação em direitos humanos a pessoas com deficiência, com a disponibilização de materiais em Braille e em Língua Brasileira de Sinais; criar um observatório para monitorar as ações do plano; incluir a temática direitos humanos nas conferências nacionais, estaduais e municipais de direitos humanos; incentivar os governos estaduais e municipais nas ações; formar unidades específicas, com o fomento à pesquisa para tratar das questões deste tipo de educação; e promover a ampla capacitação em direitos humanos, integrada, continuada e sustentável, considerando variadas metodologias, materiais e tecnologias dirigida aos membros das organizações da sociedade civil e do governo (BRASIL, 2003, p. 14-15).

Torna-se importante normatizar a representação de diferentes vozes, ou seja, a participação dos silenciados pelo sistema de ensino através de estudos culturais, sociais e políticas

públicas, para que não ocorra uma hegemonia das normas a serem seguidas e mantenha um sistema de educação autoritário e excludente que impeça a participação multicultural democrática. Considerando que as sociedades, as demandas destas e os movimentos sociais se modificam a todo momento, o sistema de ensino deve estar pronto a se adaptar a estas transformações a partir de práticas multiculturais para alcançar um espaço democrático (BRASIL, 2003, p. 212-213).

Portanto, a educação é um processo diretivo que direciona o indivíduo ao conhecimento, proporciona autonomia para realizar as escolhas da vida e contribui para a pertença a uma identidade cultural e a uma nação. Devido a isso, torna-se importante a educação em direitos humanos com a garantia de acesso e permanência a este sistema educacional, em defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana. Esse sistema deve abranger todos os povos independentemente de suas particularidades, com a correta instrução aos professores e demais funcionários das instituições através de cursos preparatórios, disponibilização de materiais escolares e a elaboração de grades curriculares atentas à educação em direitos humanos, para que todos os educandos sejam recebidos e tratados da mesma forma.

Ainda, para a promoção do ensino de direitos fundamentais em âmbito escolar, observa-se que o Senador Federal Romário do PSB/RJ propôs projeto de lei (PL) nº 70/2015 que altera a lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para dispor sobre os currículos da educação básica. O projeto de lei, que está sujeito a apreciação do Plenário, propõe a aprendizagem de valores fundamentais ao interesse social, ao bem comum e à ordem democrática, com a introdução do estudo da Constituição Federal, para que desde a educação básica os educandos tenham conhecimentos a respeito dos seus direitos e deveres como cidadãos. O projeto reitera a importância da orientação para o trabalho, a promoção do desporto educacional e apoio às práticas desportivas não-formais, como a capoeira, por exemplo (BRASIL, 2015).

Tendo em vista as mudanças ocorridas no território brasileiro ao longo da história, e sendo a educação direito social e fundamental a ser garantido para todos os indivíduos, o projeto de lei acima mencionado se mostra necessário e importante, pois acompanha as transformações da sociedade e legitima o direito dos alunos de conhecerem, estudarem e exercitarem a Constituição Federal Brasileira a partir do pluralismo e da diversidade cultural.

Um exemplo da promoção dos direitos humanos na educação brasileira ocorreu na cidade de Pouso Alegre, Minas Gerais, onde foi desenvolvida pela Secretaria Municipal de Educação uma versão didática da Constituição Federal para que a lei se torne matéria auxiliar na rede municipal de ensino e seja utilizada junto com outras disciplinas. O projeto foi desenvolvido através de uma cartilha de atividades, com o apoio da Associação Brasileira de Escolas do Legislativo e de Contas (ABEL), vinculada ao Senado Federal (G1, 2017).

É certo que o preparo para o exercício da cidadania e a promoção de uma conduta fundada em princípios éticos de valorização dos direitos e deveres fundamentais da pessoa deixou de ser um assunto restrito a profissionais e especialistas da educação, constituindo uma questão de interesse público. Este processo educativo deve ocorrer tanto no âmbito informal quanto formal, desde o ensino fundamental ao superior, para tornar todos estes direitos realidade prática.

Busca-se uma educação que se dedique a formar e aprimorar a conduta dos jovens, priorizando a compreensão da liberdade e da igualdade. Para que haja uma melhor compreensão, deve-se acrescentar os direitos humanos na educação por meio de teatros, vídeos, seminários, palestras, debates, pesquisas e conferências, por exemplo. Assim como preservar a formação intelectual do professor, para que este tenha oportunidades de reflexão a respeito da matéria e compreenda os aspectos do mundo contemporâneo e globalizado que refletem na tarefa educativa, bem como propiciam novas formas de luta e resistência (BARBOSA, 2007, p. 162-163). A educação apropriada para à construção de sujeitos de direitos humanos tem como exigência a humanização do ser humano inserido em um ambiente natural e cultural que traz para o processo educativo os conteúdos referentes a estes direitos.

Neste cenário, a educação deve promover a construção de atitudes, posturas de vida e propor uma nova pedagogia com base em três linhas gerais:

a) construção da participação, visto que os processos educativos se dão na presença da alteridade e remetem para a intervenção e a incidência relacionais em graus diversos de complexidade (grupo, movimento, sociedade, Estado, comunidade internacional), o que exige a construção de posturas e posições plurais capazes de escapar tanto da massificação quanto dos esquematismos privatistas e individualistas; b) compreensão dos dissensos e dos conflitos, inerentes à convivência humana, e a construção de mediações adequadas à sua resolução mediante a implementação de acordos, alianças e parcerias [...] para que não redundem em violência; c) abertura para o mundo como compromisso concreto com os contextos nos quais se dão os processos educativos, desenvolvendo a sensibilidade e a capacidade de leitura da realidade e a conseqüente inserção responsável [...]. A educação em direitos humanos forma sujeitos cooperativos com a efetivação de condições históricas para realizar amplamente todos os direitos humanos de todas as pessoas e resistentes (intransigentes) a todas as formas e meios que insistem em inviabilizá-los e violá-los (CARBONARI, 2007, p. 182-183).

Assim, esse processo vem dos diferentes sujeitos que compõem esta relação (educandos, educadores e demais profissionais da área) a partir da convivência e respeito mútuo. A educação em direitos humanos deve ser um compromisso ético, social e político, por meio de práticas transformadoras locais e globais.

Não deve apenas haver o ensino das disciplinas obrigatórias, mas sim devem ser abordados os valores que possibilitem boas ações e que estas ações contribuam para a sociedade. Ainda, deve-se abordar os conteúdos do cotidiano, as preocupações e conflitos sociais, bem como os interesses da maioria dos indivíduos, para que ocorra uma educação dedicada à construção da democracia e da cidadania.

A respeito da educação para a diversidade cultural, cabem aos educadores e educandos a compreensão das relações que ocorrem entre as pessoas e grupos sociais diferentes, ou seja, a interculturalidade. É necessário entender que as relações interculturais são negativas quando levam à diminuição ou destruição daquilo que é culturalmente diferente e positivas quando levam a respeitar o que é culturalmente distinto, considerando a mútua aprendizagem (ALBÓ, 2005, p. 47-48).

Desta forma, conseguir uma atitude positiva para com os diferentes, seja no âmbito intercultural, seja nas relações de gênero, faz parte da formação humana e ética tanto dos edu-

candos como de seus educadores, através de uma relação baseada em valores que precisam estar presentes em todas as atividades.

2.1 DA EDUCAÇÃO PARA A PAZ

A violência vem adquirindo proporções cada vez maiores. Diante deste aspecto, esta discussão deve ser levada para a sala de aula de forma abrangente, desde a prevenção das unidades escolares contra a depredação do patrimônio público, até a discussão a respeito dos motivos que levam os educandos a praticarem *bullying* como forma de segregação, não esquecendo dos conflitos étnicos, religiosos e as organizações terroristas. Todos os acontecimentos do cotidiano presenciados e divulgados na mídia que demonstram a não aceitação do outro em razão da diferença devem ser estudados e avaliados no âmbito da educação para a paz.

Não existe um critério que permite identificar os componentes da Educação para a Paz (EP). Os componentes que recebem maior ênfase na escola envolvem esforços educacionais para intensificar estudos a respeito dos direitos humanos, desarmamento, desenvolvimento e meio ambiente. Não há uma verdade absoluta, pois os autores possuem pensamentos divergentes a respeito da matéria. Algumas escolas suecas, por exemplo, desenvolveram conteúdo a partir de quatro componentes: paz, liberdade, desenvolvimento e direitos humanos (RAYO, 2004, p. 121).

Acerca da evolução do estudo a respeito da Educação para a Paz, destacam-se várias correntes, entre elas o movimento pedagógico Escola Nova, ocorrido no início do Século XX. Esse movimento reafirmou o direito à educação conforme o proposto na Declaração Universal de 1948, assim como propôs uma perspectiva mais humanista da atividade educacional, voltada para a formação moral do sujeito (CAMPOS, 2008, p. 399).

Com a finalidade de divulgar esta ideologia, a UNESCO desenvolveu a Recomendação sobre a Educação para a Compreensão, Cooperação e Paz Internacionais e a Educação Relativa aos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em Paris, França, datado em 19 de novembro de 1974. Este documento é o instrumento de base mais importante e completo para desenvolver programas específicos de Educação, para a compreensão internacional a respeito da matéria (RAYO, 2004, p. 122).

O documento internacional aborda os princípios orientadores; a política, planejamento e administração nacional; os aspectos particulares da aprendizagem, formação e ação; a ação dos diversos setores educativos; a preparação dos professores; o equipamento e material didático; a investigação e experimentação; e a cooperação internacional. Desta forma, a UNESCO estabeleceu que os Estados-membros levassem ao conhecimento das autoridades nacionais competentes todos os requisitos propostos, bem como apresentassem, nas datas e da forma a decidir pela Conferência, os relatórios sobre as medidas adotadas em conformidade com a recomendação (PORTUGAL, 1974).

A Educação para a Paz se fundamenta em um conceito de paz baseado em como se reproduzem os conflitos e como foram solucionados ao longo da história da humanidade em três níveis: interpessoal, nacional ou comunitário e internacional. Ainda, como deveriam ter sido resolvidos para dar lugar à harmonia, tolerância e paz. Em sua essência, abordam-se tam-

bém a violação dos direitos humanos, a prostituição infantil, a pobreza, as formas de violência, a corrupção, os conflitos bélicos, os refugiados, o papel da mulher no mundo, as culturas e os limites éticos da ciência e da tecnologia. Estuda-se além da grade curricular; faz-se uma análise do ser humano, do ambiente que ele habita, dos demais seres que ali coexistem e das relações que ocorrem a partir desta convivência (RAYO, 2004, p. 127).

Torna-se imprescindível o estudo dos componentes da Educação para a Paz, que substancia no estudo a respeito da educação em valores, na educação cognitivo-afetiva, na resolução não violenta de conflitos, na educação sociopolítica, na educação para o desarmamento, para o desenvolvimento, mundialista, intercultural e na educação ambiental.

A educação não pode ser neutra, ela é baseada em valores, tais como: o planejamento educativo, a organização, o funcionamento dos centros educativos, as matérias curriculares, os critérios para avaliação e o papel dos professores. Frente a tudo isso existem diretrizes prévias e alguma seleção de valores. Este tipo de educação corresponde à Educação Moral, Cívica ou Ética. Falar de valores é falar de democracia, de um estilo de ensinar-aprender concreto e eficaz. Diante da existência de uma sociedade plural e democrática, exige-se um modelo de educação que torne possível a equidade, que respeite a autonomia pessoal e que estimule a renovação, reconstrução do conhecimento. A Educação em Valores prioriza a abertura aos outros, o respeito à diferença e o respeito aos direitos humanos. Resta imprescindível pensar sobre temas morais que estão presentes ao longo da vida dos indivíduos da mesma forma que se desenvolve o raciocínio lógico (RAYO, 2004, p. 125-126).

José Tuvilla Rayo destaca estratégias metodológicas utilizadas em Educação para a Paz que coincidem com uma educação de valores, classificadas como: estratégias de autocohecimento e de expressão (esclarecer valores); estratégias para o desenvolvimento do juízo moral (discussão de dilemas morais, alternativas e previsão de consequências); estratégias de compreensão conceitual (análise e construção de conceitos, através de estudos de casos e jogos de simulação); estratégias para o desenvolvimento da capacidade de diálogo, argumentação e busca de acordo; e estratégias orientadas para o desenvolvimento das competências auto reguladoras no educando (RAYO, 2004, p. 125-126).

O foco é oferecer aos estudantes conhecimento, habilidades e valores para negociarem de maneira crítica e transformadora o mundo em que vivem. Nesta perspectiva que surge a escola como uma verdadeira comunidade democrática. A Educação em Valores não se restringe aos aspectos teóricos, deve ocorrer a exposição e esclarecimento do currículo, a organização da sala de aula e da escola baseada na participação de todos, em um ambiente em que a adoção de normas e a solução de conflitos sejam pensadas por todos.

Em razão disso, é de grande importância a formação dos professores, coordenadores e diretores na área dos direitos humanos para que ensinem e influenciem uma nova geração, bem como apliquem os conhecimentos adquiridos em toda uma sociedade, transformando-a em um ambiente mais humano e harmônico.

3. A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO PARA CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO MULTICULTURAL

O estudo a respeito do multiculturalismo vai além das questões referentes à diversidade cultural. Consideram-se o ser humano, a cultura, o espaço em que este habita, assim como a forma que as características presentes neste espaço influenciam o indivíduo e como este coexiste com os demais considerados diferentes, tanto em âmbito interno (dentro de um território específico), quanto no âmbito externo (no plano internacional). A partir destas análises, estuda-se também as manifestações dos grupos excluídos e culturas minoritárias, o processo histórico que levou estes povos a estas condições e possíveis soluções para a inclusão destes na sociedade, mas não para que se adequem a uma cultura considerada dominante, e sim para que mantenham sua identidade, ocorra o respeito mútuo e um diálogo pacífico.

Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes (2003, p. 26) definem multiculturalismo como a “[...] coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas”. Ademais, sustentam que a cultura está associada às humanidades, uma vez que é baseada em conceitos, valores estéticos e morais, definindo-se como características universais. A partir destes fatores se formam as especificidades históricas dos objetos e as diferenças culturais (SANTOS; NUNES, 2003, p. 25-27).

A respeito do multiculturalismo, observa-se que há uma multiplicidade de culturas no mundo, portanto, ocorre a coexistência desta diversidade cultural em um mesmo local, o Estado-nação. Desta forma, estas culturas se influenciam tanto dentro do Estado-nação como fora deste território (SANTOS; NUNES, 2003, p. 28).

Os indivíduos habitam em sociedades cada vez mais multiculturais, em um processo que não cessa de se acentuar, em que o multiculturalismo se demonstra muito além de uma característica social; seu foco consiste em entender a questão da diferença quanto às suas fontes:

Se um sistema educacional resolve adotar um currículo em que se estudem as histórias de opressão dos negros e dos indígenas, está adotando uma postura multicultural: está fornecendo respostas concretas, no seu cotidiano, para a questão da diversidade. Esta é uma resposta diferente de um sistema educacional que decida valorizar a diversidade cultural apenas nos dias de comemoração desses grupos diversos: por exemplo, Dia do Índio, Dia da Consciência Negra. Entretanto, ambas estão buscando caminhos na linha do multiculturalismo, pois estão pensando em respostas que incluam a diversidade cultural em suas atividades (CANEN; CANEN, 2005, p. 21).

Ambas as situações apresentam características multiculturais, porém com algumas diferenças: a primeira possui uma posição mais engajada, pois aborda um sistema educacional que adota em seu currículo o estudo a respeito da diversidade, trazendo ao cotidiano dos alunos esta discussão. Já a segunda procura abordar o tema apenas nos dias de comemoração destes diferentes grupos, mesmo assim se busca caminhos a partir do multiculturalismo, com a finalidade de se obter respostas para a melhor convivência entre estes diferentes povos.

Para Vera Maria Candau (2008), o multiculturalismo transita pelo meio acadêmico, por meio da discussão de doutrinadores, estudiosos e pesquisadores, com diversas interpretações, abordagens e vertentes, assim como pelo meio social, através das normas internacionais aplicadas e as políticas afirmativas. Acima de tudo, o multiculturalismo vem da luta das minorias e dos grupos excluídos por melhores condições de vida, por meio das reivindicações e manifestações étnicas e culturais, com a finalidade de garantir sua identidade cultural e preservá-la.

Nesta perspectiva, Andrea Semprini (1999, p. 43-44) trata essa concepção como uma interpretação política do multiculturalismo, na qual consolida a busca destes povos a direitos sociais e políticos dentro de um Estado nacional. Ainda, tem-se uma interpretação culturalista que privilegia especificamente a cultura. Não há considerações étnicas, políticas ou nacionais, são movimentos sociais que buscam valores em comum, integram indivíduos pertencentes a uma mesma identidade ou que passaram por uma experiência de marginalização, levando a um sentimento de exclusão.

Lindgren Alves (2010, p. 28-29) procura não delimitar conceitos a respeito de multiculturalismo, direito à diferença e cultura, pois se tratam de vocábulos de conotação positiva, adaptada aos objetivos de quem os utiliza, conforme sua visão global. O autor aponta duas grandes correntes do multiculturalismo: “[...] a integracionista, simbolizada no republicanismo secular francês, e a diferencialista, predominante nos movimentos sociais do mundo anglo-saxão”.

Nesse cenário, a educação pode ser o caminho mais eficaz para a adoção de uma perspectiva multicultural crítica, voltada para o reconhecimento e para a valorização da pluralidade cultural das sociedades, como parte da reconstrução histórico-social da cidadania. Assim, deve-se questionar a imposição da assimilação de culturas dominantes, especialmente nos países receptores das ideologias homogeneizadoras que ameaçam as identidades culturais minoritárias.

Por meio das transformações sociais e históricas, os grupos excluídos e as culturas minoritárias estão em constantes lutas para a conquista e efetivação de seus direitos fundamentais. A sociedade e o Estado devem avançar a respeito da matéria, desenvolvendo desde a promoção de políticas afirmativas para a inserção e integração dos diferentes povos no sistema educacional superior, como promover uma educação multicultural dos indivíduos desde o ensino básico, com professores preparados e materiais didáticos que abordam e explicam o tema.

As discussões mais frequentes na sociedade a respeito de língua, identidade e cultura são decorrentes dos diferentes movimentos sociais em busca de direitos e legitimidade. Estes grupos almejam a atenção dos governos e possuem a necessidade de se combater os conflitos advindos dessas questões. Diante disso, observam-se políticas públicas e parâmetros curriculares que trazem para o interior da escola questões que antes não eram discutidas.

Nos Estados Unidos, entre 1876 e 1965, foi implementado um sistema institucionalizado de segregação entre negros e brancos, denominado *Jim Crow*, estimulado pela sociedade e pelos poderes executivo, legislativo e judiciário, através da criação e imposição de leis estaduais para os estados do Sul. Esta determinação surgiu a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Plessy vs. Ferguson*, que deferiu a constitucionalidade do direito dos estados da União de impor a segregação racial em locais públicos sob a doutrina *separate but equal*, traduzido para o português “separados, mas iguais” (ARAUJO, s/a).

Diante desse sistema, houve uma série de proibições aos negros em relação aos brancos; os negros não podiam frequentar as mesmas escolas, não podiam residir nos mesmos bairros, utilizar os mesmos transportes públicos, comer nos mesmos restaurantes, votar e serem votados etc. Foi a partir deste cenário, e após anos de reivindicações, que surgiram as ações afirmativas como uma espécie de “[...] mecanismo emergencial de inclusão e integração social dos grupos minoritários e de solução para os conflitos sociais que se alastravam por todo o país na década de 60” (BRASIL, 2009, p. 1-2).

Atualmente, nos Estados Unidos da América, com as transformações étnicas da população e a presença de imigrantes legais e ilegais vindos da América Latina, houve a mudança dos programas sociais dirigidos aos grupos excluídos ou marginalizados, com a promoção dos estudos culturais e a mudança da grade curricular, inclusive com novos cursos e literatura atualizada, dando voz a mulheres, crianças, indígenas, negros, hispânicos e demais povos. Diante disso, verifica-se que o multiculturalismo se desloca para os espaços públicos através das manifestações sociais, defendendo políticas de identidade baseadas no reconhecimento a diferença, com conteúdo e projetos emancipatórios e contra hegemônicos (SANTOS; NUNES, 2003, p. 28-29).

No Brasil, mais precisamente a partir da última década, é que se iniciou com mais firmeza as questões referentes ao pluralismo cultural e a importância de se ter uma identidade cultural preservada (CANEN; ARBACHE; FRANCO, 2001).

Em relação ao processo educacional dos povos indígenas, a Constituição Federal Brasileira de 1988 seguiu a Constituição espanhola de 1976, sendo esta a primeira constituição na América Latina a assegurar o direito à diferença e os direitos territoriais destes povos (FAUSTINO, 2010, p. 97). Consoante o artigo 210, § 2º, da Carta Magna: “O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem” (BRASIL, 1988). Ou seja, reafirmou-se o direito dos povos indígenas de viver sua cultura e permanecer utilizando sua língua materna, independentemente de qualquer cultura reconhecida como dominante.

Com as alterações proporcionadas pela Lei n. 10.639/2003 e pela Lei n. 11.645/2008, bem como com as considerações previstas pela Constituição Federal, foram estabelecidos os princípios e fins da educação nacional que asseguram ao educando estudar a cultura regional, línguas estrangeiras, como também a cultura afro brasileira e a indígena com respeito à liberdade, apreço à tolerância e consideração com a diversidade étnico-racial.

Conforme sustentam Renan Santiago e Ana Ivenicki (2015, p. 281-282), estas leis demonstram a preocupação do Estado com a política multicultural, uma vez que as alterações da legislação com o passar do tempo se deram devido aos movimentos sociais.

Desta forma, preparar discentes e docentes para atuar e estudar em um contexto multiculturalista exigem pesquisas que desenvolvam com clareza a respeito das identidades culturais comprometidas, caladas e limitadas em um espaço onde ocorre um ineficiente discurso de igualdade e universalidade. Neste sentido, deve-se avançar na construção do conhecimento multicultural através de pesquisas em favor da valorização da identidade cultural e do pluralismo cultural, com base na construção das diferenças (CANEN; ARBACHE; FRANCO, 2001).

Fabiana Polican Ciena e Rebeca Mayer dos Santos (2012, p. 212) defendem que grande parte dos problemas enfrentados no sistema de ensino tem como solução o estudo do multiculturalismo, clamando por políticas de reconhecimento da diversidade na sociedade contemporânea.

As legislações a respeito da matéria e as políticas afirmativas têm o que é chamado de potencial multicultural, uma vez que todas estas ações tentam encontrar uma solução para os conflitos causados entre culturas e classes sociais. Contudo, deve-se tomar cuidado, uma vez que o multiculturalismo pode ocasionar um sistema excludente, diferente do que propõe (SANTIAGO; IVENICKI, 2015, p. 281-282).

As políticas ou ações afirmativas são políticas educacionais propostas pelo Ministério da Educação (MEC) e pelo Governo Federal, com a finalidade de proporcionar o acesso e a permanência no sistema de ensino da melhor forma possível, através do sistema de cotas, do Programa Universidade para Todos (PROUNI) e do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI).

A matéria foi pauta para discussão do governo brasileiro na década de 90, durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, momento em que foi criado o Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra, em 1995, assim como as propostas do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), em 1996. Além disso, ocorreu a participação do Brasil na Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, em 2001, na África do Sul (BRASIL, 2009, p. 1-2).

No entanto, foi no governo do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva que foi criada a Secretaria Especial para a Promoção da Igualdade Racial, que estabeleceu um novo Sistema de Financiamento ao estudante e o Programa Universidade para Todos, com bolsas e vagas para negros (BRASIL, 2009, p. 1-2). Foi sancionada a lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que instituiu o sistema de cotas nas Universidades e Institutos Federais, promovendo no mínimo 50% das vagas a estudantes que tenham cursado de forma integral o ensino fundamental e médio em escolas públicas e até 25% de cotas raciais, de acordo com o percentual populacional de afrodescendentes em cada região do país (BRASIL, 2006).

Acerca do tema, Andrea Semprini (1999, p. 47-48) destaca que as políticas que proporcionam o acesso das minorias ao ensino superior geram um confronto multicultural e estabelecem que estas ações existem devido a dois pressupostos. Primeiramente, entende-se que as ações afirmativas dirigidas à população negra funcionam como uma compensação, tendo em vista as injustiças sofridas historicamente por estes povos no passado. Ainda, acrescenta que a intenção da norma é promover o acesso destes grupos no sistema de ensino para que ocorra uma integração.

O tema é polêmico e existem diversas divergências. As políticas afirmativas podem causar efeitos perversos, pois há uma instauração de critérios diferentes para se distinguir a população, gerando conflitos sociais e jurídicos. Para alguns, essa compensação destinada ao povo negro não justificaria a exclusão de outros povos que também conseguiram passar em um vestibular. Estes estudantes são beneficiados até certo ponto por uma política afirmativa que enseja a reparação de uma injustiça na qual não são pessoalmente responsáveis. Diante disso, verifica-se uma norma que não satisfaz todas as exigências, uma vez que parte destes estudantes possuem dificuldades de permanecer no ambiente universitário e o aban-

dona já nos primeiros anos. “A política de quotas não conseguiu aumentar significativamente o número de diplomados entre as minorias e restringiu o acesso de outros estudantes” (SEM-PRINI, 1999, p. 49).

Para muitos estudantes, as políticas afirmativas causam falta de confiança e baixa autoestima. Ademais, o restante dos alunos, muitas vezes, reconhece estigmatizadamente essa população selecionada como estudantes “de segunda classe”, que precisam de maior orientação e auxílio no ambiente universitário. Essa discriminação ocorre também no mercado de trabalho, pois os diplomas são desvalorizados. Além disso, os movimentos históricos e políticos também influenciaram na matéria, com a luta pelos direitos civis, as ações afirmativas foram apoiadas através de um consenso social, considerando-as mais importante do que as inconveniências que elas geravam (SEMPRINI, 1999, p. 49-50).

Neste sentido, observa-se a decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, proferida em Brasília, no dia 31 de julho de 2009, a respeito de uma Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em que o Partido Democratas (DEM) questionou o sistema de cotas proposto pela Universidade de Brasília (UNB) no segundo vestibular do ano de 2009, que foi a primeira instituição de ensino superior federal a adotar um sistema de cotas raciais no país, com início em 2004, através da análise do fenótipo do candidato (BRASIL, 2009, p. 1-2).

Em síntese, o partido mencionou que a criação da reserva de vagas de 20% (vinte por cento) para negros no acesso às vagas universais instituiu verdadeiro “Tribunal Racial”, além de contrariar diversos dispositivos da Constituição Federal; considerou a política “racialista” e inadequada para as necessidades brasileiras. Ainda, defende que o acesso aos direitos fundamentais não é negado aos negros, mas aos pobres, que o ato da universidade gera discriminação reversa aos brancos de baixa renda e constitui ofensa arbitrária ao princípio da igualdade (BRASIL, 2009, p. 1-2).

O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, na época, Gilmar Mendes, asseverou que se trata de um problema de legitimidade da constituição em relação às políticas afirmativas que implementam mecanismos de discriminação positiva para inclusão de minorias a determinados segmentos sociais. Os indivíduos fazem parte de uma sociedade multicultural, nesse contexto, a tolerância é o que faz compreender e resolver as questões do século. Assim, pensar em igualdade a partir da fraternidade significa pensar nas diferenças e particularidades humanas em todos os aspectos, expressando uma norma constitucional no sentido de reconhecimento e proteção às minorias. Diante disso, numa sociedade plural, a igualdade significa igualdade com igual respeito às diferenças (SEMPRINI, 1999, p. 1-20).

Por fim, o Ministro indeferiu o pedido de medida cautelar do partido Democrata para suspender o registro de matrícula dos alunos que foram aprovados no vestibular da UNB, uma vez que as provas já haviam sido aplicadas, os resultados finais já haviam sido divulgados e os trabalhos da comissão avaliadora do sistema de cotas já estavam encerrados.

Outra ação do MEC, criada pelo Governo Federal em 2004, é o PROUNI, que oferece bolsas de estudo integrais (100%) para estudantes com renda bruta familiar de até meio salário mínimo por pessoa, e parciais (50%) para estudantes com renda bruta familiar de até três salários mínimos por pessoa, em instituições particulares de educação superior para cursos de graduação e sequenciais de formação específica. O candidato deve participar do Exame

Nacional do Ensino Médio (ENEM), possuir no mínimo 450 (quatrocentos e cinquenta) pontos na média das notas, bem como nota de redação acima de zero e não possuir diploma de curso superior (BRASIL, 2006).

Ademais, o candidato deve satisfazer, pelo menos, uma das condições impostas pelo programa: ter cursado ensino médio completo em escola da rede pública ou da rede privada como bolsista integral; ou ser pessoa com deficiência ou ser professor da rede pública de ensino, no efetivo exercício do magistério da educação básica. Neste último caso, não é necessário comprovar renda e só concorrerá às bolsas de estudo em cursos de licenciatura (BRASIL, 2006).

O foco dos programas é a inclusão social, principalmente dos afrodescendentes, devido a possuírem um número pouco expressivo desses indivíduos em cursos superiores. O MEC ainda deseja ampliar as ações afirmativas referentes às cotas nas universidades federais, bem como consolidar os núcleos de estudo e pesquisa da temática etnoracial nas universidades com a finalidade de estimular a elaboração de material para conjuntos didáticos e expandir sua distribuição nas escolas e nas secretarias de educação. Da mesma forma, promover cursos sobre diversidade cultural, história, cultura afro brasileira e africana, gênero, diversidade na escola, educação quilombola, educação em direitos humanos, políticas de promoção da igualdade racial na escola, entre outros, conforme a demanda de cursos solicitados pelos professores (BRASIL, 2006).

Acerca da matéria, cabe aduzir a respeito da Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), consoante o Decreto nº 6.096, de 24 de abril de 2007, criado com o intuito de ampliar, permitir o acesso igualitário e a permanência na educação superior federal, aumentar o número de vagas, abrir cursos noturnos, promover o aumento do número de alunos por professor, reduzir o custo por aluno e flexibilizar os currículos, dentre outros métodos. Desta forma, todas as universidades federais apresentaram ao Ministério da Educação planos de reestruturação, conforme a orientação do REUNI. Assim, tiveram três seminários a respeito do tema, o mais recente denominado 8º Seminário Reuni, 27 a 29 de janeiro de 2010: Universidades Federais: Consolidação e Expansão – 2011 – 2020: Subsídios para o Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2006).

O artigo 205, inciso I, da Constituição Federal Brasileira, assegura o princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola, ou seja, interpreta-se no sentido de que todos devem possuir a mesma chance de ingresso e frequência no ambiente de ensino (BRASIL, 1988). Nessa perspectiva, verifica-se que alguns grupos são excluídos deste sistema, uma vez que possuem dificuldade no acesso, permanência e desempenho no sistema educacional. Diante disso, as políticas públicas devem garantir a estes grupos o direito à educação, deve-se romper a barreira da desigualdade e exclusão e por fim agir na transformação desta realidade opressora (CIENA; SANTOS, 2012, p. 214). Salienta-se a função e os objetivos da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão do Ministério da Educação (MEC) que é:

[...] contribuir para o desenvolvimento inclusivo dos sistemas de ensino, voltado à valorização das diferenças e da diversidade, à promoção da educação inclusiva, dos direitos humanos e da sustentabilidade socioambiental, visando à efetivação de políticas públicas transversais e intersetoriais (MEC, s/a).

Portanto, o caráter multicultural demonstrado pela Secretaria do MEC, valorizando a educação em direitos humanos, escolar indígena, quilombola e as relações étnico-raciais. Postura importante, uma vez que através de uma correta educação multicultural se pode estabelecer um melhor diálogo entre os diferentes indivíduos, com a tentativa de eliminar qualquer forma de discriminação, preconceito e intolerância.

Fabiana Polican Ciena e Rebeca Mayer dos Santos (2012, p. 216) realizam uma análise a partir de mães trabalhadoras e os sabatistas e suas dificuldades em relação a adaptação à atual situação do sistema educacional. Em relação às mães trabalhadoras, as autoras sustentam que os movimentos feministas defendem que a mulher tem o poder de possuir uma profissão paralelamente aos papéis de esposa e mãe. Ademais, houve a conquista feminina do acesso ao voto e à educação. Contudo, há alguns obstáculos que retiram o direito de acesso, permanência e alcance de resultados, das mulheres que optam por estudar e se inserir no mercado de trabalho.

Esta realidade aponta a necessidade de um regime especial de estudos, em que as instituições devem estar preparadas para receber estas mães, garantir a livre amamentação nos horários adequados, sendo necessária presença de berçários, brinquedotecas e a disponibilização de profissionais habilitados que supervisionem estas crianças.

Quanto aos sabatistas, estes possuem seu direito de exercer sua religião, que é assegurada pela Constituição Federal, artigo 5º, incisos VI e VIII, podendo livremente estabelecer o sábado como dia de guarda e descanso religioso. Deve ocorrer medidas advindas do Poder Público para a superação das dificuldades para acesso, permanência e alcance de resultados destes grupos no sistema de ensino e no mercado de trabalho, em face da expressão religiosa não ser respeitada (CIENA; SANTOS, 2012, p. 217-221).

Há diferentes abordagens a respeito do tema ações afirmativas e, por mais difícil que seja o estudo para elaboração dessas políticas, a estimativa de custo e o valor destas para o Estado também devem ser observadas com cautela. Estas não são uma reparação social ou subterfúgio, pois não excluem a adoção de medidas ao longo prazo para a melhora das condições do ensino fundamental, médio e superior no Brasil. Sendo assim, trata-se de representatividade e do acesso das minorias e grupos menos favorecidos as diversas camadas da sociedade, bem como a direitos sociais fundamentais, como a educação e o trabalho (AQUINO; ZAMBAM, 2016, p. 51-52).

Portanto, a importância da preservação da pluralidade de tradições, valores e hábitos se demonstram essenciais em um planeta cada vez mais globalizado, uma vez que as relações entre diferentes culturas, crenças, concepções, devem sair do campo da desconfiança, preconceito, aniquilação e imposição, para que ocorra a igualdade entre maioria e minoria, bem como a diminuição de conflitos.

4. CONCLUSÕES

A educação em direitos humanos é o principal instrumento para a construção de um diálogo multicultural. Somente por intermédio da educação que haverá a inclusão de diferentes culturas no meio social e econômico das sociedades. Isso pode se dar com a criação de projetos e a utilização de políticas públicas, trabalhando com a igualdade de direitos e de oportunidades.

O ensino que privilegie os direitos humanos, que valorize as diferenças e o respeito aos direitos fundamentais é imprescindível para a eliminação do discurso de ódio, da intolerância, da discriminação e da segregação. Contudo, para que este ideal seja atingido, faz-se necessário que ocorram mudanças no ensino formal, que haja profissionais especializados, grade curricular e material didático apropriado, como maior investimento pelo governo federal em prol deste tipo de educação, atendendo a todos os indivíduos de forma coesa.

A educação formal tem falhado, pois se concentra no ensino das disciplinas obrigatórias, convencionais e não propõe a aprendizagem de valores fundamentais ao interesse social, ao bem comum e à ordem democrática, com a introdução do estudo da Constituição Federal e dos direitos humanos na educação básica. Com a inserção destes quesitos, muda-se o cenário social e global, pois crianças, jovens e adultos passam a aplicar no cotidiano os conhecimento e valores adquiridos em sala de aula.

Para que ocorra esta modificação do espaço global, deve-se compreender também o multiculturalismo. Neste, estudam-se o ser humano, a cultura, o espaço, como as características presentes neste espaço influenciam o indivíduo e como este coexiste com os demais considerados diferentes. O foco do multiculturalismo consiste em entender a questão da diferença quanto às suas fontes, estuda-se as manifestações dos grupos excluídos e culturas minoritárias, o processo histórico que levou estes povos a estas condições e possíveis soluções para a inclusão destes na sociedade, de forma a defender e preservar sua identidade cultural.

Portanto, para existir um diálogo entre as diversas culturas e um convívio harmônico entre elas, é imprescindível que o Estado e a comunidade realizem um maior investimento na educação em direitos humanos, com o intuito de favorecer ao indivíduo a construção de uma personalidade pautada em valores como a paz, o respeito e a tolerância. A relevância deste estudo se destaca devido à constante transformação da sociedade, e pelo fato que somente por meio de uma educação voltada para os direitos humanos, que viabilize as relações entre grupos culturais diversos, que será possível obter o respeito mútuo entre eles, e assim, consequentemente, atenuar o racismo, a violência e o preconceito cultural.

REFERÊNCIAS

ALBÓ, Xavier. *Cultura, Interculturalidade, Inculturação*. Palmas: Loyola, 2005.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; ZAMBAM, Neuro José. Elogio à Diversidade: Globalização, Pluralismo Jurídico e Direito das Culturas. *Universitas JUS*, v. 27, n. 1, p. 49-62, 2016.

ARAÚJO, Felipe. Era Jim Crow. *InfoEscola, Navegando e Aprendendo*. s/a. Disponível em: <http://www.infoescola.com/estados-unidos/era-jim-crow/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

- BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. Memória, Verdade e Educação em Direitos Humanos. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; DIAS, Adelaide Alves; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; FEITOSA, Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares (Org.). *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos Teórico-Methodológicos*. João Pessoa: Universitária, 2007.
- BENEVIDES, Maria Victoria. Direitos Humanos: Desafios para o Século XXI. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; DIAS, Adelaide Alves; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; FEITOSA, Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares (Org.). *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos Teórico-metodológicos*. João Pessoa: Universitária, 2007.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Brasília, DF: MEC, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.
- BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Ministério da Educação, 2003. Disponível em: <http://new.netica.org.br/prevencao/cartilha/plano-educdh.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.
- BRASIL. Ministério da Educação. *O Plano Nacional de Educação (2014/2024) em movimento*. Brasília, DF: MEC, 2014. Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/>. Acesso em: 8 jun. 2020.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Planejando a Próxima Década: Conhecendo as 20 Metas do Plano Nacional de Educação*. Brasília, DF: Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/SASE), 2014. Disponível em: <http://new.netica.org.br/prevencao/cartilha/plano-educdh.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 70/2015*. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para dispor sobre os currículos da educação básica. Brasília, DF: MEC, 2015. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1403079&filenome=PL+3380/2015. Acesso em: 9 maio 2020.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Governo consolida Políticas Educacionais para avançar na questão Etnorracial*. 2006. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/orientacoes_eticoraciais.pdf. Acesso em: 9 jun. 2020.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (Reuni)*. MEC. Ministério da Educação. Portal do Ministério da Educação. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/reuni-sp-93318841>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; CORREIA, Theresa Rachel Couto. A Educação para a Paz e para os Direitos Humanos: Contribuições Internacionais à Compreensão do Direito à Educação na Ordem Constitucional Brasileira. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008. Brasília, DF. *Anais do CONPEDI*, Brasília, DF: CONPEDI, 2008. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/educar/textos/campos_paz_dh_edh.pdf. Acesso em: 11 abr. 2020.
- CANDAUI, Vera Maria. Direitos Humanos, Educação e Interculturalidade: As Tensões entre Igualdade e Diferença. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Educação, v. 13, n. 37, p. 45-56, jan./abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v13n37/05.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- CANEN, Ana; ARBACHE, Ana Paula; FRANCO, Monique. Pesquisando Multiculturalismo e Educação: O que dizem as Dissertações e Teses. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 26, n. 1, p. 161-181, 2001. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/viewFile/41321/26151>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- CANEN, Alberto Gabbay; CANEN, Ana. *Organizações Multiculturais: A Logística na Corporação Globalizada*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2005.
- CARBONARI, Paulo César. Sujeito de Direitos Humanos: Questões Abertas e em Construção. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy; DIAS, Adelaide Alves; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; FEITOSA, Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares (Org.). *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos Teórico-Methodológicos*. João Pessoa: Universitária, 2007.

CIENA, Fabiana Polican. SANTOS, Rebeca Mayer dos. O Direito Humano ao Sistema de Ensino Multicultural: Acesso, Permanência e Resultados. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Direitos Humanos: Um Olhar sob o Viés da Inclusão Social*. Birigui: Boreal, 2012.

FAUSTINO, Rosângela Célia. Diversidade Cultural e Educação Escolar Indígena nos Anos de 1990: Contingências de uma Política Internacional. In: CARVALHO, Elma Júlia Gonçalves de; FAUSTINO, Rosângela Célia (Org.). *Educação e Diversidade Cultural*. Maringá: Eduem, 2010.

FEITOSA, Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares (Org.). *Educação em Direitos Humanos: Fundamentos Teórico-Metodológicos*. João Pessoa: Universitária, 2007.

FISCHMANN, Roseli. Constituição Brasileira, Direitos Humanos e Educação. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 40, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782009000100013. Acesso em: 10 abr. 2020.

MEC, Ministério da Educação. *Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão*. s/a. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/secretaria-de-educacao-continua-da-alfabetizacao-diversidade-e-inclusao>. Acesso em: 9 jun. 2020.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração universal dos direitos humanos* (1948). Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2020.

ONU BR. Nações Unidas no Brasil. *ONU Meio Ambiente*: Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/onumeioambiente/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

PORTUGAL, Ministério Público. *Recomendação da Unesco sobre a educação para a compreensão, cooperação e paz internacionais e a educação relativa aos direitos humanos e liberdades fundamentais*. 1974. Disponível em: www.gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/recomunesco-educacao.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

PROUNI. *Programa Universidade para Todos*. s/a. Disponível em: http://siteprouni.mec.gov.br/como_funciona.php. Acesso em: 10 jun. 2020.

RAYO, José Tuvilla. *Educação em Direitos Humanos*. Porto Alegre: Artmed, 2004.

RIZO, Gabriela. Relatório Delors: A Educação para o século XXI. In: CARVALHO, Elma Júlia Gonçalves de; FAUSTINO, Rosângela Célia (Org.). *Educação e Diversidade Cultural*. Maringá: Eduem, 2010.

SANTIAGO, Renan; ANA, Ivenicki. Multiculturalismo como Política de Inclusão/ Exclusão. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL. EDUCAÇÃO, CIDADANIA E EXCLUSÃO: DIDÁTICA E AVALIAÇÃO, 4., 2015, Rio de Janeiro. *Anais do CEDUCE*, Rio de Janeiro: CEDUCE, 2015. Disponível em: http://www.editorareali.ze.com.br/revistas/ceduce/trabalhos/TRABALHO_EV047_MD1_SA7_ID1777_29052015215932.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: Para Ampliar o Cânone do Reconhecimento, da Diferença e da Igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Trad. Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.

SILVA, Silvio José Albuquerque e. *As Nações Unidas e a Luta Internacional contra o Racismo*. Brasília, DF: Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Multiculturalismo: O Direito à Alimentação frente à Diversidade Cultural. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Direitos Humanos: Um Olhar sob o Viés da Inclusão Social*. Birigui: Boreal, 2012.

UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: Adotada e Proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília, DF: UNESCO, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2020.

UNESCO. *Convenção relativa à luta contra a Discriminação no campo do Ensino*. 2003. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132598por.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2020.

UNESCO. *Educação para Todos: o compromisso de Dakar*. Brasília, DF: UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001.

UNESCO. *Relatório Mundial da UNESCO: Investir na Diversidade Cultural e no Diálogo Intercultural*. Brasília, DF: UNESCO, 2011. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001847/1_84755por.pdf. Acesso em: 29 maio 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 29/09/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/09/2021
- Avaliação 1: 18/11/2021
- Avaliação 2: 06/12/2021
- Decisão editorial preliminar: 08/12/2021
- Retorno rodada de correções: 20/12/2021
- Decisão editorial/aprovado: 12/01/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

QUANDO A DEMOCRACIA ENCONTRA O CONSTITUCIONALISMO: A DUPLA FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUNIDENSE

WHEN DEMOCRACY ENCOUNTERS
CONSTITUTIONALISM: THE DOUBLE FACE
OF THE AMERICAN CONSTITUTION

MATHEUS CONDE PIRES¹
JAIRO LIMA²

RESUMO

A tensão entre constitucionalismo e democracia se coloca no epicentro dos debates jurídico-políticos contemporâneos. Essa controvérsia se coloca entre a dicotomia de assegurar estabilidade institucional ou permitir uma maior participação popular no poder. Em que pese o recente debate, este conflito se apresenta desde o nascimento das democracias modernas. Com o intuito de realizar uma pesquisa sobre as bases teóricas desse encontro entre a soberania popular e supremacia constitucional, este trabalho buscou no momento revolucionário das 13 colônias o referencial para responder o seguinte problema: *quais as contribuições teóricas da independência estadunidense para o arrefecimento democrático e a consolidação da supremacia constitucional?* Por meio de uma pesquisa teórica de base bibliográfica, com uma abordagem hipotética dedutiva, concluiu-se que, a Constituinte estadunidense, embora estabeleça a primeira república fundada sob a vontade popular, também estabelece alguns elementos limitadores à democracia. Estes elementos, tornaram-se pressupostos em uma concepção realista de democracia, impossibilitando uma participação democrática maior.

Palavras-chave: Soberania Popular. Constitucionalismo Popular. Legitimidade Democrática.

- 1 Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Especialista em Humanidades pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). LATTES Id: <http://lattes.cnpq.br/8199797660125714>.
- 2 Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Foi pesquisador visitante na Universidade de Glasgow (Escócia). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual Do Norte do Paraná - UENP Campus Jacarezinho/Pr. Especialização em Justiça Constitucional pela Universidade de Pisa (Itália). Especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina. Atualmente é professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UENP. Professor dos cursos de especialização Filosofia Jurídica e Política (UEL) e Direito Constitucional (IDCC). LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/5837066319512062>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

PIRES, Matheus Conde; LIMA, Jairo. Quando a democracia encontra o constitucionalismo: a dupla face da Constituição Estadunidense. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 304, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8650>.

ABSTRACT

The tension between constitutionalism and democracy is at the epicenter of contemporary legal and political debates. This controversy arises between the dichotomy of ensuring institutional stability or allowing greater popular participation in power. Despite the recent debate, this conflict has been present since the birth of modern democracies. In order to conduct a research on the theoretical bases of this encounter between popular sovereignty and constitutional supremacy, this work sought in the revolutionary moment of the 13 colonies the reference to answer the following problem: what are the theoretical contributions of American independence to the democratic lessening and the consolidation of constitutional supremacy? Through a bibliographic theoretical research, with a hypothetical deductive approach, it was concluded that the American Constituent Assembly, although establishing the first republic founded under popular will, also establishes some limiting elements to democracy. These elements, have become presuppositions in a realistic conception of democracy, making greater democratic participation impossible.

Keywords: *Popular Sovereignty. Popular Constitutionalism. Democratic Legitimacy.*

1. INTRODUÇÃO

A independência dos Estados Unidos marca não somente o rompimento com uma metrópole, como também a fundação de uma república democrática. Servindo como modelo para inúmeras Constituições que vieram posteriormente, esta experiência estadunidense apresentou a possibilidade de se estruturar um governo viável fundado na soberania popular. Até o momento o que se pensava eram em modelos democráticos em pequenos territórios, havendo um ceticismo muito grande quanto à idealização de algo parecido na extensão territorial do que viria a ser chamado de Estados Unidos da América. A Constituição estadunidense representa, portanto, um ponto paradigmático para se pensar a democracia e o constitucionalismo.

Contudo, ao mesmo tempo em que este Estado moderno se funda sob à égide popular, ele parece arrefecer a pulsão democrática. Isto porque, no momento em que se sistematiza as formas pelas quais o povo pode se manifestar ocorre um aparente cerceamento de sua autonomia. Nesse sentido a presente pesquisa se desenvolve mediante a seguinte pergunta: *quais as contribuições teóricas da independência estadunidense para o arrefecimento democrático e a consolidação da supremacia constitucional?*

Para tanto, em um primeiro momento, busca-se identificar o potencial democrático contido na eclosão da Independência. Os conflitos com a Inglaterra e a relativa autonomia cultivada nas colônias parecem indicar a independência como uma necessidade, manifestando um relevante caráter democrático. Passar por este ponto se faz necessário para que se possa compreender o motivo de se pensar em uma república democrática ao invés de simplesmente replicar o modelo britânico. Mais além, tal feito possibilita notar o conteúdo democrático que permeia a insurgência pela independência, de modo a possibilitar uma posterior comparação diante da sedimentação do momento revolucionário.

Posteriormente, a pesquisa se volta para os dissensos presentes no momento constituinte, oferecendo um destaque para os antifederalistas. Esta oposição enfatiza os elementos que permeiam a consolidação de aspectos antidemocráticos na Constituição estadunidense. Tal reflexão se faz importante ao passo que traz luz aos conflitos deste momento histórico, possibilitando a articulação de novas maneiras de se pensar uma Lei Fundamental.

Por fim, busca-se demonstrar a forma pela qual a democracia foi internalizada nos dispositivos constitucionais, destacando as possibilidades e limitações patrocinadas pelo momento constituinte. Apresentados estes pontos, torna-se possível identificar os possíveis arrefecimentos democráticos na primeira república fundada sobre a soberania popular.

Essa empreitada teórica se justifica ao passo que contribui para a compreensão da tensão entre constitucionalismo e democracia, assim como os problemas ligados à legitimidade. Tal esforço abre portas para a dessacralização da Constituição e, por conseguinte, o desenvolvimento de novas formas organizacionais com uma amplitude de participação popular maior. Em outras palavras, possibilita as bases para uma equação mais equânime entre democracia e constitucionalismo.

Essa investigação foi realizada por meio de uma pesquisa primordialmente teórica com o sentido de buscar a revisitação dos conceitos de constitucionalismo e democracia em um momento histórico e espaço geográfico específicos: a Constituição dos EUA de 1787. Trata-se ainda de uma abordagem interpretativa-analítica sobre fenômenos jurídico-políticos fundantes para a compreensão de problemas constitucionais atuais, por isso a decomposição do tema em dois momentos diversos: independência e ratificação da Constituição americana. Como recurso técnico, trata-se de pesquisa bibliográfica a partir da produção intelectual já existente sobre o tema, com foco principal em obras de história e direito produzidas nos Estados Unidos, por se tratar de uma investigação a respeito desse país.

2. A DECISÃO INDESEJÁVEL

O rompimento com a metrópole inglesa foi resultante de um longo processo que amadureceu com o passar do tempo. Não é fácil apontar um ponto específico para o início da Revolução, mas após os problemas iniciados com a coroa em 1765, os colonos começaram a perceber sua autossuficiência (NEVINS; COMMAGER, 1968, p. 71-80). Contudo, a independência nunca foi a primeira opção, de forma que mesmo durante a preparação para o conflito armado a reconciliação com os ingleses era uma forte possibilidade (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 119). Até julho de 1776, apenas uma minoria estava convencida da necessidade de uma separação do país mãe, sendo que, provavelmente a metade dos americanos ainda desejava impedir uma ruptura política (NEVINS; COMMAGER, 1968, p. 71).

Durante a Revolução Gloriosa, em 1688, a relação entre a coroa e suas colônias se assemelhava a um contato entre governos pares (FRIEDLANDER, 1980, p. 513), de modo que não havia motivo para se pleitear uma ruptura. Os colonos ainda se viam como ingleses mesmo com a distância da pátria mãe e, assim, apenas pleiteavam suas respectivas representações no Parlamento de Westminster (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 107). As colônias, inclusive, eram controladas por grupos relativamente pequenos que deviam suas posições não somente a alianças políticas e ligações familiares, mas também à própria coroa (JENSEN, 1957, p. 322).

Os ingleses quando se deslocavam para as colônias com o objetivo de fixar residência estavam determinados a manter a identidade em seus novos lares. Embora houvesse essa intenção de criar novas Inglaterras em território norte americano, o resultado foi de uma

reformulação do caráter inglês de acordo com as condições específicas de cada província (GREENE, 2006, p. 10 – 13). O orgulho de pertencimento inglês tinha suas raízes na fundação das primeiras colônias e isso só aumentou com a Revolução Gloriosa (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 103). Em suma, essa forte ligação cultural explicita um processo lento e gradual de distanciamento entre a colônia e sua metrópole, que era rechaçado e impensável em um primeiro momento.

Os conflitos com a França desencadearam uma forte crise econômica no Império Inglês, que passou a perpetrar uma série de alterações administrativas coloniais (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 102; NOVAES, 2016, p. 41-49). Pode-se apontar que as motivações da mudança de postura da metrópole se deram em razão de quatro principais fatores: crescimento das colônias; rivalidades entre potências europeias; negligência da coroa com relação às colônias; e, formação de líderes locais³ (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 103). Além destes elementos, a tensão entre parlamento e coroa na Inglaterra acabava tirando o foco de questões coloniais (FRIEDLANDER, 1980, p. 511).

Este cenário havia possibilitado a ausência de grandes intervenções nas colônias que passaram a desenvolver uma organização militar e uma relativa autonomia⁴. A liberalidade oferecida pela metrópole não era resultante meramente de um lapso, mas consistia também em uma tentativa de minimizar os riscos de movimentos pró independência (FRIEDLANDER, 1980, p. 508). A atuação inglesa acabou gerando contradições teóricas; enquanto de um lado se entendia que nenhum governo poderia se estabelecer sem uma concessão da coroa, de outro, acreditava-se que um grupo de pessoas poderia criar um governo válido por meio de um pacto (JENSEN, 1957, p. 325).

Findados os conflitos diretos com a França, a coroa britânica voltou seus olhos para suas colônias nas Américas, fazendo-a chegar a duas conclusões: as medidas adotadas, com o objetivo de aumentar o controle sobre as colônias, entre 1748 a 1756, não haviam surtido efeitos; e, portanto, seria necessária uma maior interferência direta em temas como comércio e governo local (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 106). O *Molasses Act* de 1733, por exemplo, que impunha tributação sobre os galões de melado era sistematicamente ignorado pelas colônias britânicas, por meio de propinas e contrabandos; a justificativa dos colonos era a necessidade de preservar a produção de rum e proteger o comércio local (MIDDLEKAUFF, 2007, p. 63-65; FRIEDLANDER, 1980, p. 515). Este descumprimento entrava em contradição com a procura britânica pela autossuficiência nacional por meio de práticas monopolistas e uma balança comercial favorável em face de suas colônias (FRIEDLANDER, 1980, p. 514).

O governo britânico nunca procurou introduzir o *common law* nas Colônias, resumindo-se a estabelecer o princípio geral de que a legislação colonial não poderia contrariar os regramentos advindos da Inglaterra; ou seja, ao longo do tempo as colônias não eram soberanas, mas preservavam domínio político para estabelecer legislaturas próprias (FRIEDLANDER, 1980, p. 512 – 513). Naturalmente esta autonomia desenvolvida ao longo do tempo nas colônias iria entrar em conflito com os interesses e tentativas de interferência da coroa.

3 Os líderes políticos foram exímios organizadores e propagandistas, expressando uma energia intensa de crítica; com o passar do tempo estas personalidades populares passaram a assumir uma posição extrema com relação aos direitos coloniais, o que foi relevante para os conflitos e distanciamentos com a Inglaterra (JENSEN, 1957, p. 327)

4 Brevemente, pode-se dizer que autonomia se aproxima da ideia de autorregulamentação somada à sujeição a uma soberania superior (FRIEDLANDER, 1980, p. 509).

O primeiro conjunto de medidas adotadas foram o *Stamp Act* e *Mutiny Act*, ambos em 1765. O primeiro impunha o aumento da arrecadação do Império sobre a venda de selos oficiais para documentos jurídicos, administrativos e outros (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 106); enquanto o segundo obrigava as colônias a oferecer abrigo às tropas britânicas que estivessem em território norte americano, concedendo toda a infraestrutura necessária, como acomodação e alimentação (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 108). Embora as duas medidas visassem intervir de maneira relevante nas américas, o que realmente provocava desconforto era a ausência de representação no parlamento inglês. A princípio os colonos ingleses não se opuseram à estipulação de novas taxas, apenas exigiam maiores detalhes sobre o feito, o que foi evitado pelo gabinete do Primeiro Ministro George Grenville (MIDDLEKAUFF, 2005, p. 42).

Este cenário resultou no primeiro ato de resistência colonial ignorado pelo parlamento, a edição de uma petição indicando os inconformismos, principalmente com relação à taxa-ção dos selos, além de apontar os respectivos danos provindos da lei de Londres (KRAMER, 2004, p. 25). O *Stamp Act* nunca chegou a ser de fato implementado⁵, o que naturalmente desafiava o Império Britânico e o obrigava a tomar novas medidas. Cabe destacar que a legislação inglesa era aplicada pelos próprios colonos e, cada vez mais, seu “sotaque” influenciava na interpretação, distanciando-se da teoria e prática da metrópole (FRIEDLANDER, 1980, p. 512). Visando reafirmar sua autoridade, o parlamento inglês aprovou um conjunto de normas mais amenas a respeito da tributação, que ficou conhecido como *Townshend Acts* (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 109).

Os líderes das colônias perceberam que o objetivo real da pátria mãe era de criar um precedente para tornar aceitável a imposição de regras pelo parlamento sem a presença de representantes diretos das colônias (KRAMER, 2004, p. 17). Enquanto os colonos entendiam que a tributação era ilegal, por entenderem que somente eles mesmos teriam autoridade para estabelecer estas imposições, alguns ingleses defendiam a ideia de representação virtual, na qual cada membro do Parlamento representa todos os súditos do rei, de modo que não fosse necessária a presença específica de representantes das colônias (NOVAES, 2016, p. 45; FRIEDLANDER, 1980, p. 516).

Uma vez que a petição havia sido ignorada pelo parlamento, as resistências começaram a ser mais enérgicas, resultando em vários conflitos. Dois eventos em particular tiveram grande repercussão na época, distanciando ainda mais a metrópole de sua colônia. Em 1770, uma tropa inglesa entrou em conflito com um grupo de manifestantes e abriu fogo, matando cinco colonos, incluindo um escravo liberto; por sua vez dois anos após esse ocorrido, um navio da marinha do império foi incendiado em Rhode Island, ferindo seu capitão (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 110). A imposição do *Tea Act* em 1773 torna ainda mais claras as preocupações das colônias com a sua presença no parlamento britânico. Este ato fazia com que o chá chegasse mais barato nas colônias estadunidenses, abrindo um precedente de imposição de taxas pela coroa sem a presença de representantes no outro continente (KRAMER, 2004, p. 18). Porém, mesmo assim, o resultado foi mais um conflito entre as colônias e a pátria mãe com o episódio conhecido como *Boston Tea Party*. No dia 16 de dezembro de 1773 um grupo de ativistas coloniais liderados por Samuel Adams, disfarçados de índios *Mahawk*, invadiram o porto e despejaram cerca de 90 toneladas de chá ao mar (NEVINS; COMMAGER, 1968, p. 87). Ações

5 As taxas sobre os selos geraram várias manifestações de descontentamento nas américas, a ponto de alguns distribuidores de selo abandonarem o cargo em razão de ameaças diretas ou medos de linchamentos (NOVAES, 2016, p. 43 – 44).

como essas seguiam regras implícitas e habituais, inclusive quanto à violência empregada para que fosse possível diferenciar uma revolta constitucional de um simples motim; em geral a resistência era espontânea e tendia a começar de forma não violenta, com protestos nos jornais ou convenções e petições organizadas, tornando-se violenta se não fossem atendidas, como foi no caso do *Tea Party* (KRAMER, 2004, p. 27).

Este episódio, encarado como ilegal e ilegítimo pela metrópole, foi utilizado para justificar medidas mais severas como os chamados *Coercive Acts* ou *Intolerable Acts*⁶ (KRAMER, 2004, p. 37). A resposta da Inglaterra foi composta por cinco atos principais: *Boston Port Act* (fechava o porto até que os colonos pagassem pelo chá destruído e o porto fosse considerado seguro de acordo com o rei); *Massachusetts Government Act* (diminuía a influência das assembleias locais sobre os assuntos de governo); *Justice Act* (protegia os oficiais britânicos de julgamentos por júris coloniais); *Quartering Act* (aperfeiçoando o *Mutiny Act*); e, *Quebec Act* (anexava à colônia de *Quebec* os territórios do noroeste e permitia a tolerância do regime francês de *civil law* e a religião católica) (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 112 – 113).

As respostas coloniais podem ser divididas em quatro momentos: tumultos esporádicos e desconectados de resistência contra as medidas britânicas (com uma atenção especial ao *Stamp Act* de 1765); instituição de boicotes pelos grupos mercantis de artigos taxados pela coroa; formação de um sistema intercolonial de correspondência; e, criação de “legislaturas revolucionárias” ou “congressos provinciais” (NEVINS; COMMAGER, 1968, p. 82 - 84). Tornou-se comum o convite de homens, que não participavam das decisões políticas oficiais, para reuniões de massas, onde podiam gritar em favor, ou não, da aprovação de resoluções meticolosamente preparadas pelos líderes do movimento (JENSEN, 1957, p. 328). O incômodo das colônias não provinha exclusivamente das imposições tributárias, mas sim do modo pelo qual elas eram criadas e impostas. É notável que as questões econômicas eram importantes, mas elas estavam intrinsecamente ligadas a questões religiosas e políticas (FRIEDLANDER, 1980, p. 510). A existência de legislaturas coloniais simultâneas ao Parlamento britânico, o que acabou cultivando uma autorregulamentação e um contato próximo com a ideia de representação, além de ser um elemento parte da formação de um pensamento constitucionalista colonial (FRIEDLANDER, 1980, p. 511).

Mesmo diante destes fatos, a independência ainda não era um consenso. Os laços com o Império eram relevantes a ponto de fazer com que os habitantes das colônias se reconhecessem como ingleses. Diante dos últimos eventos, as colônias se reuniram em um Congresso Continental e, dentre as providências tomadas se destaca a última tentativa de conciliação com a Inglaterra. Esta consistia em uma petição com uma série de apontamentos com relação àquilo que acreditavam ser violações parlamentares, solicitando, assim, a intervenção do monarca; que, por sua vez, se recusou ao menos ler o pedido (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 112 – 115). Este é um ponto chave, pois é o momento em que os colonos se sentem desprezados pelo rei, tornando mais difícil a identificação com a Inglaterra e, por conseguinte, a aceitação de uma posição submissa. O processo histórico de desenvolvimento tanto da coroa quanto das colônias, fizeram com que os dois povos tivessem interesses cada vez mais díspares⁷,

6 Houve algumas resistências dentro do parlamento inglês, como a de Burke e Chatham, que buscavam um caminho de conciliação ao invés de imposições sancionatórias pesadas, contudo este posicionamento foi minoritário (NEVINS; COMMAGER, 1968, p. 87).

7 Este distanciamento não se inicia de uma percepção democrática mais avançada nas colônias em relação à Inglaterra, até meados de 1774 e 1775 o movimento separatista não tinha uma essência democrática e os panfletários estavam

fomentando uma mentalidade revolucionária ao passo que as tensões aumentavam (FRIEDLANDER, 1980, p. 516).

Em janeiro de 1776, Thomas Paine⁸ publica seu manifesto político intitulado por *Senso Comum*, que obteve grande circulação nas colônias. Nesse panfleto Paine (1979, p. 48 – 61) faz um ataque frontal à coroa britânica, questionando a legitimidade do rei, além de indicar a magnitude das colônias estadunidenses e o absurdo de serem governados “por uma ilha”. O termo “senso comum” não indicava na época apenas uma ideia de crença compartilhada, mas também uma percepção de lei, conforme se pode observar em Kramer (2004, 156 – 165). Essa obra representava o pensamento e as aspirações dos setores mais progressistas, obtendo destaque político e intelectual para a época ao passo que repercutiu em todas as camadas sociais (VITULLO; CUNHA FILHO, 2020, p. 31). O manifesto em questão representa a centelha revolucionária e influenciou o imaginário social de maneira singular (FRIEDLANDER, 1980, 518).

Na época a Inglaterra era reconhecida por seu parlamento liberal, mas Paine foi capaz de captar⁹ os sentimentos populares e contestar essa percepção, além de gerar um sentimento de unidade colonial, como se o povo estadunidense fosse o escolhido para algo além de uma mera colônia (LAMOUNIER, 1979, p. VIII). O que o panfleto político fez foi romper com os últimos resquícios de identidade com a Inglaterra, dizendo: “nem a terça parte dos habitantes [...] é de ascendência inglesa [...] admitindo, todavia, que fôssemos todos de ascendência inglesa que significaria isso? Nada” (PAINE, 1979, p. 58). Além de uma percepção de autosuficiência, Paine (1979, p. 61) também traz ênfase ao sentimento de rejeição em razão das petições ignoradas não só pelo parlamento, mas também pelo próprio Rei. São justamente esses elementos de distanciamento que se substanciam no referido manifesto político e sintetizam os anseios de independência completa. Em suma, o rompimento com a Inglaterra só se fazia plausível, pois os colonos passaram a visualizar na atuação britânica violações aos seus respectivos direitos básicos (FRIEDLANDER, 1980, p. 516 – 517). Os colonos passaram a ver na atuação da coroa britânica uma prática conspiratória para minar suas liberdades e escravizá-los (BAILYN, 2003, p. 122).

Em 04 de julho de 1776, reunidos no Segundo Congresso Continental, foi redigida a Declaração de Independência, rompendo completamente a ligação com a Inglaterra. O documento não apenas reclama independência e reconhece direitos¹⁰, como também enumera as agressões suportadas que os levava ao rompimento de laços com a pátria mãe¹¹. Se a Revolução

preocupados em oferecer argumentos constitucionais para simplesmente evitar a interferência do parlamento britânico nas legislações locais (JENSEN, 1957, p. 325 – 326).

8 Thomas Paine nasceu na Inglaterra e mudou para as Américas com cerca de 37 anos; participou não somente da independência americana, mas também dos processos revolucionários franceses, sendo reconhecido como girondino (NOVAES, 99 – 104), quando compunha o parlamento na Convenção Nacional Francesa em 1792 (HOBSBAWM, 2020, p. 33).

9 Ao longo dos conflitos entre a Inglaterra e as colônias americanas, pode-se notar um processo de “transformação nas práticas e nos conceitos políticos compartilhados entre os atores políticos no período pré-revolucionário” (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 127) e, aparentemente, Thomas Paine consegue catalisar essas mudanças em seu manifesto político chamado de *Senso Comum*.

10 A Declaração de Independência (2020, p. 365) considera como verdade auto evidente a igualdade entre os homens e a inalienabilidade de direitos como a vida, a liberdade e a busca pela felicidade.

11 As principais violações apontadas da Declaração de Independência (2020, p. 366 – 369) foram: recusa de assentimento às leis salutares e necessárias ao bem público; proibição aos governadores de promulgar leis de importância imediata; recusa a promulgar leis para o bem estar dos distritos e do povo; convocação de corpos legislativos a lugares não usuais; dissolução de casas dos representantes repetidamente; imposição de obstáculos ao povoamento dos estados; imposição de dificuldades para a administração da justiça; criação de novos cargos para a perseguição do povo; tentativa de tornar o militar superior ao povo; aquartelamento de grandes tropas entre os americanos; saques no mar; abdicação do governo local ao declarar guerra e combinação com outros para sujeição à jurisdição externa e não reconhecida pelas leis.

Americana não era democrática em sua origem, passava agora a flertar com esta perspectiva em seu resultado (JENSEN, 1957, p. 341). A autonomia comercial, legislativa e política preservada ao longo do tempo nas colônias desembocou em uma situação incontornável, na qual os colonos viam na ruptura a última opção disponível. A declaração expressava a pulsão revolucionária das colônias britânicas nas américas que exigia autonomia completa, colocava fim às relações de subordinação à monarquia inglesa e empurrava os colonos para uma nova discussão, a organização interna.

3. INCONFORMISMOS DEMOCRÁTICOS DURANTE A RATIFICAÇÃO

Após a descrição feita no capítulo anterior, é possível notar que a independência estadunidense não foi resultante de um desdobramento previamente calculado. Na realidade o rompimento com a coroa foi a última alternativa pensada, quando todas as demais alternativas haviam restado ineficazes. O resultado foi que a relativa autonomia cultivada nas américas se desenvolveu ao ponto de romper as ligações com a metrópole. Diante disto, o desafio era organizar o país inclusive para se defender das hostilidades da antiga pátria mãe. Para isso, no Segundo Congresso Continental, foram redigidos os Artigos da Confederação e da União Perpétua. Neste documento se destaca a conservação da soberania de cada Estado (Artigo II), as diretrizes para a organização dos exércitos (Artigo VII) e outras questões relevantes relacionadas às relações internacionais, finanças e guerra.

Embora seja possível dizer que havia uma grande “igualdade de condições” nas américas (TOCQUEVILLE, 2019, p. 13), cada colônia passou a construir uma identidade particular, de modo que os atributos comuns compartilhados se desenvolveram de maneiras diversas em cada região, a ponto de prejudicar uma identidade colonial única das colônias britânicas norte-americanas (GREENE, 2006, p. 12). Isso explica a dificuldade de ratificação dos Artigos da Confederação e da União Perpétua em todos os Estados. Embora tivessem sido aprovados em 15 de novembro de 1777, os Artigos da Confederação só foram assinados devidamente em 1778, sendo que a ratificação durou vários anos, só entrando em vigor como lei suprema após Maryland assinar em 1º de março de 1781 (VITULLO; CUNHA FILHO, 2020, p. 391). Contudo, até 1783, havia um elemento importante que exigia unidade das antigas colônias, a guerra com a Inglaterra pelo reconhecimento da independência. Contudo, até 1783, havia um elemento importante que exigia unidade das antigas colônias, a guerra com a Inglaterra pelo reconhecimento da independência.

Em suma, o baixo número de homens, a cadeia hierárquica de comando defeituosa, a longa distância de viagem (que fazia os soldados chegarem exaustos e doentes nas américas), além da fracassada divisão de frente de batalhas em norte e sul, levaram a Inglaterra à derrota (NOVAES, 2016, p. 147). Junto com a Independência, os Estados Unidos saíram da guerra com uma dívida relevante¹², inclusive com o próprio exército. As dívidas eram tamanhas

12 Em 1787, um artigo escrito por líderes da Pensilvânia, intitulado por *Comunicado sobre as razões de dissentimento da minoria da Convenção da Pensilvânia a seus eleitores* (LINCOLN; et al., 2020, p. 209), no qual se demonstrava a irresignação com relação a redação da nova Constituição, é possível notar também a indicação desta dívida: “então a paz já havia se instaurado,

que nos primeiros meses os ânimos se exaltaram com o episódio chamado de *Conspiração de Newburgh*, no qual generais como Knox e Washington manifestavam suas preocupações com o atraso de pagamentos e com a possibilidade de a pensão vitalícia nunca ser paga (NOVAES, 2016, p. 146).

Findada a guerra com a antiga metrópole, os olhos se voltaram novamente para a organização interna do país. A questão é que os Artigos da Confederação eram na realidade uma “liga de amizade”, aparentando ser inadequada para as necessidades norte-americanas (NEVINS; COMMAGER, 1968, p. 110). Essa era a perspectiva federalista¹³, que via a necessidade de um governo mais enérgico diante da crença da insuficiência da Confederação vigente à época (HAMILTON; JAY; MADISON, 1979, 87 – 89). Ademais, acreditavam que o processo não poderia tardar para ser feito, pois a pluralidade de interesses iria ser ainda maior com o passar do tempo e poderia impossibilitar completamente a formação de uma união (PAINE, 1979, p. 72). Durante este período a crise econômica se projetava em manifestações sociais incisivas, de modo a indicar às elites uma perversão da liberdade em razão das irrisignações populares (BERCOVICI, 2013, p. 110).

Entre os dias 25 de maio e 17 de setembro de 1787 foram reunidos representantes de cada Estado para deliberar sobre a situação estadunidense vigente e como iriam se organizar diante dos desafios que se apresentavam. O que se esperava em um primeiro momento era o aprimoramento da Confederação vigente, contudo as discussões foram conduzidas para a fundação de uma União, por meio de uma Constituição.

A opção por redigir uma Constituição gerou desconforto¹⁴, uma vez que a Convenção da Filadélfia não foi convocada com o fim de criar uma União, mas sim para discutir eventuais mudanças sobre os Artigos da Confederação e da União Perpétua¹⁵. A própria Convenção parece indicar essa rusga, ao passo que *Rhode Island* se recusou¹⁶ a mandar representantes e, dos 70 delegados presentes, 15 não compareceram, 3 se ausentaram durante o pro-

e os Estados Unidos tinham que lidar com uma dívida externa e interna considerável, contraída durante a contenda”. O juiz e bibliotecário de Harvard, James Winthrop (2020, p. 237) também a mencionou sob o pseudônimo de *Agripa VII*, indicando que apesar de seu volume “nosso crédito não é tão ruim em outros países como foi dito, e que nossos recursos equivalem a nossas dívidas”.

- 13 Não havia diferença, à época, dos termos “federação” e “confederação”; em determinado momento aqueles que defendiam uma centralização maior e eram favoráveis à constituição passaram a ser reconhecidos como “federalistas”, enquanto aqueles que defendiam uma maior autonomia dos Estados e participação popular, foram intitulados, paradoxalmente, de “antifederalistas”, termo que carregava um tom pejorativo (VITULLO; CUNHA FILHO, 2020, p. 12-13). Na realidade os “antifederalistas” se viam como os verdadeiros federalistas e defensores das liberdades, tanto é assim que seus pseudônimos utilizados eram como *Agricultor Federal*, *Um velho liberal* e *Um Federalista* ilustrando seus ideais.
- 14 Alguns líderes políticos como Abraham Lincoln (*et al.* 2020, 213) redigiram o já mencionado artigo, intitulado por *Comunicado sobre as razões de dissentimento da minoria da Convenção de Pensilvânia a seus eleitores*, no qual relatam a ilegitimidade de se escrever uma Constituição naquele momento: “uma convenção convocada por uma legislatura em direta violação de seu dever, e composta em parte por membros que foram obrigados a participar para considerar uma Constituição proposta por uma Convenção dos Estados Unidos que, por sua vez, não tinha sido escolhida com o objetivo de elaborar uma nova forma de governo, mas cujos poderes foram expressamente limitados a alterar e emendar os atuais artigos”. Melacton Smith (2020a, p. 66), sob o pseudônimo de *Agricultor Federal* relata que a Convenção Geral havia sido convocada apenas para discutir “interesses comerciais” e “apenas regular o comércio”, além de indicar ausência de representatividade, vez que era possível “observar quão desproporcionada era a representação das partes aristocrática e democrática da comunidade”. Por sua vez, Samuel Bryan (2020c, p. 192), filho do juiz da Suprema Corte da Pensilvânia, endossou a mesma crítica ao dizer que “todos concordamos que os poderes do Congresso devem ser reforçados [...] quando a Convenção foi nomeada, a expectativa não era que fosse erigido um novo governo, mas que fosse fortalecido o governo vigente”.
- 15 A Convenção, ao invés de preparar o aperfeiçoamento do pacto vigente entre os Estado, apresentou uma Constituição inteiramente nova, indicando um movimento audacioso ao estabelecer um limiar de ratificação muito menor do que o exigido para alterar os Artigos da Confederação e da União Perpétua (ALBERT, 2019, p. 95).
- 16 Além de *Rhode Island* ter se negado a enviar seus delegados, os representantes de *Hampshire* chegaram algumas semanas após o início da convenção, fazendo com que inúmeras decisões fossem tomadas com a presença de somente 11 estados (DAHL, 2015, p. 10). Isso contrasta com a ideia de que a constituinte tenha sido amplamente discutida.

cesso e 13 se negaram a assinar o novo documento (VITULLO; CUNHA FILHO, 2020, p. 21). O comportamento de *Rhode Island* não foi um mero relapso, tinha na realidade um cunho político muito claro. Em artigo de autor desconhecido, publicado em 1787 no *The Massachusetts Gazette* intitulado por *Rhode Island está certa!* (2020, p. 200), há a explicação do ocorrido: “o fato expressa uma oportuna rejeição à nova Constituição proposta pela Convenção, que prevê uma monarquia eletiva, proverbialmente a pior forma de governo”. Além das oposições expressas à constituinte, a influência do cansaço e da conveniência pode ter feito com que a Constituição tenha sido aprovada sem a devida convicção a respeito das virtudes do documento redigido (VITULLO; CUNHA FILHO, 2020, p. 21).

Mesmo diante destas oposições, o documento foi aprovado em Convenção e encaminhado para ratificação nos estados. Dessa vez, a Constituição (2020, p. 416) não precisava do aceite de todos os estados para entrar em vigor, pois seu artigo VII previa que o aceite de nove estados era o suficiente. Podem ser destacados alguns elementos antidemocráticos que permeavam o documento como: a permanência da escravidão; a ausência de garantias ao sufrágio para todos; a possibilidade de a eleição para presidente ser isolada das maiorias populares; escolha indireta dos senadores; eleição desproporcional à população com relação aos senadores; dificuldades de alteração constitucional; e, não restrição do Judiciário para interpretar a constitucionalidade das normas (DAHL, 2015, p. 23 – 27). A intenção que permeava este documento não era simplesmente de preservar algumas estruturas sociais, mas sim de evitar que o número prevalecesse sobre a qualidade, ou seja, impedir que as massas afastassem a possibilidade de um governo qualitativamente melhor (BERCOVICI, 2013, p. 112).

Em seu preâmbulo, o uso do vocábulo “nós o povo” demonstrava para os antifederalistas uma clara intenção de centralização de poder, que desaguava na inexistência de qualquer participação popular no processo de ratificação, a ponto de apenas 20% dos habilitados a votar tivessem possibilidade de uma participação efetiva no processo (VITULLO; CUNHA FILHO, 2020, p. 16-21). A estranheza em razão do vocábulo mencionado é gerada em razão da experiência com os Artigos da Confederação da União Perpétua (2020, p. 392) que mencionavam o nome de cada estado, demonstrando uma preocupação com a proteção da soberania de cada membro. Em discurso na Convenção da Virgínia, Patrick Henry (2020a, p. 319) manifesta esta irresignação por meio dos seguintes dizeres: “quem os autorizou a falar ‘nós, o povo’, em vez de ‘nós, os estados’ [...] o povo não lhes deu o direito de invocar seu nome”. As principais queixas dos antifederalistas orbitavam os seguintes temas: ausência de um debate adequado e pressão para uma rápida aprovação¹⁷; absorção dos estados e caráter autoritário da União¹⁸; receio à existência de um exército permanente¹⁹; críticas ao sistema eleitoral, assim como à forma de divisão de poderes e suas atribuições²⁰; ausência de uma declaração de direitos²¹; e o caráter aristocrático da Constituição²².

17 Conforme se pode notar nos escritos de Samuel Bryan (2020a, p. 50; 2020c, p. 191); “Um Velho Liberal” (2020a, p. 127); “Um Federalista” (2020, p. 175 – 177); e, “Aristócratis” (2020, p. 309).

18 Conforme se pode notar nos escritos de Melancton Smith (2020a, p. 69; 2020b, p. 75); “Montezuma” (2020, p. 89); “Um Velho Liberal” (2020a, p. 128 – 129); e, “Um Agricultor e Lavrador” (2020, p. 303).

19 Conforme se pode notar nos escritos de Samuel Bryan (2020a, p. 54; 2020b, p. 113-114).

20 Conforme se nota nos escritos de “Catão” (2020, p. 170); Patrick Henry (2020b, p. 339); e, Benjamin Rush (2020, p. 357 – 358).

21 Conforme se pode notar nos escritos de Samuel Smith (2020c, p. 80 – 81); “Um Velho Liberal” (2020b, p. 133 – 136) e, Benjamin Workman (2020, p. 196).

22 Conforme se pode notar nos escritos de “Montezuma” (2020, p. 87); “John de Witt” (2020b, p. 149); “Um Agricultor e um Lavrador” (2020, p. 303) e, Samuel Smith (2020d, p. 346).

Mesmo diante de todos estes posicionamentos críticos, um em especial salta aos olhos a respeito do Judiciário. O antifederalista que trabalhou o tema com uma maior profundidade foi “Brutus”²³, ensaiando a possibilidade do que hoje se reconhece por controle de constitucionalidade. Sua preocupação era que a Constituição atribuía à Suprema Corte total independência do Legislativo para interpretar a Constituição, não havendo nenhum dispositivo que possibilitasse uma correção, levando-o à conclusão de que “os juízes são supremos e não há qualquer lei interpretativa da Constituição à qual devam se subordinar” (BRUTUS, 2020b, p. 286). Mais além, para Brutus (2020a, p. 273), a atuação silenciosa do judiciário desencadearia a anulação completa dos governos estaduais. Pode-se dizer, que sua crítica se dirige a uma possível ideia de supremacia constitucional.

Em resposta, Alexander Hamilton publica sob o pseudônimo de “Publius”²⁴ alguns contrapontos a esta crítica (KRAMER, 2004, p. 79). Para o federalista, o poder judiciário é naturalmente “o mais fraco dos três poderes”, não tendo condições de “atacar nenhum dos dois outros com boa esperança de resultado”, de forma que se faz necessário “dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois” (HAMILTON; MADISON; JAY, p. 162). Além disso, na época não havia uma noção de exclusividade do Judiciário para avaliar a constitucionalidade das normas, todos os poderes poderiam interpretá-las, sendo que cabia ao povo a última palavra a respeito delas, conforme se nota na obra *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* de Larry Kramer (2004). Sendo assim, a possibilidade de o Judiciário reconhecer a inconstitucionalidade de um determinado dispositivo naquela época não importava necessariamente em uma compreensão de superioridade deste aos outros poderes, tampouco que sua interpretação fosse definitiva ou superior. Pelo contrário, este entendimento deriva da percepção de que o legislativo não detém o direito de substituir o povo, podendo incorrer em alguns excessos, de forma a ser necessário que um outro poder possa reconhecê-lo e identificar o que está em oposição ao povo (HAMILTON; MADISON; JAY, 1979, p. 162). Caso este outro poder não reconhecesse a ofensa ao povo que determinado ato perpetrasse, ele passaria a ser parte dessa violação.

A possibilidade de o Judiciário interpretar a Constituição, naquele momento histórico, significava mais um mecanismo para que o povo pudesse ver um ato revertido em razão de seus interesses, pois era ele que detinha de fato a última palavra sobre a interpretação constitucional (KRAMER, 2004, p. 78 – 93). Tanto é assim que quando Madison fala sobre os mecanismos de proteção contra uma maioria tirânica em nenhum momento aponta o judiciário, mas sim a necessidade de “fazer entrar na sociedade tantas classes diferentes de cidadãos quantas seja preciso, para que não se possa ter lugar uma combinação injusta da maioria”²⁵ (HAMILTON; JAY; MADISON, 1979, p. 132).

As mobilizações e manifestações políticas por muitas vezes agressivas inclusive, destacadas em um primeiro momento desta pesquisa, parecem endossar a perspectiva da existência de uma cultura participativa entre os estadunidenses. Quando descontentes com as decisões da Coroa na época de colônia, além de petições e tentativas conciliatórias, os pro-

23 Brutus era o pseudônimo provavelmente do juiz da Suprema Corte de Justiça de Nova York chamado Robert Yates, contudo não há um consenso sobre essa informação (VITULLO; CUNHA FILHO, 2020, p. 93).

24 Este nome faz referência ao *Publius Valerius Puclicola* (560 a.C. – 503 a.C.), escolha que já indica um indício importante sobre o tipo de personagem que serviu de inspiração para os federalistas (VITULLO, CUNHA FILHO, 2020, p. 15).

25 Neste trecho é apresentada também outra alternativa, a criação de “uma vontade independente da maioria”, contudo, repugna-se este método, pois ele seria resultante de um poder hereditário ou do uso da força e não ofereceria nenhuma garantia de segurança a respeito das liberdades e direitos (HAMILTON; JAY; MADISON, 1979, p. 132).

testos populares parecem indicar a existência de uma tradição popular. Sendo assim, parece improvável, mesmo com as críticas antifederalistas, dizer de maneira generalizada que a intenção dos pais fundadores era antidemocrática. Dito isso, embora a aprovação da constituinte tenha sido resultante de uma votação apertada em alguns estados²⁶, é possível dizer que houve um consenso popular a respeito de sua necessidade, uma vez que não ocorreram grandes demonstrações de resistência a seu respeito. Contudo, isso não significa que seu resultado não tenha um conteúdo restritivo no que tange ao aspecto democrático, tema este aprofundado no próximo item.

4. A SEDIMENTAÇÃO DO PROCESSO REVOLUCIONÁRIO ESTADUNIDENSE

Tendo em vista a situação anteriormente identificada, a fundação estadunidense foi construída sobre uma base de centralidade do papel popular. Tanto os federalistas quanto os antifederalistas, apesar de suas divergências, compartilhavam este ideal (KRAMER, 2004, p. 06). O ponto de tensão entre as duas concepções é o modo pelo qual o povo poderia exercer a sua soberania, assim como os mecanismos que estariam à sua disposição para influenciar nos rumos políticos do Estado. Mesmo Hamilton, que poderia ter uma afeição maior à monarquia, desenvolveu uma teoria consistente com o constitucionalismo popular vigente na época e, mesmo que estivesse indicando uma supremacia judicial, este posicionamento seria extremamente impopular e permaneceu isolado durante a aprovação da Constituição (KRAMER, 2004, p. 78 – 93). A defesa pelos antifederalistas da manutenção da autonomia dos governos estaduais²⁷ e da permanência de júris²⁸ que possibilitavam um controle popular maior na visão dos opositores à Constituição, ilustra a preocupação em assegurar meios para que o povo tivesse sob sua guarda as rédeas do governo. É justamente este sobre este ponto que recai a tensão entre os federalistas e antifederalistas.

Não se pode afirmar que a intenção dos pais fundadores era de dissimular a democracia, mas sim encontrar um meio para torná-la viável. É importante ressaltar que até o momento não havia nenhum exemplo de alguma democracia em um território com a extensão das antigas colônias estadunidenses. Mais do que isso, as referências que existiam até o momento endossavam a impossibilidade da existência de uma república em um país de grande extensão. Adotado como base para se pensar a divisão de poderes, Montesquieu (1996, p. 132) entendia que em uma república grande:

26 Em Nova York a aprovação se deu por 30 votos à 27; em Massachusetts foram 187 votos contrários e 168 a favor; enquanto em New Hampshire o resultado foi de 57 à 47 em prol da aprovação (VITULLO; CUNHA FILHO, 2020, p. 12).

27 Melancton Smith (2020b, p. 75) pontuava que “o governo geral consistirá em uma nova espécie de Executivo, um pequeno Senado, e uma minúscula Câmara dos Representantes” de modo que não haveria proximidade e credibilidade com a população em geral, levando à necessidade do uso de uma “força militar” que muito em breve iria destruir o país e estabelecer uma anarquia ou o despotismo.

28 A instituição do júri possibilitava tanto a identificação da lei a ser aplicada no caso, como a sua interpretação e, isso pelo próprio povo, o que ficou conhecido como “lei popular” (KRAMER, 2004, p. 29). Tal fato explica a preocupação existente à época com a preservação de tal instituto, que possibilitava um controle popular relevante das leis.

[...] existem grandes fortunas e conseqüentemente pouca moderação nos espíritos; existem depósitos muito grandes para colocar entre as mãos de um cidadão; os interesses particularizam-se; um homem sente, primeiro, que pode ser feliz, grande, glorioso, sem sua pátria; e, logo, que pode ser o único grande sobre as ruínas de sua pátria.

Dessa maneira, era da natureza da república possuir um território pequeno, pois sem isso sua subsistência não possível. Por sua vez, Rousseau (1999, p. 189), apoia esse entendimento da seguinte maneira: “[...] não vejo como seja doravante possível ao soberano²⁹ conservar entre nós o exercício de seus direitos, salvo se a pólis for muito pequena”. Nota-se não só a inexistência de exemplos históricos capazes de servir de bases concretas para o desenho institucional da nova república estadunidense, como os próprios referenciais bibliográficos indicavam um inevitável fracasso da tarefa. O Estado Moderno seria, portanto, naturalmente inadequado para a formação de uma república, dadas as suas particularidades constitutivas. Era justamente essa a concepção dos antifederalistas, que entendiam ser impossível a existência de uma república livre e democrática em um território muito extenso; defendiam a manutenção de uma confederação, preservando a autonomia das diversas unidades políticas, assim como as liberdades conquistadas (VITULLO; CUNHA FILHO, 2020, p. 30 – 31).

Para os federalistas, a razão pela qual as democracias clássicas não tiveram uma maior longevidade, se deve ao fato de oferecerem espaço para a “dissensão” e “desordem”, além de não possibilitarem “segurança pessoal” e “conservação da propriedade” (HAMILTON; JAY; MADISON, 1979, p. 97). Visando superar este impasse a república idealizada possui duas particularidades: sua extensão e a delegação de poderes por meio do voto³⁰. Este mecanismo significava para os federalistas uma depuração do espírito público por meio da escolha dos indivíduos mais capacitados para tomar as decisões, além de amenizar as paixões que seriam as responsáveis pelo fracasso democrático (HAMILTON, JAY, MADISON, 1979, p. 98). Para tanto, era necessário um número alto o suficiente de representantes para que não houvesse o perigo de um governo de intrigas, mas que também não fosse tão numeroso a ponto de gerar uma confusão inseparável, de modo que o estabelecido na Constituição era o suficiente (HAMILTON; JAY; MADISON, 1979, p. 97), ao menos para os federalistas.

Aqui se nota um ponto importante controvertido pelos antifederalistas. O Artigo I, seção 2 da Constituição dos Estados Unidos (2020, p. 404) previa no máximo 1 representante a cada 30 mil habitantes. Contudo, os opositores entendiam se tratar de um número insuficiente para “comunicar a informação requisitada sobre as demandas, circunstâncias locais e sentimentos de um império tão extenso” (BRYAN, 2020a, p. 57). O fato é que enquanto os antifederalistas pensavam que a questão era irresolúvel, levando-os a crer na impossibilidade do estabelecimento de uma república nacional, os federalistas descartavam esse argumento justificando que os representantes seriam capazes de “ganhar a confiança do povo”; porém, ambos estavam errados, pois descartaram a possibilidade do surgimento natural de partidos (KRAMER, 2004, p. 165). A formação dessas agremiações mudou a forma de se pensar as eleições, além de se tornar um *locus* para a formulação de uma agenda política compartilhada

29 Diferente de outros autores como Bodin (2011) e Hobbes (2019), Rousseau entendia que o soberano era o povo. Sendo assim, entendia que em um território muito extenso não seria possível resguardar o exercício dos direitos do povo.

30 Importante destacar que não houve grandes debates durante a constituinte estadunidense a respeito da representação em si. As discussões a respeito de tal instituto envolveram alguns elementos necessários para que a representação fosse legítima, mas esse mecanismo estava tão naturalizado, como se pode ver em Kramer (2004), que ninguém questionava a necessidade de sua existência. Diferentemente como ocorreu na Revolução Francesa, que por meio do panfleto de Sieyès (2001) *Qu'est-Ce Que C'est Le Tiers Etat* sistematizou-se uma justificativa da representação além da pura necessidade.

a nível nacional, ligando os estados e os eleitores de todos os estados (KRAMER, 2004, p. 165 – 166). Em suma, os partidos políticos forneceram, ainda que não pensados para tanto, uma maneira de canalizar as energias políticas e estabilizar instituições desenhadas.

A existência de órgãos e instituições funcionava para os defensores da Constituição como mecanismos pelos quais o povo escolhia se organizar. Essa ideia é registrada em uma das cartas de Thomas Jefferson (1979, p. 32), de 1824, endereçada a John Cartwright, em que escreve “as constituições da maioria de nossos Estados declaram que todo poder é inerente ao povo; que este pode exercê-lo em todos os casos em que se julgue competente [...] ou pode agir por meio de seus representantes livres”. Para os federalistas, a organização sistematizada na Constituição estabelecia um sistema republicano melhor do que uma democracia direta, pois as ferramentas pensadas para estabelecer a União amenizariam as paixões e as instabilidades que permeavam o corpo social³¹ (HAMILTON; JAY; MADISON, 1979, p. 93 – 100). A ideia de Madison era de proporcionar um sistema capaz de refinar as manifestações populares ou torna-las desnecessárias (KRAMER, 2004, p. 52 – 53). Isso não significa necessariamente que a intenção dos pais fundadores era de recusar ou se opor à soberania popular, mas sim de formular um sistema, fundado no povo, em que este escolhia uma maneira de se organizar, de forma a não necessitar de grandes e agressivas manifestações como as vistas durante o período de independência. Contudo, é possível notar no desenho destes mecanismos um arrefecimento democrático ao passo em que se intenciona tornar dispensável um papel popular mais ativo.

No mesmo ano da declaração da independência, outro documento é aprovado no em território estadunidense, a Constituição da Pensilvânia. Não só chama atenção o momento em que foi aprovada esta Constituição, como também alguns dispositivos permeados por uma forte pulsão democrática que externalizam o sentimento que se consolidava na localidade. Em seu artigo V, o referido documento estabelece que a “comunidade possui o direito indubitável, inalienável e imprescritível de reformar, alterar ou abolir o governo” (CONSTITUIÇÃO DA PENSILVÂNIA, 2020, p. 373). Mais adiante, em seu capítulo segundo, seção 9, há uma restrição à Câmara dos Representantes de “acrescentar, alterar, abolir ou infringir qualquer parte desta Constituição” (CONSTITUIÇÃO DA PENSILVÂNIA, 2020, p. 377). Para que houvesse alteração no texto constitucional era necessária a atuação do Conselho dos Censores, responsáveis por “averiguar se a Constituição tem sido preservada” e “convocar uma convenção extraordinária a se reunir dentro de dois anos após sua instalação se lhe parecer de absoluta necessidade emendar qualquer artigo defeituoso da constituição” (CONSTITUIÇÃO DA PENSILVÂNIA, 2020, p. 388). Possível observar que não eram os legisladores comuns que poderiam alterar a Constituição, sendo necessária uma mobilização popular exclusiva para essa deliberação. Por meio destes dispositivos, fica evidente a concepção, ao menos dos cidadãos da Pensilvânia, de que a Constituição tinha como principal objetivo limitar os governantes e não os governados³². Estes elementos talvez expliquem os expressivos inconformismos de parte dos representantes do Estado na Convenção que resultou na aprovação da Constituição Estadunidense³³.

31 Esta ideia fica bem evidente em várias passagens da coletânea conhecida como O Federalista, em que Hamilton, Jay e Madison (1979, p. 111, 97, 94) indicam que a função do estabelecimento de um governo seria a de controlar as paixões dos homens.

32 O que indica essa perspectiva é a proibição expressa da possibilidade de os legisladores alterarem a Constituição. Se ela era tida como a limitação aos governantes, parece ser um contrassenso que os mesmos pudessem alterá-la a seu bel prazer.

33 Refere-se aqui ao já citado *Comunidade sobre as razões e dissentimento da minoria da Convenção da Pensilvânia a seus eleitores* assinada por: Nahaniel Breeding, John Ludwing, John Smilie, Abraham Lincoln, Richard Baird, John Bishop, Adam Orth,

Por sua vez, os Artigos da Confederação Perpétua (2020, p. 400), em seu artigo XIII, exigia a aprovação de todos os Estados para que se pudesse alterar algo do que havia sido estabelecido. Esta disposição praticamente impedia qualquer mudança constitucional, porém ela estava alocada na visão da Constituição como um pacto federativo, no qual vários estados se juntam para formar uma federação em conjunto (BEAUD, 2014, p. 17 – 34). Essa realidade foi alterada por meio do artigo V da Constituição Norte Americana³⁴. Ao mesmo tempo em que se retirava a necessidade de concordância entre todos os estados para alguma alteração em seu texto, ainda havia uma deferência à manutenção do *status quo*, uma vez que era estabelecida a necessidade de um quórum maior do que a maioria absoluta para uma mudança no texto constitucional. Contudo, compreendendo que na época havia uma ideia de constitucionalismo popular (KRAMER, 2004), essa limitação pode ser vista como uma forma de obstaculizar a atuação dos governantes no que tange a alterações constitucionais. Mesmo assim, os mecanismos dispostos para eventuais alterações do texto da Constituição se restringiam aos representantes, de modo a impossibilitar a participação popular a nível fundamental³⁵ de forma direta.

A Constituição norte-americana é a consolidação da ideologia revolucionária (BAILYN, 2003, p. 289). Nela a pulsão democrática da independência estadunidense resulta na formação de uma república em que a ação do popular é vista tanto como um inconveniente para a estabilidade social necessária quanto a fonte de legitimidade. Isso não resulta em um ideal necessariamente antidemocrático, mas indica a crença na necessidade de impor barreiras às “paixões dos homens” (HAMILTON, MADISON, JAY, 1979, p. 111). É a consagração da ideia de que “o povo sacrifique em seu favor uma parte da sua independência” (HAMILTON, MADISON, JAY, 1979, p. 90). A questão que permanece é o limite que se pode abrir mão de sua própria independência sem deixar de ser soberano. Em suma, o que se tem na constituinte estadunidense é a fundação de uma república democrática, em que o caráter popular é amenizado por meio das instituições e seu papel mais ativo desincentivado sob a justificativa de manutenção da ordem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O momento constituinte americano se apresenta de maneira relevante no cenário internacional por apresentar as bases organizacionais da sociedade moderna. Seus fundamentos teóricos e formas de se pensar o Estado influenciaram não só a Revolução Francesa, como também forneceu os pressupostos teóricos para as Constituições modernas. Mesmo não sendo um episódio premeditado desde o início, a Independência das 13 colônias possibilitou se pensar em uma democracia mesmo em territórios com grandes extensões ocupados por uma sociedade plural. Neste momento, pode-se identificar o embrião do substrato teórico que aloca a tensão estabelecida entre constitucionalismo e democracia.

Joseph Heister, John A. Hanna, Joseph Powel, John Whitehill, James Martin, John Harris, William Findley, Robert Whitehill, John Baird, John Reynolds, James Edgar (VITULLO, CUNHA FILHO, 2020, p. 209).

34 O referido dispositivo prescrevia: “Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um ou outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles propondo o Congresso uma ou outra maneira de ratificação” (CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, 2020, p. 415)

35 A ideia de democracia a nível das leis fundamentais é uma construção teórica de Colón-Ríos (2012, p. 38 – 43), que se refere à possibilidade de o povo tocar diretamente os dispositivos constitucionais, de modo que estes não fiquem exclusivamente nas mãos dos oficiais de governo.

As dicotomias que permeiam este episódio histórico dificultam a sua compreensão. Enquanto de um lado, pode-se destacar o conteúdo democrático do momento constituinte estadunidense que consolidou a possibilidade de uma república fundada sobre a vontade popular, de outro se nota um cerceamento deste mesmo povo soberano. Ocorre que nenhuma das duas perspectivas estão erradas, pelo contrário, ambas mostram as faces deste momento constituinte e trazem luz para a incompatibilidade entre o potencial democrático revolucionário que desaguou na independência e a tentativa de estruturar a sociedade e gerar estabilidade e ordem.

A ambivalência da constituinte estadunidense oferece argumentos para o que se pode chamar de “democracia realista”, um sistema em que se limita o povo para que não ocorra nenhuma espécie de autofagia. Pode-se dizer que isto não era incompatível com o constitucionalismo popular vigente na época, contudo é possível identificar o fechamento de portas para que o povo pudesse tocar diretamente o texto constitucional. A participação popular, apesar de existente e relevante, passava a ser canalizada por meio de representação, não havendo uma preocupação em institucionalizar um papel popular mais ativo. Pelo contrário, as mobilizações populares eram vistas como perigosas para o desenvolvimento estável da sociedade e, portanto, passaram a ser desincentivadas.

Dizer que a Constituição estadunidense foi um ato deliberadamente antidemocrático parece uma hipérbole. A sedimentação da revolução dessa forma se deu em razão da existência de um relativo consenso na época de que aquela seria a democracia possível, como se não houvesse outra alternativa ou possibilidade capaz de promover a participação popular. Apesar das críticas antifederalistas, não é possível identificar uma organização sistemática de seus pensamentos, como ocorreu com a articulação federalista, o que pode ter sido um fator relevante para a aprovação da Constituinte. Apesar de se atribuir a Constituição estadunidense às elites locais, é possível afirmar que ela teve um amplo apoio popular. Isto porque, mesmo com as votações apertadas em alguns estados, não houve mobilizações relevantes contrárias, de modo a permitir afirmar que houve um certo consenso com relação a formação dos EUA e sua Constituição. Contudo, não é possível dizer que as elites compartilhavam os mesmos interesses entre si e pretendiam invariavelmente limitar a ação do povo. Dentre as manifestações dos antifederalistas é possível identificar grandes proprietários, juízes e lideranças importantes como Abraham Lincoln.

No momento em que se funda a República estadunidense sobre a ideia de vontade popular, é possível observar também limitações a este próprio povo legitimador da ordem jurídica. Sob justificativas pragmáticas, a participação popular é restringida sistematicamente e as manifestações desincentivadas por meio dos desenhos institucionais. Mais do que isso, o ato fundante da República se distancia do alcance popular por meio da cultura vigente de representação. Cabe pontuar a ausência de grandes discussões sobre a razão de ser da representação. Ela era tida como um elemento natural e necessário, internalizado pela experiência colonial e influências inglesas. As discussões se restringiam aos elementos necessários para que a representação fosse legítima, mas não havia debates de grandes envergaduras sobre a razão de ser de tal instituto que não fosse uma justificativa de caráter pragmático. Pode-se dizer que a existência de representantes não gerou muita discussão no momento constituinte, mesmo sendo um elemento importante que viabilizava a manutenção da república ao longo do tempo.

A Independência estadunidense além de possibilitar a idealização de uma república democrática factível, também apresentou alguns filtros à própria pulsão democrática, exibindo elementos que viriam se tornar pressupostos para a criação de uma democracia realista, pragmática e viável. As instituições desenhadas não buscavam simplesmente viabilizar a manifestação popular, mas tinham como intuito amenizar as instabilidades democráticas e fazer com que a atuação do povo passasse a ser cada vez mais “desnecessária”. Estas construções teóricas exponenciam a tensão com a democracia e corroboram para a preponderância constitucional.

REFERÊNCIAS

- ALBERT, Richard. **Constitutional amendments**: making, breaking, and changing constitutions. Oxford University Press, 2019.
- ARISTÓCRATIS. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 309 – 316. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.
- ARTIGOS DA CONFEDERAÇÃO E DA UNIÃO PERPÉTUA 1777 – 1778. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 391 – 402. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.
- BAILYN, Bernard. **As Origens da Revolução Americana**. Trad.: Cleide Rapucci. Bauru: EDUSC, 2003.
- BEAUD, Olivier. The issue of majority in a federal system: Constituent power and amendment of the federal compact. *In*: NOVAK, Stéphanie; ELSTER, Jon. **Majority Decisions**: principles and practices. New York: Cambridge University Press, 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição invertida: a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, n. 89, p. 107-134, 2013.
- BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. São Paulo: Ícone, 2013.
- BRUTUS XI. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 269 – 276. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020a.
- BRUTUS XV. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 277 – 288. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020b.
- BRYAN, Samuel. Sentinela I. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 49 – 59. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020a.
- BRYAN, Samuel. Sentinela II. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 105 – 120. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020b.
- BRYAN, Samuel. Sentinela II. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 187 – 194. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020c.
- CATÃO V. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 169 – 174. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.
- COLÓN-RÍOS, Joel. **Weak Constitutionalism**: Democratic legitimacy and the question of constituent power. New York: Routledge Taylor & Francis Goup, 2012.
- CONSTITUIÇÃO DA PENSILVÂNIA 1776. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 371 – 390. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.
- CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA 1787. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 403 – 428. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.

- DAHL, Robert Alan. **A Constituição norte-americana é democrática?** Trad.: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.
- DECLARAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA 1776. In: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas: o outro lado do debate constitucional estadunidense**. p. 365 – 370. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.
- FRIEDLANDER, Robert A. Autonomy and the thirteen colonies: Was the American revolution really necessary. **Duq. L. Rev.**, v. 18, p. 507, 1979.
- GREENE, Jack. Reformulando a identidade inglesa na América britânica colonial: adaptação cultural e experiência provincial na construção de identidades corporativas. **Almanack Braziliense**, n. 4, p. 5-21, 2006.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John, MADISON, James. O Federalista. In: WEFFORT, Francisco. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- HENRY, Patrick. Discurso de Patrick Henry na Convenção da Virgínia. In: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. In.: **Os antifederalistas: o outro lado do debate constitucional estadunidense**. p. 317 – 320. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020a.
- HENRY, Patrick. Discurso de Patrick Henry na Convenção da Virgínia. In: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas: o outro lado do debate constitucional estadunidense**. p. 333 – 342. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020b.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- HOBSBAWM, Eric. **Nações e nacionalismos desde 1780: programa, mito e realidade**. 9ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.
- JEFFERSON, Thomas. Escritos Políticos. In.: WEFFORT, Francisco. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- JENSEN, Merrill. Democracy and the American Revolution. **The Huntington Library Quarterly**, p. 321-341, 1957.
- JOHN DE WITT. In: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas: o outro lado do debate constitucional estadunidense**. p. 121 – 126. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.
- KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.
- LAMOUNIER, Bolívar. Jefferson & Paine: vida e obra. In: WEFFORT, Francisco. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- LINCOLN, Abraham; *et al.*. Comunicado sobre as razões de dissentimento da minoria da Convenção de Pensilvânia a seus eleitores. In: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas: o outro lado do debate constitucional estadunidense**. p. 209 – 234. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.
- MIDDLEKAUFF, Robert. **The glorious cause: the american Revolution 1763 – 1789**. New York: Oxford University Press, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: 1996.
- MONTEZUMA. In: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas: o outro lado do debate constitucional estadunidense**. p. 87 – 92. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.
- NEVIS, Allan; COMMAGER, Henry Steele. **A Short History of the United States**. 5ª ed. New York: Alfred A Knopf, 1968.
- NOVAES, Marcel. **O grande experimento: a desconhecida história da revolução americana e do nascimento da democracia moderna**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.
- PAINE, Thomas. Senso Comum. In.: WEFFORT, Francisco. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Finatec, 2011.
- RHODE ISLAND ESTÁ CERTA! In: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas: o outro lado do debate constitucional estadunidense**. p. 199 – 200. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social; Ensaio sobre a Origem das Línguas**. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**: qu'est-ce que le Tier État. 4ª ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SMITH, Melancton. Agricultor Federal I. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 61 – 69. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020a.

SMITH, Melancton. Agricultor Federal II. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 71 – 78. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020b.

SMITH, Melancton. Agricultor Federal IV. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 77 – 86. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020c.

SMITH, Melancton. Discurso de Melancton Smith na Convenção de Nova York. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 353 – 356. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020d.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Trad. Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: Vide Editorial, 2019.

UM AGRICULTOR E LAVRADOR. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 303 – 308. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.

UM FEDERALISTA. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 175 – 178. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.

UM VELHO LIBERAL IV. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 127 – 132. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020a.

UM VELHO LIBERAL V. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 133 – 138. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020b.

VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 303 – 308. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 4ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2013.

WINTHROP, James. AGRIPA VII. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 235 – 238. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.

WORKMAN, Benjamin. Filadelfiense III. *In*: VITULLO, Gabriel; CUNHA FILHO, Clayton. **Os antifederalistas**: o outro lado do debate constitucional estadunidense. p. 195 – 198. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 19/08/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 06/09/2021
- Avaliação 1: 09/09/2021
- Avaliação 2: 19/11/2021
- Decisão editorial preliminar: 19/11/2021
- Retorno rodada de correções: 08/12/2021
- Decisão editorial/aprovado: 13/12/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

AS DECISÕES DOS JUÍZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS SÃO RACISTAS? – UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE DECISÕES JUDICIAIS, INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E RACISMO ESTRUTURAL*

ARE THE DECISIONS OF BRAZILIAN
JUDGES AND COURTS RACIST? – A CRITICAL
ANALYSIS OF COURT DECISIONS, LEGAL
INTERPRETATION AND STRUCTURAL RACISM

VITOR GONÇALVES MACHADO¹
AMÉRICO BEDÊ FREIRE JUNIOR²

RESUMO

Após os eventos de 2020, em que aflorou o movimento Vidas Negras Importam, crescemos nossos olhos voltados para o debate e a problematização de questões raciais. Nessa linha, no caso do Direito, precisamos analisar se há racismo estrutural nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro. Entendemos que é preciso existir limites à interpretação jurídica dos juízes e tribunais, não podendo ser o direito aquilo que os juízes dizem que é. Resolver o problema do racismo na sociedade brasileira é difícil, mas acreditamos que temas sobre questões raciais são importantes para incluir na formação inicial e no aperfeiçoamento dos magistrados. Adota-se nesta pesquisa o método dialético. Apesar de existir decisões que possuíram interpretações de cunho racista, não nos é permitido concluir que todo o Judiciário brasileiro desenvolve interpretação racista ao analisar os casos concretos, muito embora tais decisões, mesmo poucas, já são capazes de causar um mal tão grande quanto o próprio crime de racismo.

Palavras-chave: Interpretação jurídica; racismo; racismo estrutural; discricionariedade judicial; decisões judiciais.

- 1 *Artigo desenvolvido para o Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD-FDV). Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória - FDV). Mestre em Direito Processual (UFES). Pós-Graduado em Direito do Estado e em Ciências Criminais (Universidade Anhanguera). Integrante do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional” (FDV). Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9401-5331>.
- 2 Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória – FDV). Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da FDV. Professor Coordenador do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional” (FDV). Juiz Federal.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

MACHADO, Vitor Gonçalves; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. As decisões dos juízes e tribunais brasileiros são racistas? – uma análise crítica sobre decisões judiciais, interpretação jurídica e racismo estrutural. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 323, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8758>.

ABSTRACT

After the 2020 events, in which the Black Lives Matter movement emerged, we grew our eyes focused on the debate and problematization of racial issues. In this sense, in the case of Law, we need to analyze whether there is structural racism in the decisions rendered by the Brazilian Judiciary. We understand that there must be limits to the legal interpretation of judges and courts, and the law cannot be what the judges say it is. Solving the problem of racism in Brazilian society is difficult, but we believe that topics on racial issues are important to include in the initial training and improvement of judges. The dialectical method is adopted in this research. Although there are decisions that had racist interpretations, we are not allowed to conclude that the entire Brazilian Judiciary develops a racist interpretation when analyzing concrete cases, even though such decisions, even few, are already capable of causing harm as great as the crime of racism itself.

Keywords: Legal interpretation; racism; structural racism; judicial discretion; court decisions.

1. INTRODUÇÃO

É importante o modo como os juízes interpretam e decidem as demandas jurídicas. Assim já escrevia Ronald Dworkin³ em uma de suas célebres obras. Por sua vez, de grande relevância também se mostra pesquisar se existem decisões judiciais que espelham uma vertente do racismo impregnada na sociedade brasileira, que é o denominado “racismo estrutural” (ou “racismo sistêmico”).

Falar sobre racismo estrutural, para muitas pessoas, é incômodo. Para outras, é difícil porque não possuem um “lugar de fala”, não habitam a mesma pele daqueles que por gerações sofreram com preconceitos, humilhações, opressões, descasos, intolerâncias. Já para muitas pessoas, é um assunto indiferente, pois não desejam discutir sobre o tema por simples falta de interesse ou indiferença.

De fato, após os eventos de 2020 – em que aflorou o movimento “Vidas Negras Importam” (*Black Lives Matter*) a partir do assassinato de George Floyd por um policial branco em Minneapolis, nos Estados Unidos da América –, crescemos nossa atenção para a discussão e a problematização de questões raciais, no mundo inteiro.

Com esse entendimento destacado, e tendo como centro das atenções a atuação do Poder Judiciário, o problema de pesquisa que pretendemos discorrer é: *há racismo estrutural nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro? Há uma interpretação jurídica racista nas decisões proferidas por juízes e tribunais?*

A base teórica da presente pesquisa está fincada nas obras de Adilson José Moreira e Ana Gabriela Rangel Poncio – no tocante à problematização sobre a história do negro no Brasil e o racismo estrutural –, bem como nos entendimentos de Ronald Dworkin sobre o combate ao uso do poder discricionário pelos juízes de direito, os quais, em grande parte no Judiciário brasileiro, sustentam opiniões próprias e convicções particulares sobre os casos jurídicos postos à apreciação em detrimento da legislação vigente e da jurisprudência dos tribunais. As teorias de Dworkin também nos auxiliaram para formar o entendimento de que

3 Ronald Dworkin já manifestava preocupação nesse sentido: “É importante o modo como os juízes decidem os casos. É muito importante para as pessoas sem sorte, litigiosas, más ou santas o bastante para se verem diante do tribunal” (DWORKIN, 2014, p. 3) (grifos nossos).

as decisões judiciais devem ser proferidas com base na coerência e na integridade do direito, não sendo legítimas as decisões ativistas e oriundas de subjetivismos.

Adota-se nesta pesquisa o método dialético, buscando principalmente nas decisões judiciais coletadas as opiniões diferentes das nossas para que, ao final, possamos refletir sobre os caminhos que entendemos ser mais coerente para a construção da decisão judicial tendo como foco o combate ao racismo, em todas as suas formas. Sabemos que o assunto suscita polêmica, *mas é uma problemática real e atual*, e precisa ser discutido também no ambiente do Direito. E tal assunto pode levar, como efetivamente leva, a pontos de vistas divergentes, mesmo entre magistrados, advogados e outros profissionais do direito “bem esclarecidos”.

Em nosso ponto de vista, é preciso existir limites à interpretação jurídica empreendida por juízes e tribunais – não podendo se consolidar o falacioso entendimento de que o direito é aquilo que os juízes e os tribunais dizem que é, por mais real e tenebroso isso possa parecer. E, além disso, urge rever a posição adotada pelo Judiciário quanto ao enquadramento legal do crime de racismo e outros tipos penais, como injúria.

Assim, como hipótese (conclusão preliminar) da presente pesquisa, entende-se que não só é importante não ser racista, como também repudiar falas e atitudes racistas, mesmo que tenham ofensas de forma disfarçada contra pessoas negras. Ademais, deve-se colocar em pauta o debate sobre questões raciais, considerando ainda as dificuldades em enfrentar o tema e tentar erradicar aquilo que está institucionalizado, impregnado na sociedade brasileira. Por outro lado, acreditamos que certas decisões judiciais estão baseadas, mesmo que indiretamente, no racismo estrutural, trazendo elementos em suas formas de interpretação que refletem o imaginário social brasileiro do racismo velado. Ao que parece, tais decisões primam por realizar uma interpretação que se diz “jurídica” empreendida com base em preferências pessoais, visões particulares, escolhas ou mesmo em valores ou moral próprios do órgão julgador (juiz, desembargador ou ministro de tribunal superior). Muitas vezes, essas interpretações valem-se de sentimentos ou atitudes que estão arraigados no meio social brasileiro, e o que parece que não são atitudes racistas, na verdade, disfarçam o racismo, ocasionando um tipo de racismo velado, ou até mesmo mal interpretando certos casos em que houve a prática do crime de racismo.

2. A HISTÓRIA DOS NEGROS NO BRASIL E O RACISMO ESTRUTURAL

Ana Gabriela Rangel Poncio (2018, p. 42) destaca que a história dos negros no Brasil⁴ é marcada “pelo descaso estatal, pela segregação espacial, pela inferiorização de sua cultura e de sua religião, pelo desejo de eliminá-los ou de, ao menos, mantê-los apartados do restante da sociedade”.

4 Uma importante consideração é que todos os registros ligados à escravidão foram extintos, por meio da determinação contida na Circular nº 29, de 13/05/1891, assinada por Rui Barbosa (na época era Ministro das Finanças) (vide: PONCIO, 2018, p. 45).

Nos meados dos anos 1530⁵, os africanos já eram trazidos para o Brasil para unicamente servir como força de trabalho da aristocracia branca. Em 1535, o comércio de negros escravizados para o Brasil estava consolidado e rapidamente crescia. Muitos anos depois, em 1822, houve a independência do Brasil em relação a Portugal, e em 1824 foi promulgada a primeira Constituição brasileira, a qual, destaca-se, *ignorou por completo a escravidão existente no país*, apesar de seu caráter liberal. Afirma-se que até 1830 os negros já correspondiam a um total de 63% da população do país, enquanto que os mestiços representavam 21% e os brancos, 16%. Em 1838, alcançava-se a marca de um terço da população de negros escravizados (PONCIO, 2018, p. 42-45).

Sobre as legislações dessa época, verificamos primeiramente que a Lei nº 581, de 1850, havia determinado o fim do tráfico negreiro. Já Decreto nº 1.331-A, de 1854, fez determinar que os escravizados não poderiam frequentar as escolas, embora tenha também fixado como obrigatório o ensino primário para as crianças livres de 7 a 14 anos de idade. Apesar da importância dessas duas leis, são três as legislações que foram historicamente consideradas mais importantes na história dos negros escravizados no Brasil: a Lei do Ventre Livre (também conhecida como Lei dos Nascituros ou Lei Rio Branco), a Lei dos Sexagenários e, finalmente, a Lei Áurea. A primeira, de 18/09/1871, surgiu no contexto do pós-Guerra do Paraguai, e estabelecia que as crianças de negros escravizados poderiam permanecer com suas mães até oito anos de idade. Após, o senhor dos escravos poderia escolher em receber uma indenização ou utilizar o trabalho desse menor até ele completar vinte e um anos de idade – ou seja, foi uma lei que beneficiou, na verdade, os donos dos negros escravizados. A segunda lei – Lei dos Sexagenários (ou Lei Saraiva Cotegipe, em homenagem a João Maurício Wanderley, o Barão de Cotegipe) –, de 28/09/1885, estabeleceu a libertação dos negros escravizados maiores de sessenta anos de idade. Na prática, todavia, os escravizados após 30 anos já estavam com extremo desgaste físico. Por último, a Lei Áurea, de 13/05/1888, declarava extinta a escravidão no Brasil, reconhecendo, enfim, um processo lento pelo qual o país vinha passando (PONCIO, 2018, p. 42-49). Porém, de fato, igualmente como critica Poncio, “o fim da escravidão não significou a liberdade para os negros” (PONCIO, 2018, p. 50).

Decerto, a passagem da Monarquia para a República não significou a verdadeira liberdade para os negros escravizados. Mesmo após a abolição, a população negra continuou refém de seu passado, excluída do mercado de trabalho, sem programas governamentais para sua inserção social. Ou seja, não houve rompimento com a hierarquia existente no regime escravocrata. Na realidade, o regime republicano acabou criando “novas senzalas”, representadas pelas periferias (cortiços e outras moradias em péssimas condições que os negros foram morar) e os cárceres brasileiros (PONCIO, 2018, p. 53, 58, 62, 72). Adilson José Moreira complementa que todos os projetos de dominação racial utilizados nos períodos colonial, monárquico e republicano (embora aqueles dois tenham sido diferentes deste último) foram bem sucedidos em manter a dominação das pessoas brancas (MOREIRA, 2019, p. 89).

Durante o período republicano, houve intencionalmente uma política de branqueamento, onde pretendia-se a eliminação do negro ex-escravizado. Os negros não se integraram, e muitos passaram a se sustentar por meio da criminalidade, sem protagonismo político e excluídos do campo educacional (PONCIO, 2018, p. 62-63).

5 Para melhor identificar o período histórico, fizemos a análise identificando as datas mais marcantes.

Já durante o século XX, cresceu a ideia em torno da “democracia racial”. Esse mito defendia que o nosso país possuía uma mistura harmonizada entre as culturas de origem europeia, africana e indígena, sendo uma característica peculiar do Brasil, como um “símbolo de respeito e tolerância” (PONCIO, 2018, p. 63). Foi a partir da sustentação da ideologia da democracia racial que se passou a acreditar que em nosso país não existia distinção de cor (PONCIO, 2018, p. 65).

Assim, o mito da democracia racial contribuiu ainda mais para a inferiorização do negro e a sobreposição do branco sobre o negro. Esse mito esconde e disfarça o racismo característico do Brasil. A democracia racial deslegitima o racismo biológico, mas mantém inalterado o racismo estrutural (PONCIO, 2018, p. 65-67).

Aníbal Quijano, ao analisar a situação na América em relação ao novo padrão de poder iniciado em 1492, assim comenta:

[...] No momento em que os ibéricos conquistaram, nomearam e colonizaram a América (cuja região norte ou América do Norte, colonizaram os britânicos um século mais tarde), *encontraram um grande número de diferentes povos, cada um com sua própria história, linguagem, descobrimentos e produtos culturais, memória e identidade*. São conhecidos os nomes dos mais desenvolvidos e sofisticados deles: astecas, maias, chimus, aimarás, incas, chibchas, etc. *Trezentos anos mais tarde todos eles reduzem-se a uma única identidade: índios. Esta nova identidade era racial, colonial e negativa*. Assim também sucedeu com os povos trazidos forçadamente da futura África como escravos: achantes, iorubás, zulus, congos, bacongos, etc. No lapso de trezentos anos, todos eles não eram outra coisa além de *negros* (QUIJANO, 2005, p. 127) (grifos nossos).

No Brasil, Quijano (2005, p. 134) analisa que “os negros não eram nada além de escravos”. Como grande resultado da história do poder colonial, a principal consequência foi a de que todos os povos trazidos da África foram despojados de suas próprias identidades históricas e passaram a constituir uma identidade colonial e negativa (QUIJANO, 2005, p. 127).

Passada essa compreensão histórica e sofrida em relação à história do negro no Brasil, podemos conceituar *racismo estrutural* como uma forma de racismo presente no próprio funcionamento da sociedade brasileira, no nosso cotidiano social. Trata-se de uma forma de racismo que não possui atores visíveis. É um tipo de racismo que não há como apontar quem é o “racista”, isto porque os motivos para os atos racistas estão escondidos, disfarçados, porém atingem brutalmente suas vítimas em todos os campos (educacional, social, econômico, cultural, político etc.). É com base no racismo estrutural que as relações sociais se constituem, perpetuando-se como um *habitus*⁶ inconsciente. Trata-se de um racismo velado, naturalizado, sem definição clara de quem são seus atores, não sendo possível identificar de onde vem o racismo. O racismo, nessa forma de compreendê-lo, está além dos indivíduos e da sua autonomia de querer internalizá-lo ou não. De forma natural, o racismo estrutural impõe como padrão o “branco”; como exceção, o negro (vide: PONCIO, 2018, p. 67, 70 e 72).

6 O conceito de “*habitus*” advém da obra de Pierre Bourdieu, sociólogo francês que estrutura suas pesquisas principalmente a partir de três pilares fundamentais: “campo”, “capital” e “*habitus*”. Resumidamente, podemos conceituar “*habitus*” como o conjunto de conhecimentos práticos que são obtidos com o passar do tempo, o qual permite que os indivíduos possam se comportar de certa maneira dentro de um mesmo campo. Ou seja, a partir do *habitus* há possibilidade de perceber, de agir e de evoluir com naturalidade em um dado universo social. Cabe destacar que é através do *habitus* que ocorre a reprodução social (conferir: PONCIO, 2018, p. 15-18; FITTIPALDI, SANTOS; p. 10).

De acordo com Adilson José Moreira (2019, p. 91), os negros não estão representados nas diversas instituições sociais e são excluídos porque sua submissão tem sido parte integrante do projeto político do Brasil ao longo de sua história. Nas palavras do autor: “Somos, portanto, sujeitos que carecem de justiça histórica porque as consequências da discriminação racial sistemática se estendem ao longo do tempo” (MOREIRA, 2019, p. 91).

E o racismo, em todas as suas formas, causa severos danos aos membros de grupos minoritários, desde a saúde psíquica até o caráter físico. Muitos dos danos são consequências do estresse emocional que discursos racistas, inclusive piadas racistas, ocasionam nos indivíduos expostos ao racismo, cujas consequências podem advir por causa do impacto imediato e cumulativo das ofensas (vide: MOREIRA, 2019, p. 162). Adilson Moreira (2019, p. 162) complementa: “Minorias raciais sempre desenvolvem quadros depressivos, isolamento social, transtornos de ansiedade, tendências suicidas”.

3. DECISÕES JUDICIAIS, INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E O (AINDA) PREDOMÍNIO DO RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL

Adilson Moreira, discorrendo sobre uma perspectiva de pensarmos como um “jurista negro”, adota o sentido de que a hermenêutica constitucional também tem um propósito de luta contra formas de subordinação (MOREIRA, 2019, p. 17 e p. 36). O autor entende que a chamada “Hermenêutica Negra” é uma forma de interpretação jurídica, a qual busca mostrar o papel central que a raça tem no processo de interpretação da igualdade (MOREIRA, 2019, p. 17).

Ainda segundo o autor, a interpretação judicial tem servido como um instrumento importante para a reprodução da opressão racial, “seja pela simples desconsideração do impacto de uma prática social sobre um grupo, seja porque eles estão interessados em impedir que a raça se torne uma forma de mobilização política” (MOREIRA, 2019, p. 19). Assim, Moreira compreende o poder transformador que uma interpretação judicial pode ter, mas que uma interpretação resumida apenas ao esquema da subsunção “fato-norma” impede, a seu ver, o alcance da justiça social, “na medida em que a raça aparece como uma mera particularidade individual sem relevância jurídica” (MOREIRA, 2019, p. 119).

E qual seria a compreensão de ser um jurista que pensa como um negro⁷? Para o autor, um jurista que pensa como um negro, além de outras características, deve refletir sobre questões de justiça levando em consideração a experiência de outros indivíduos submetidos a processos de exclusão, discriminação, opressão, pertencentes a uma minoria racial e sexual (MOREIRA, 2019, p. 84). Ser um jurista que pensa como um negro deve considerar que há grupos que estão em condição de exclusão estrutural, e esse fato “deve guiar a forma como ele

7 Os ensinamentos de Adilson José Moreira, utilizando a técnica do *storytelling* ao longo da obra, servem para demonstrar a importância relacionada a “pensar como um jurista negro”. A utilização dessa perspectiva hermenêutica, segundo Moreira (2019, p. 79), mostra-se relevante porque “juristas brancos não conseguem entender com clareza as particularidades da experiência social de pessoas negras”. Ainda de acordo com o autor, contar histórias nesse tema e nesse ponto de vista também “permite o desvelamento da sua importância nas vidas das pessoas negras na nossa sociedade”, possuindo as narrativas, além disso, um grande poder de convencimento (MOREIRA, 2019, p. 80).

interpreta o princípio da igualdade para que possa ter a força transformadora que lhe confere o texto constitucional” (MOREIRA, 2019, p. 107).

Moreira também sustenta que o “positivismo ingênuo” ainda continua sendo usado de maneira estratégica no processo de interpretação judicial. Ao tratar da neutralidade e da objetividade no processo interpretativo, o autor expõe sua preocupação em torno da reprodução de certos mitos pelos juristas, sendo a defesa da noção da neutralidade e da objetividade um desses mitos (MOREIRA, 2019, p. 133-136). Mas o autor sabe que “juízes também são agentes ideológicos”, e que “operadores do direito interpretam normas a partir dos conteúdos cognitivos internalizados no processo de socialização, além dos interesses dos grupos sociais que eles representam” (MOREIRA, 2019, p. 134).

O autor demonstra em sua obra uma série de decisões judiciais, muitas das quais julgaram a necessidade ou não de ações afirmativas em concursos públicos, em que podemos perceber que o Direito, na manifestação dos intérpretes da lei (magistrados), pode se valer como importante instrumento de opressão racial (sem sequer ter a intenção de discriminar), com interpretações equivocadas sobre o princípio da igualdade e sobre questões raciais – inclusive, em certas situações, a decisão judicial se apresenta como um lamentável desfile de estereótipos contra negros (MOREIRA, 2019, p. 103-104).

Os entendimentos de Moreira refletem o que acontece em muitas ocasiões nas decisões judiciais proferidas em nosso Judiciário. Para demonstrar essa problemática, coletamos algumas decisões onde podemos perceber que o racismo estrutural, ou seja, aquele tipo de racismo velado e escondido na sociedade brasileira, está também presente no Judiciário, principalmente no momento da fundamentação judicial. As decisões coletadas foram proferidas em diferentes momentos entre 2009 a 2020 e abrangeram distintas situações. A pesquisa se baseou no elevado grau de impacto negativo que as decisões poderiam alcançar, dada a publicidade que as mesmas obtiveram na mídia nacional.

A primeira decisão a ser analisada diz respeito a um processo criminal que tramitou na 1ª Vara Criminal de Curitiba/PR. A sentença foi proferida nos autos do processo nº 0017441-07.2018.8.16.0196, datada de 19 de junho de 2020. Essa decisão teve grande repercussão na mídia e no Judiciário em razão do que a juíza manifestou na sentença, ao menos em três passagens, podendo ser interpretada sua colocação de que um dos réus, em razão de sua raça, era seguramente integrante do grupo criminoso.

A ação envolveu 07 (sete) réus, e a sentença contou com 115 páginas no total, com explicação ampla sobre a dosimetria da pena durante a condenação de cada um dos acusados.

Em relação aos quatro primeiros réus arrolados na sentença, a juíza assim se manifestou sobre a conduta social (primeira fase da dosimetria da pena) quanto ao delito de organização criminosa, utilizando o mesmo texto para os quatro acusados:

No presente caso, a conduta social é negativa, pois o réu era visto há mais de um ano perambulando pelo centro da cidade, fingindo estar inserido na sociedade, buscando com isso um disfarce melhor para o cometimento dos crimes, pelo que essa circunstância deve ser considerada em seu desfavor.

À quinta ré, o texto utilizado para manifestar sobre a conduta social foi outro: “A conduta social é negativa, pois a acusada não contribuía para com a sociedade com o seu comportamento, andando de um lado para outro no centro desta cidade, onde também segundo ela

própria, consumia ‘crack’”. Ao sexto réu, o texto também foi outro: “Sua conduta social é negativa, pois igualmente nada trazia de produtivo para a sociedade como um todo, espalhando somente o medo, intranquilidade, insegurança e desesperança para a população do centro de Curitiba, pelo que deve ser considerada em seu desfavor”.

Por sua vez, ao sétimo réu, em relação aos crimes de organização criminosa (página 107 da sentença), de roubo majorado pelo concurso de pessoas (página 109 da sentença) e de furto qualificado pelo concurso de pessoas (páginas 110 e 111 da sentença), assim se pronunciou a juíza na sentença, utilizando o mesmo texto para manifestar sobre a conduta social deste acusado nos três delitos a ele imputado:

Sobre sua conduta social nada se sabe. *Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça*, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente. (grifos nossos)

A divulgação do conteúdo da sentença com clara manifestação de cunho racista foi realizada pela advogada do sétimo réu em uma rede social. A partir da publicação, o caso ganhou notoriedade em cenário nacional. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) solicitou providências ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Paraná decidiu por arquivar processo disciplinar aberto contra a juíza pela acusação de racismo. Cabe mencionar que a Corregedoria apenas atuou por determinação do CNJ, que em agosto de 2020 determinou que o caso fosse apurado (vide: CONSULTOR JURÍDICO, 2020).

Para os desembargadores da Corregedoria que julgaram a investigação do processo disciplinar contra a juíza, a polêmica gerada pela sentença foi em razão de uma “má interpretação do texto” (conferir: CONSULTOR JURÍDICO, 2020. Segundo a juíza, em nota, “em nenhum momento houve o propósito de discriminar qualquer pessoa por conta de sua cor (...).” Além disso, a juíza afirma que “a linguagem, não raro, quando extraída de um contexto, pode causar dubiedades” (CONSULTOR JURÍDICO, 2020). Esclareceu a magistrada que a frase foi retirada “de um contexto maior, próprio de uma sentença extensa, com mais de cem páginas” (MAGGIONI, 2020).

Em nossa visão, mesmo levando em conta a extensão da sentença e os problemas da linguagem, que podem causar ambiguidade e vaguidade em não raras ocasiões, há conteúdo na decisão que evidencia elementos frutos de um racismo estrutural. A justificativa por não entender que estão presentes elementos típicos de racismo estrutural na sentença demonstra que ainda não estamos comprometidos com o repúdio e o combate do racismo, ainda mais quando estamos lidando com casos ocorridos do próprio Judiciário (e não, nessa situação, de um caso de racismo ou injúria racial analisado pelo órgão judicial).

Ora, acreditar que não há elementos de racismo estrutural quando se argumenta, em uma sentença condenatória, que “seguramente” o acusado é integrante de organização criminosa “em razão de sua raça”, é minimamente querer ou tentar esconder/disfarçar que discursos racistas estão impregnados na sociedade assim como, em muitas situações, no Judiciário brasileiro. Justificar que não houve conteúdo racista ou discriminatório por meio de má interpretação do texto é igualmente um disfarce para esconder que houve conteúdo racista na decisão judicial analisada. Todo texto jurídico (leis, resoluções, portarias, sentenças, acórdãos, petições iniciais, recursos etc.) necessita de interpretação, e não se pode dizer que há

má interpretação neste caso concreto quando visualizamos, ao menos em três momentos, algum conteúdo racista na sentença quando a magistrada discorre sobre a conduta social do sétimo acusado.

A segunda decisão a ser analisada tratava de caso que imputava ao réu a prática do crime de latrocínio. A decisão foi prolatada pela juíza da 5ª Vara Criminal de Campinas/SP no processo nº 0009887-06.2013.8.26.0114, cuja sentença foi proferida em 04 de julho de 2016.

Durante a instrução processual, a defesa pleiteou a nulidade do feito em razão da não realização do reconhecimento pessoal do réu, requerendo também a absolvição. No entanto, a juíza não concordou com o pedido da defesa, afirmando que “o réu foi firmemente reconhecido pela vítima e testemunha”. Além disso, a vítima que sobreviveu pode realizar o reconhecimento do réu entre outras fotos, inclusive em rede social do réu, que foi apresentada pelo delegado de polícia. Em determinada passagem da sentença, após os esclarecimentos em relação ao reconhecimento do réu pela vítima e testemunha, a juíza afirma: “Vale anotar que o réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido”. Ao final, o réu foi condenado a cumprir pena privativa de liberdade de 30 (trinta) anos de reclusão e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, pois foi concluído que houve tipificação do crime descrito no artigo 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal.

Assim como no primeiro caso analisado, aqui também há indícios de que houve conteúdo que evidencia o racismo estrutural presente no Judiciário brasileiro. A decisão anota que há um certo “padrão de bandido”, não sendo dentro desse padrão as pessoas que possuem pele clara, olhos claros e cabelos claros. Desse modo, é possível interpretar, diante dessa afirmação dentro da sentença, que existe, aos olhos da juíza (e talvez da Justiça, mas disfarçadamente), um padrão de bandido que pode ser identificado como o negro ou pardo, posto que não possuiriam pele clara.

Veja-se que não se pode assemelhar o perfil da pessoa que se encontra presa em nosso sistema carcerário com um estereótipo de bandido. São situações totalmente distintas. Se o perfil do preso é, assustadoramente, a pessoa do sexo masculino, negro ou pardo, sem instrução escolar completa e sem emprego, não se pode, conseqüentemente, querer afirmar que este seria, então, o perfil do bandido, ou, nas palavras da magistrada em sua sentença, “o estereótipo padrão de bandido”, como se toda pessoa que não tivesse pele nem cabelos claros fosse um potencial criminoso. Caso assim se pense, além da presença do discurso racista, estar-se-á retroagindo às ideias desenvolvidas pela Criminologia Positiva, conforme lições das obras Cesare Lombroso⁸, as quais buscavam explicar a criminalidade a partir da observação de determinados “sinais” biológicos, da “diversidade”, da “anomalia” dos autores dos comportamentos criminalizados (vide: MACHADO; RIBEIRO NETO, 2014, p. 20-21).

8 “Para Lombroso, determinados estigmas degenerativos, de transmissão hereditária, permitiriam identificar o delinquente (nato) como um *genus homo delinquens*, isto é, como uma variedade ou subespécie mórbida do gênero humano inferior” (BIANCHINI *et al*, 2009, p. 95). E assim escreve Alfonso Serrano Maíllo sobre o delinquente nato de Cesare Lombroso: “Acima de todos, deve-se destacar, por ser o mais conhecido, o chamado delinquente nato. Esses sujeitos costumavam mostrar tendências delitivas desde cedo, delinquir ao longo de toda a sua vida e ter raras ou nulas possibilidades de mudança ou reabilitação, da mesma maneira que as penas não exerciam efeito preventivo sobre eles. O delinquente nato corresponde a uma forte carga biológica e, na verdade, era para Lombroso um ser atávico, ou seja, um ser cujo caráter e natureza eram dos antepassados do homem ou dos seres pré-humanos – por esse motivo, o delinquente nato era, sem dúvida, um sujeito diferente do cidadão normal” (MAÍLLO, 2007, p. 74).

Temos que destacar que o Direito Penal Constitucional é sempre *do fato*, e jamais do autor, isto é, não se pune a conduta do agente pelo o que o agente é, o que ele veste, como ele anda, ou o que come, qual lugar frequenta, se está estudando ou trabalhando, como foi o passado dessa pessoa ou quem são sua família e amigos, ou de onde ele veio, ou, principalmente, qual é a sua raça. Deve-se punir a pessoa pela sua *conduta* criminosa, pelo *fato* que ela cometeu, e não por sua classe social, ou raça, ou orientação sexual etc. (conferir: (MACHADO; RIBEIRO NETO, 2014, p. 21).

Há outras decisões judiciais que denotam, em certa medida, uma interpretação equivocada do Judiciário (ou por parte da defesa ou do Ministério Público) sobre o tipo penal do racismo, cujas figuras estão dispostas na Lei nº 7.716/1989, e o crime de injúria racial, tipificada no artigo 140, § 3º, do Código Penal. Segue abaixo quadro comparativo elaborado para ilustrar as principais diferenças entre os delitos:

Quadro 01: Diferenças entre injúria racial e racismo

Tipo penal	Injúria racial	Racismo
Legislação	Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 07/12/1940.	Lei nº 7.716, de 05/01/1989 (conhecida também como “Lei Caó”, em homenagem ao advogado, jornalista e político Carlos Alberto Oliveira dos Santos, figura importante na luta do movimento negro).
Dispositivo legal	Art. 140, § 3º, do CP: “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.	Artigos 3º a 20 da Lei nº 7.716/1989. A figura típica mais próxima da injúria racial é o delito descrito no artigo 20 da Lei 7.716/89: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.
Pessoa ofendida	Ofensa direcionada a uma pessoa específica. Ofensa em um momento único.	Ofensa direcionada a uma coletividade em razão da raça (e pode também ser em razão da cor, etnia, religião ou procedência nacional). Não há especificação de uma só pessoa na ofensa.
Ação penal	Ação penal pública condicionada à representação do ofendido.	Ação penal pública incondicionada. Iniciativa exclusiva do Ministério Público.

Segundo esclarece Fernando Capez (2005, p. 264), o § 3º do artigo 140 foi incluído no Código Penal (CP) por meio do artigo 2º da Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997. Antes dessa previsão, no entanto, os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, apesar de já existir a Lei nº 7.716/1989, eram desclassificados para o crime de injúria, tipificado no artigo 140, *caput*, que é comparativamente de gravidade menor e com pena de detenção, de um a seis meses, ou multa, além da diferença de ser exclusivamente de ação penal privada.

E como bem elucida Cléber Masson, os crimes definidos na “Lei Caó” se evidenciam por ofensas preconceituosas generalizadas ou pela segregação racial, como, por exemplo, impedir a matrícula de uma criança em uma escola em razão de sua raça. Escreve o autor:

Os crimes de racismo são definidos pela Lei 7.716/1989 (crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), e se evidenciam por manifestações preconceituosas generalizadas (a todas as pessoas de uma raça qualquer) ou pela segregação racial (exemplo: vedar a matrícula de uma criança de uma raça qualquer em uma escola). Exemplificativamente, chamar alguém de “gringo safado” tipifica injúria qualificada, enquanto afirmar que “todos os gringos são safados” constitui crime de racismo. (MASSON, 2013, p. 201).

Entende-se, assim, que o tipo penal do racismo, cujas figuras típicas estão dispostas na Lei nº 7.716/89, tem como ofensa uma coletividade de pessoas, enquanto que a injúria racial prevista no § 3º do art. 140 do CP é tipificada para os casos em que a ofensa se dirige a uma pessoa determinada ou pessoas determinadas.

De fato, a injúria racial é uma das formas do racismo, mas não pode ser confundida com o crime de racismo (gênero). Por isso que é importante diferenciar o delito tipificado no artigo 140, § 3º do CP, com a figura típica definida no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, a qual se assemelha bastante com o crime de injúria racial:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa.(Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.(Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.(Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

(...)

Portanto, não raras são as decisões em que há confusões terminológicas ou análises superficiais para definir realmente se o caso concreto foi uma injúria racial ou, ao contrário, e de forma mais grave, um delito de racismo previsto em uma das figuras definidas nos artigos 3º a 20 da Lei nº 7.716/89, principalmente o delito do artigo 20 (praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, inclusive quando realizada mediante uso dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, cuja penalidade é mais gravosa – reclusão de dois a cinco anos, e multa).

Realizar uma análise do caso concreto partindo-se do pressuposto da existência do racismo estrutural em nossa sociedade brasileira e da importância da interpretação jurídica como forma de combate ao racismo é o primeiro passo para o intérprete do direito (no nosso caso, o magistrado) saber tipificar penalmente a conduta levada à discussão no processo criminal. Não só para trazer orientações condizentes em prol da luta contra o racismo estrutural, mas também para dar uma resposta judicial que seja coerente com as previsões dos tipos penais e suas gravidades.

De todo modo, não concordamos com o legislador quando não concede a devida relevância quanto à injúria racial (art. 140, § 3º, CP), posto que a gravidade da conduta de alguém em ofender outrem ao insultá-lo com palavras racistas, muito embora possa ser qualificada tal conduta como uma ofensa direta a uma só pessoa, demonstra, reflexamente, que o indivíduo causador do dano não ofende com sua conduta apenas aquela pessoa. Com o insulto, o ofensor agride todas as pessoas que são da mesma raça que a vítima. Vamos ilustrar com um exemplo de uma situação concreta que aconteceu recentemente.

Em novembro de 2019, no Estádio “Mineirão”, em Belo Horizonte, Minas Gerais, dois irmãos ofenderam um dos seguranças do local durante uma partida de futebol. As imagens das câmeras de televisão e vídeos feitos por telefones celulares de pessoas que estavam no estádio flagraram as ofensas. Houve ação penal proposta pelo Ministério Público. Porém, a decisão judicial extinguiu o processo, de maneira equivocada, ao sustentar que deveria a vítima ter ingressado com queixa-crime, e não denúncia pelo Ministério Público. O MP recorreu da decisão.

No caso, um dos irmãos ofendeu o segurança ao xingá-lo de “macaco”. O outro irmão teria dito à vítima: “Olha a sua cor!”. Dessa forma, no entendimento do MP, houve crime de injúria racial (na primeira situação), que se trata de ação penal pública condicionada à representação da vítima, e não mais uma ação penal privada (como parecia ser o entendimento da juíza); e, na segunda situação (irmão que disse ao segurança: “Olha a sua cor!”), houve crime de racismo, com preconceito manifestado contra todas as pessoas negras (MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, 2021).

Essas duas situações ilustram, no plano didático, a diferença entre as duas figuras penais. No entanto, não há mais como concordar que quando a pessoa tem a intenção de ofender alguém ao proferir palavras como “macaco”, ou jogar cascas de banana no gramado de futebol, ou imitar sons de macacos, isso não quer ofender apenas aquela pessoa que o ofensor pretende atacar, humilhar, hostilizar, massacrar. Ofensas assim, embora possam ser individualizadas (na situação acima, foi uma ofensa contra o segurança do estabelecimento esportivo), atacam indiretamente todas as pessoas da raça negra. Essas ofensas e outras tantas palavras hostis, mesmo em forma de piadas ou com algum tom de humor (se é que podemos falar em “humor” em falas ou piadas que humilham pessoas e grupos minoritários), extrapolam o universo só da vítima e ataca reflexamente todas as pessoas que já sentiram na pele qualquer forma de discriminação racial.

Por isso, o legislador brasileiro deveria alterar, primeiro, a Constituição Federal para tornar imprescritível e inafiançável também o crime de injúria racial, assim como ocorre com o racismo (vide: artigo 5º, inciso XLII, CF/1988). Segundo, seguindo exemplo da Lei nº 7.716/89, deve haver alteração no Código Penal para incluir a majoração do crime de injúria racial para a pena de 02 (dois) a 05 (cinco) anos se o delito for cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação da qualquer natureza. Com essas alterações legislativas, mesmo existindo no plano jurídico-penal a diferença entre os delitos, estaremos equiparando, no mesmo grau de gravidade das condutas, o crime de racismo definido no art. 20 da Lei nº 7.716/89 com o crime de injúria racial do art. 140, § 3º, do CP.

Obviamente, a punição das condutas – e não só o aumento isolado das penas ou a alteração legislativa para agravar as penas – concomitantemente com a mudança de cultura da sociedade brasileira é o que poderá nos levar a pensar melhor, ou, em outras palavras, o que

nos fará a pensar como um jurista negro, como ensina Adilson Moreira, demonstrando nossa preocupação com o repúdio ao racismo e com a máxima igualdade de tratamento entre todas as pessoas, inclusive quando da interpretação jurídica por parte de nossos Tribunais.

Moreira também cita outras decisões que nos despertam a atenção em torno do tema do racismo estrutural e da interpretação jurídica. Três decisões de Tribunais de segunda instância são bons exemplos para ilustrar como é (ou, ao menos, como foi nessas ocasiões) realizada a interpretação jurídica pelos Tribunais quando o assunto é a legalidade de ações afirmativas (sistema de cotas raciais para ingresso em concursos públicos ou ensino superior).

Moreira (2019, p. 191-192) citou em uma das passagens de sua obra as decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJ/ES). Na decisão do TRF-1, proferida em 02/03/2010, verificou-se que o entendimento dos desembargadores foi o de que o sistema de cotas viola o princípio da igualdade por restringir a oferta de vagas à ampla concorrência. Na decisão do TRF-2, cujo julgamento ocorreu em 04/08/2011, um dos votos dos desembargadores foi no seguinte sentido:

Na verdade, se considerarmos o princípio constitucional da isonomia, que emanda a aplicação da máxima “tratar os desiguais na medida de suas desigualdades”, qualquer norma legal que determine cotas para ingresso em universidades públicas do país como critério de seleção a cor da pele é, no mínimo, absurda e atentatória aos preceitos fundamentais da Constituição (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO *apud* MOREIRA, 2019, p. 192).

Uma importante consideração aqui é no que tange à linguagem e à retórica utilizada, muitas vezes, pelos magistrados para defender, de forma indireta ou não, o seu ponto de vista, fruto de suas próprias convicções e valores morais, em detrimento do direito. Na parte do julgamento citada acima por Adilson Moreira, é possível perceber que uma das “fundamentações” utilizadas na decisão é de que a cor da pele, utilizada como critério de seleção para ingresso em universidades públicas, seria no mínimo um atentado “aos preceitos fundamentais da Constituição”. Veja-se que invocar nomes ou frases em que se eleva a força da Constituição, ao parecer que aquilo que o autor ou o réu requerem é contrário ao texto constitucional, pode transparecer que realmente o ponto de vista do magistrado é o correto. Mas em grande parte das situações esse julgamento advém de uma discricionariedade judicial não legítima e não permitida aos julgadores utilizarem nas decisões judiciais. A retórica e outros artifícios podem disfarçar um ativismo judicial (que é uma das facetas da discricionariedade) em que o que vale mais é a opinião pessoal do magistrado, e não o direito. A discricionariedade judicial não pode ser utilizada em decisões judiciais para amparar o livre convencimento do juiz, desembargador ou ministro, sob pena de haver um atentado ao próprio direito.

Na terceira decisão citada por Adilson Moreira, o TJ/ES proferiu decisão que declarou a inconstitucionalidade de ação afirmativa em concurso público. Segundo afirma o autor, a decisão declarou a inconstitucionalidade “de ações afirmativas em concursos públicos sob o argumento de que essas medidas precisam adotar critérios adequados, o que não é o caso da raça das pessoas” (MOREIRA, 2019, p. 192).

Com base na leitura completa do julgado citado por Moreira (disponível no sítio eletrônico do TJ/ES), não nos parece que tenham os desembargadores, ao proferirem o julgamento, utilizado de expressões como “adotar critérios adequados”, como mencionou Moreira. Obvia-

mente, a interpretação jurídica que sustenta que há inconstitucionalidade de ações afirmativas quando adotam o critério da raça das pessoas como um dos critérios para acesso a cargos públicos ou universidades públicas não é coerente e não pode prosperar no atual sistema jurídico brasileiro. No entanto, ao que nos parece, e é importante fazer essa ponderação, o TJ/ES, ao julgar o caso concreto, sustentou que o estabelecimento do patamar de 50% (cinquenta por cento) “não se respalda em justificativa objetiva e razoável para estabelecer um *discrímen* dessa monta” (voto do desembargador relator). Ou seja, parece-nos que o Tribunal capixaba estava se atentando muito mais ao percentual (50%), inclusive respaldado por Lei Municipal, do que propriamente o estabelecimento do sistema de cotas para o concurso público pretendido pelo Município. Por outro lado, não concordamos – e precisamos repudiar – a fundamentação assinalada em um trecho do acórdão, a qual destacamos abaixo, pois o critério racial, no atual avanço da civilização, deve ser sim um critério para ingresso em cargos públicos e universidades públicas, buscando efetivar a igualdade de oportunidades entre negros – historicamente excluídos em nossa sociedade brasileira, como vimos no segundo capítulo deste estudo:

[...] Partindo-se dessa premissa, acredito ser o critério racial irrelevante para o desempenho da pretendida atividade pública, pois o que se busca é fazer valer o princípio da eficiência a ser observado pela administração pública, a fim de selecionar servidores dotados da mais alta aptidão intelectual, bem como visando a melhor utilização possível dos recursos públicos (“menos desperdício e mais rentabilidade social”).

(Voto do Desembargador Relator. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, Agravo de Instrumento nº 047089000146, órgão julgador: Quarta Câmara Cível, data de julgamento: 17/02/2009, data da publicação: 08/04/2009).

Ao fim desse capítulo, podemos perceber o quanto o tema do racismo estrutural é presente no Judiciário brasileiro. Esse tipo de racismo está disfarçado, escondido em nós. É preciso falar, debater, mostrar e problematizar as situações em que foram e são possíveis de verificar, no âmbito judicial, onde está presente o racismo, seja nas decisões ou nas interpretações de fatos levados à apreciação do magistrado. Devemos buscar não só o repúdio ao racismo. Devemos também buscar seu combate, e apresentar essas nossas falhas interpretativas enquanto profissionais do direito demonstra, pelo menos, um compromisso com o princípio constitucional da igualdade e com a história de grande luta das pessoas negras contra todas as formas de exploração e inferiorização que sofreram (e ainda sofrem em nossa sociedade, é relevante registrar).

4. COMO RESOLVER O PROBLEMA DO RACISMO ESTRUTURAL NA PRÁTICA JURISDICIONAL BRASILEIRA?

Resolver o problema do racismo na sociedade brasileira é uma das atividades mais difíceis existentes. Como problematizamos acima, o racismo estrutural é um tipo de racismo que está disfarçado, escondido, que não se pode detectá-lo sem antes um olhar mais atento, com olhos para a importância do respeito e da igualdade entre todos e todas. Ele não possui um

indivíduo específico, que pode ser intitulado como o racista. Ele está impregnado em várias situações do cotidiano, como piadas, falas, atos, brinquedos, mensagens em redes sociais, figurinhas para utilizar em textos de aplicativos de mensagens (*whatsapp*), discursos de representantes políticos, fundamentações em decisões judiciais etc.

Contudo, acreditamos que há certos caminhos que possamos perseguir para construir uma educação antirracista, inclusive a refletir sobre os membros da Magistratura e demais profissionais do direito.

Eliane Cavalleiro entende que é necessário falar em educação antirracista e praticá-la desde o início da formação do sujeito, haja vista que ela é “um recurso para melhorar a qualidade do ensino e preparar todos os alunos e alunas para a prática da cidadania” (CAVALLEIRO, 2001, p. 149). Cavalleiro (2001, p. 150) cita Enid Lee, autor que sustenta que a educação antirracista busca municiar tanto os(as) alunos(as) quanto os pais e professores com instrumentos necessários ao combate ao racismo e às demais formas de discriminação racial, almejando, ao mesmo tempo, a construção de uma sociedade que inclua todos os indivíduos com equidade.

Assim, concordamos que tratar sobre as questões raciais desde o início da formação da pessoa é um passo primordial para a transformação social e a inclusão de todos(as), sobretudo os membros de grupos minoritários. Urge buscarmos uma educação que seja “calcada na informação e no questionamento crítico a respeito das desigualdades sociais, bem como dos problemas relacionados ao preconceito e à discriminação” (CAVALLEIRO, 2001, p. 151). Não uma educação no estilo “bancária” (“educação bancária”), da qual critica Paulo Freire, isto é, uma educação em que tenha apenas como intuito o ato de transferir, depositar, transmitir conhecimentos, com base em um ensino manualesco e conteudista (vide: FREIRE, 1987, p. 59). Mas sim uma educação transformadora e emancipadora, que consiga trazer aos alunos (principalmente dos grupos minoritários) o respeito, o afeto e a discussão sobre as desigualdades na sociedade brasileira. De acordo com Eliane Cavalleiro, as características de uma educação antirracista são:

1. Reconhece a existência do problema racial na sociedade brasileira.
2. Busca permanentemente uma reflexão sobre o racismo e seus derivados no cotidiano escolar.
3. Repudia qualquer atitude preconceituosa e discriminatória na sociedade e no espaço escolar e cuida para que as relações interpessoais entre adultos e crianças, negros e brancos sejam respeitadas.
4. Não despreza a diversidade presente no ambiente escolar: utiliza-a para promover a igualdade, encorajando a participação de todos/as alunos/as.
5. Ensina às crianças e aos adolescentes uma história crítica sobre os diferentes grupos que constituem a história brasileira.
6. Busca materiais que contribuam para a eliminação do “eurocentrismo” dos currículos escolares e contemplem a diversidade racial, bem como o estudo de “assuntos negros”.
7. Pensa meios e formas de educar para o reconhecimento positivo da diversidade racial.
8. Elabora ações que possibilitem o fortalecimento do autoconceito de alunos e alunas pertencentes a grupos discriminados. (CAVALLEIRO, 2001, p. 158).

É necessário, ainda, que esse enfoque (a educação antirracista) seja uma temática para o aperfeiçoamento dos(as) atuais e dos(as) novos(as) magistrados(as).

Em uma pesquisa judiciária de 2018, cujo levantamento foi realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e sob a organização de Maria Tereza Sadek, que na época era diretora do Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, foi identificado que majoritariamente a magistratura brasileira é formada por homens, brancos, casados, católicos e com filhos. Essa pesquisa contou com a participação de 11.348 magistrados(as), o que representava 62,5% do total da magistratura do Brasil naquele ano (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018). Verifica-se, portanto, que não há representação negra na Magistratura, como em muitos outros locais de destaque no Brasil.

Por isso, acreditamos que deve ser dado enfoque em questões raciais quando da formação inicial dos(as) magistrados(as) brasileiros(as) (cursos preparatórios para a carreira da Magistratura), bem como do aperfeiçoamento constante dos(as) mesmos(as). Não é necessária lei federal nesse sentido. Basta uma iniciativa a ser promovida pelos próprios Tribunais, que tenha auxílio direto de grupos representantes do Movimento Negro, sem o qual o conteúdo das disciplinas não teria o mesmo cuidado e detalhamento sobre a importância da história dos negros e das questões raciais.

Outra interessante iniciativa que pode ser realizada é passar a incluir temas sobre questões raciais nos concursos públicos de provas e títulos para ingresso na carreira da Magistratura.

Quanto à interpretação jurídica empreendida pelos magistrados, Adilson José Moreira faz reflexões sobre o princípio da igualdade e a interpretação que juristas que pensam como negro precisam realizar. Moreira entende que é preciso conceder a devida importância aos sentidos culturais na formação da subjetividade do intérprete do Direito (MOREIRA, 2019, p. 16). Para ele, a interpretação da igualdade “não pode ser vista como um processo neutro e objetivo” (MOREIRA, 2019, p. 17).

Nessa linha, entendemos que, apesar de ser essencial a interpretação jurídica desenvolvida pelos órgãos julgadores em prol do combate ao racismo, não se pode concluir que podemos interpretar, em um processo judicial, qualquer alegação dos fatos como bem entendermos, ou dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Ronald Dworkin ensina que o juiz de direito não pode fazer uso da discricionariedade judicial (no sentido forte do termo), ou seja, quando o juiz sustenta opiniões próprias e convicções particulares sobre os casos jurídicos postos à apreciação em detrimento da legislação vigente e da jurisprudência dos tribunais.

Para Dworkin, o uso do poder discricionário em sentido forte, o qual é proibida sua utilização pelos magistrados, é aquele tipo em que, em determinados assuntos, um funcionário público “não está limitado pelos padrões da autoridade em questão” (DWORKIN, 2002, p. 52). Pode-se até criticar essa possibilidade de que alguém possua um poder discricionário em sentido forte, porém essa mesma pessoa não pode ser considerada desobediente (ABBOUD, 2020, p. 345). Assim, a discricionariedade, no uso de seu sentido forte, implica incontabilidade da decisão, de acordo com um padrão previamente estabelecido (ABBOUD, 2020, p. 345). O uso do poder discricionário em sentido forte, no caso do direito, significa a ausência de limites conferido pelo próprio ordenamento jurídico aos juízes nas situações de decidir casos concretos quando não há regras jurídicas específicas a regular tais casos.

Na atuação dos magistrados em prol do combate ao racismo estrutural, é preciso ter cuidado para que as interpretações jurídicas não possam, elas mesmas, serem atitudes racistas, fruto de um racismo estrutural. O direito não pode ser o que os juízes e os tribunais dizem que é. Nesse ponto, urge impor limites à interpretação jurídica, e que tais limites devem se revelar na vedação da discricionariedade judicial, a qual atenta contra o Estado Democrático de Direito e pode configurar também atitudes de cunho racista.

5. CONCLUSÃO

É preciso levar a sério o modo como os juízes produzem suas decisões judiciais, ainda mais as decisões que pretendem encerrar um processo judicial. É preciso compreender que aquilo que o magistrado analisa e julga é extremamente importante. Não só para as partes processuais (autor e réu) – onde possa ter alguma vítima ofendida pela prática do crime de racismo. É importante para toda a sociedade, que reflexamente sente os impactos das sentenças e dos acórdãos. Não há como imaginar diferente disso, sobretudo quando tratamos de questões raciais.

Um exemplo muito importante desse olhar antirracista e em prol dos direitos e das garantias fundamentais é o caso da juíza da Vara Criminal de Curitiba, na sentença em que afirmou, enquanto fundamentava a conduta social do acusado na fase da dosimetria da pena, que seguramente o réu pertencia à organização criminosa narrada nos autos levando em conta sua raça. A justificativa da magistrada para o conteúdo externado na decisão penal condenatória foi devido à má interpretação do texto e extensão da sentença, a qual foi produzida em mais de cem páginas.

Por isso, as decisões judiciais necessitam de investigação sobre sua participação, quer dizer, sobre a participação dos magistrados ao julgarem casos jurídicos concretos, no movimento mundial de luta contra toda e qualquer atitude ou fala racista, mesmo disfarçada. Não só de não praticar, isto é, não adotar interpretação jurídica com possível conteúdo racista ao longo da fundamentação da decisão, mas também – e principalmente, quando refletimos sobre o papel do Judiciário – de repudiar e coerentemente decidir por condenar condutas racistas.

É preciso existir limites à atividade do magistrado na interpretação jurídica. Muitas vezes, em especial no Brasil, as decisões realizam uma interpretação que se diz “jurídica” empreendida com base em preferências pessoais, convicções pessoais, visões particulares, ou mesmo valores ou ponto de vista moral que é somente daquele juiz, desembargador ou ministro que analisou o caso concreto. Com o uso do poder discricionário em sentido forte, o qual veementemente discordamos de sua utilização, podem originar decisões que abalam tanto o Estado Democrático de Direito quanto a segurança jurídica. Além disso, quando o magistrado escolhe sua própria consciência e moralismo em detrimento da legislação vigente e jurisprudência, estará ele submisso, como acreditamos ser, de sentimentos ou atitudes que estão arraigados no meio social brasileiro, e o que parece que não são atitudes racistas, na verdade, podem disfarçar o racismo, ocasionando um tipo de racismo velado, que é o racismo estrutural.

A nosso ver, as decisões pesquisadas e analisadas neste estudo não permitem concluir que todo o Poder Judiciário empreende interpretação jurídica de cunho racista no processo de construção da decisão judicial. São decisões pontuais, embora elas, mesmo em número pequeno em comparação com a quantidade de sentenças prolatadas rotineiramente, *já são capazes de causar um mal tão grande quanto o próprio delito do racismo em si*. Ademais, chegamos na análise dessas decisões apenas porque determinados advogados(as) tiveram a coragem de denunciá-las e publicá-las na internet. E quantas existem que ainda não foram denunciadas, nos mais de 80 milhões de processos judiciais existentes em nosso país?

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 (Coleção Ciências Criminais, v. 1).
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – parte especial. Vol. 2. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CAVALLEIRO, Eliane. Educação anti-racista: compromisso indispensável para um mundo melhor. In: CAVALLEIRO, Eliane (org.) **Racismo e anti-racismo na educação: repensando nossa escola**. São Paulo: Selo Negro, 2001, p. 141-160.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Juiz brasileiro é homem, branco, casado, católico e pai. **Portal do CNJ**, 17 set. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/juiz-brasileiro-e-homem-branco-casado-catolico-e-pai/>. Acesso em: 13 out. 2021.
- CONSULTOR JURÍDICO. TJ-PR arquiva processo disciplinar contra juíza acusada de racismo. **Revista Consultor Jurídico (Conjur)**, 28 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-28/tj-pr-arquiva-processo-disciplinar-juiza-acusada-racismo>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- LAUDAN, Larry. **Progress and its problems: towards a theory of scientific growth**. Los Angeles (USA): University of California Press, 1977.
- MACHADO, Vitor Gonçalves; RIBEIRO NETO, Pedro Machado. Presos estrangeiros no Brasil e o problema da seletividade penal. In: **Derecho Y Cambio Social**, Lima (Peru), ano 11, n. 35, 2014. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista035/PRESOS_ESTRANGEIROS_NO_BRASIL_E_O_PROBLEMA_DA_SELETIVIDADE_PENAL.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.
- MAGGIONI, Iara. TJ do PR arquiva processo sobre racismo contra juíza que citou raça em decisão. **Portal CNN Brasil**, 29 set. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/tj-do-parana-arquiva-processo-sobre-racismo-contra-juiza-que-citou-raca-em-decisao/>. Acesso em: 14 nov. 2021.
- MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Introdução à Criminologia**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte especial**. Vol. 2. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. MPMG interpõe recurso contra decisão que extinguiu processo que acusava irmãos de injúria racial e racismo. **Portal do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 25 maio 2021. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/mpmg-interpoe-recurso-contra-decisao-que-extinguiu-processo-que-acusava-irmaos-de-injuria-racial-e-racismo.shtml>. Acesso em: 14 nov. 2021.

MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro**: ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MOTTA, Flavia; PAULA, Claudemir de. Questões raciais para crianças: resistência e denúncia do não dito. In: **Educação e Realidade**, Porto Alegre, vol. 44, n. 2, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-62362019000200405&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 out. 2020.

PONCIO, Ana Gabriela Rangel. **Direito fundamental à educação e à igualdade racial**: uma investigação bourdieusiana do papel da escola na construção da identidade racial no sistema de ensino público do Município de Vitória/ES. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Vitória, 2018.

SANTOS, André Filipe Pereira Reid dos; FITTIPALDI, Paula Ferraço. **Análises sociológicas das profissões jurídicas e da judicialização da política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: publicadireito.com.br/artigos/?cod=8e5e-15c4e6d09c83. Acesso em: 05 nov. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 19/11/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 19/11/2021
- Avaliação 1: 28/12/2021
- Avaliação 2: 02/04/2022
- Decisão editorial preliminar: 02/04/2022
- Retorno rodada de correções: 12/04/2022
- Decisão editorial/aprovado: 14/04/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

SISTEMA MULTIORTAS: VIAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

MULTIORT SYSTEM: WAYS OF ACCESS TO JUSTICE IN
ADDRESSING GENDER VIOLENCE AND DOMESTIC VIOLENCE

JAQUELINE BEATRIZ GRIEBLER¹

ROSANE TERESINHA CARVALHO PORTO²

JOICE GRACIELE NIELSSON³

RESUMO

O presente artigo tem por intuito central analisar a evolução histórica feminina, com seu papel social, e, posteriormente, o auxílio de alguns movimentos feministas, verificando, também, como o Sistema Multiortas de Justiça, por meio das formas alternativas de solução de conflitos, pode auxiliar na prevenção e tratamento da violência de gênero e doméstica. O problema de pesquisa, baseia-se nos seguintes questionamentos: O Sistema Multiortas de Justiça, por meio das formas alternativas de solução de conflitos, pode auxiliar no tratamento e prevenção da violência doméstica e violência de gênero? Quais seus limites e possibilidades? Utiliza-se como procedimentos metodológicos o método dedutivo e bibliográfico, com pesquisas em livros e na internet, que abarcam o tema em questão. Por fim, o artigo é dividido em três pontos, no qual o primeiro relata um histórico da violência contra a mulher, já o segundo, expõe de forma conceitual as formas alterna-

- 1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ e bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0326-3482>.
- 2 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC/RS. Mestre em Direito na área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade La Salle, sob a orientação do Dr. Daniel Achutti. Pós-Doutoranda pela Universidade Federal do Rio Grande Sul (UFRGS) sob orientação da Dra. Luciane Cardoso Barzotto. Especialização pela PUC/RS em Docência no Ensino Superior. Especialização pela PUC/RS em Nova Educação, Metodologias e foco no aluno. Professora Permanente na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Professora na graduação em direito e na Pós Lato Sensu na UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (CNPq). Integrante do grupo de pesquisa Direito e Fraternidade da UFRGS (Capes/CNPQ). Integrante da equipe de trabalho do projeto Rede de cooperação Academia e de pesquisa: eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de monitoração eletrônica e integração de banco de dados (EditalProcad/Capes n.16/2020). Pesquisadora Recém-Doutora ARD- FAPERGS: Fundo de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (Edital FAPERGS 10/2020). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1875-5079>.
- 3 Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS-FURB (2016), possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2010) e Mestrado em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2012). Atualmente é Professora-Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenadora da Pós-graduação Justiça Restaurativa e Mediação na mesma instituição. Atua principalmente nos seguintes temas: Gênero, Feminismo, Direitos Sexuais e Reprodutivos; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Teoria da Justiça, Direitos Humanos; Biopolítica. É integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Biopolítica (CNPq) e Pesquisadora Recém-Doutora FAPERGS Edital 04/2019. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3808-1064>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

GRIEBLER, Jaqueline Beatriz; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; NIELSSON, Joice Graciele. Sistema multiortas: vias de acesso à justiça no enfrentamento da violência de gênero e violência doméstica. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 342, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8511>.

tivas de solução de conflitos e o direito de acesso à justiça e, por último, faz uma análise de algumas formas de tratamento e prevenção da violência doméstica e de gênero, por meio de formas alternativas. Assim, conclui-se ao final, que estas podem ser utilizadas, porém possuem alguns limites, devendo ser analisadas a cada caso.

Palavras-chave: Violência Doméstica; Violência de Gênero; Formas Alternativas de Solução de Conflitos; Acesso à Justiça; Sistema Multiportas.

ABSTRACT

The main purpose of this article is to analyze women's historical evolution, with its social role and later, the help of some feminist movements, also verifying how the Multiport System of Justice, through alternative forms of conflict resolution, can help in the prevention and treatment of gender and domestic violence. The research problem is based on the following questions: Can the Multiport Justice System, through alternative forms of conflict resolution, assist in the treatment and prevention of domestic violence and gender-based violence? What are its limits and possibilities? Deductive and bibliographic methods are used as methodological procedures, with research in books and on the internet, which cover the topic in question. Finally, the article is divided into three points, in which the first reports a history of violence against women, while the second, exposes in a conceptual way the alternative forms of conflict resolution and the right of access to justice and, finally, an analysis is made of some forms of treatment and prevention of domestic and gender-based violence, using alternative forms. Thus, it is concluded at the end, that these can be used, but have some limits, and should be analyzed in each case.

Keywords: Domestic Violence; Gender Violence; Alternative Forms of Conflict Resolution; Access to justice; Multiport system.

1. INTRODUÇÃO

A violência de gênero e a violência doméstica perpassam gerações e vêm refletindo um aumento significativo com o passar dos anos. A sociedade em geral, até pouco tempo atrás, sempre considerou normal a mulher servir ao seu marido e ser a responsável pelos cuidados da casa, do lar, dos filhos, tentando ao máximo satisfazer os desejos e prazeres de seu "superior". Em todas as áreas da sociedade, seja na educação, seja no trabalho, seja no lazer, a mulher sempre foi educada para servir à um homem superior, seja ele seu pai, seu irmão ou depois do casamento, o seu marido. Sempre na história, o homem era autoridade perante a mulher. Por tal motivo, com as mulheres reivindicando seu lugar e seus direitos, a violência começou a surgir com muita intensidade, pois até então, entendia-se que esta não tinha voz e nem vez de exigir nada. Sendo assim, a violência contra a mulher pode ser considerada pandemia global, tendo em vista seu aumento e proporção no decorrer dos anos.

Desse modo, a presente pesquisa, tem por objetivo principal, analisar de forma breve, a evolução histórica feminina, com seu papel social e, posteriormente, o auxílio de alguns movimentos feministas, verificando, também, como o Sistema Multiportas de Justiça, por meio das formas alternativas de solução de conflitos, pode auxiliar na prevenção e tratamento destas formas de violência. O problema de pesquisa, baseia-se nos seguintes questionamentos: O Sistema Multiportas de Justiça, por meio das formas alternativas de solução de conflitos, pode auxiliar no tratamento e prevenção da violência doméstica e violência de gênero? Quais seus limites e possibilidades?

Para a correta construção do trabalho utiliza-se o método dedutivo como método de abordagem. Já, no que se refere aos métodos de procedimento utiliza-se o histórico e o aprofundamento do estudo realiza-se com base em pesquisa bibliográfica e documental, fundamentada em dados primários e secundários, como, por exemplo, livro, artigos científicos, revistas e períodos qualificados dentro da temática proposta.

Para responder à objeção, o texto encontra-se dividido em três seções. Na primeira parte, traz-se um estudo sobre a violência contra a mulher, em especial a violência doméstica e de gênero, e uma breve evolução histórica, principalmente no que diz respeito aos movimentos feministas. Por conseguinte, o artigo abarca conceitos e definições do direito básico de acesso à justiça e as formas alternativas de solução de conflitos e, por fim, no terceiro ponto, analisa aplicabilidades das formas alternativas na prevenção e tratamento de casos de violência doméstica e de gênero no Brasil.

2. A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO UM MAL DAS GERAÇÕES: UM BREVE HISTÓRICO DAS LUTAS FEMINISTAS.

A violência de gênero e a violência doméstica, são duas formas de violência que perpassam gerações, trazendo desse modo, inúmeras consequências e desafios, principalmente com o advento da modernidade e com todas as evoluções que ocorrem no mundo. Dentre os principais desafios, pode-se citar o da dificuldade em consolidar a cidadania da mulher, o qual apenas foi possível (ou pelo menos se acredita que já foi resolvido), por meio de um processo de transformação e inúmeras lutas pela igualdade de gênero mediante reflexões acerca do seu papel social ao longo dos tempos.

O direito à igualdade de gênero apenas foi positivado e garantido legalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, na qual foi necessário um dispositivo que mencionasse expressamente que homens e mulher são tidos como iguais, conforme visualizado a seguir:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, Sônia Prates Adonski Tavares (2012, p. 9), destaca muito bem que “a evolução histórica do papel da mulher na sociedade e no mundo do trabalho mostra a ausência de direitos que a mesma teve desde os primórdios da humanidade e devido a isso, vem buscando através de lutas e conquistas, sair da obscuridade e do anonimato”.

Como se bem sabe, na antiguidade, com a família patriarcal, a mulher era tida apenas, como submissa do homem e inferior a este. A elas, era concedido o espaço de dona do lar, cuidadora dos filhos, esposa e serva de seu superior (que neste caso sempre era o marido

ou o pai). Inclusive, estas eram consideradas até o século XVIII homens menores e o mundo acreditava na existência de apenas um sexo, sendo os órgãos genitais femininos iguais aos dos homens, mas para elas estes apenas não saíam para fora (ZANELLO, 2018).

Esses paradigmas e estereótipos criados com o passar dos tempos, com certeza nunca satisfizeram a mulher como um ser humano de direitos, apenas reafirmavam os deveres por ela possuídos. Sempre a mulher foi considerada apenas como dona de deveres, mas jamais de reivindicar algum direito. Atualmente, vêm-se gradativamente rompendo, ou seja, libertando-se dos grilhões de submissão para inovar e assumir outros papéis sociais, em especial ocupando o seu espaço no mercado de trabalho. Porém, tal libertação, deu-se na maioria apenas para poder se inserir em espaços antes ocupados apenas por homens, mas sem jamais deixar de ocupar os espaços que antes já eram ocupados por elas, ou seja, as mulheres passaram a ocupar o mercado de trabalho, a vida política e pública, mas com a condição de continuar ocupando também, a vida privada, o cuidado com o lar, com os filhos e principalmente em muitos casos com o marido, fazendo com que multipapéis fossem adotados pela maioria das mulheres atualmente.

Sobre o tema em questão, Rita Segato (IHU, 2020) afirma que,

Desigualdade de gênero e o controle sobre o corpo da mulher – a partir da minha perspectiva, pois há outras feministas que não concordam – acompanham a história da humanidade. Porém, contrariamente ao que pensamos, e ao que eu chamo de preconceito positivo com relação à modernidade, imaginamos que a humanidade caminha na direção contrária. Porém os dados não confirmam isso, ao contrário, estão aumentando. Então temos que entender quais são as circunstâncias contextuais e históricas. Uma das dificuldades, das falhas do pensamento feminista, está em acreditar que o problema da violência de gênero é um problema dos homens e mulheres. E em alguns casos, até de um homem e uma mulher. E eu creio que é um sintoma da história, das vicissitudes pela que a sociedade passa. E sobre isso ponho o tema da precarização da vida.

Desse modo, muitos movimentos feministas foram e são importantes para que as mulheres conseguissem adquirir direitos também e pudessem se inserir na vida pública. Muitas foram as lutas das mulheres, em busca de condições de igualdade, na qual muitas delas foram cruelmente violentadas e mortas, até que se chegasse ao avanço dos dias atuais. Lélia González assevera que

É inegável que o feminismo como teoria e prática vem desempenhando um papel fundamental em nossas lutas e conquistas, e à medida que, ao apresentar novas perguntas, não somente estimulou a formação de grupos e redes, mas também desenvolveu a busca de uma nova forma de ser mulher (GONZÁLEZ, 2011, p. 12).

Importante destacar que o feminismo surge no século XX vivenciando a primeira onda feminista. “Tal onda representaria o surgimento do movimento feminista, que nasceu como movimento liberal de luta das mulheres pela igualdade de direitos civis, políticos e educativos, até então reservados apenas aos homens” (NIELSSON, 2018, p. 133). No Brasil, a primeira onda de movimentos feministas, surgiu em 1910, a qual buscava e lutava pelo direito ao voto e teve como líder, Bertha Lutz, uma bióloga e cientista muito importante para o movimento.

Pelo mundo todo, vários foram os movimentos feministas, cada um, buscando direitos e reconhecimento das mulheres, alguns com enfoques diferentes dos outros, mas todos com

o intuito básico semelhante. Inicialmente, com o feminismo denominado Liberal buscava-se, principalmente, uma igualdade na seara eleitoral, política e democrática, com a participação e direito ao voto. Mais tarde, com o sucesso de tal busca, o movimento passa a enfraquecer, até a publicação da Obra “O segundo sexo” de Beauvoir, desenvolvendo uma nova fase do movimento feminista, uma vez que as mulheres, passam a evidenciar a necessidade não apenas de direitos, mas também de explicação em relação a subordinação que elas eram colocadas em relação aos homens, tidos como superiores (NIELSSON, 2018).

Nessa seara, Judith P. Butler menciona que

Como em outros dramas sociais rituais, a ação do gênero requer uma performance repetida. Essa repetição é a um só tempo reencenação e nova experiência de um conjunto de significados já estabelecidos socialmente; e também a forma mundana e ritualizada de sua legitimação (BUTLER, 2003, p. 28).

A partir de então, surge o movimento feminista radical e sua denúncia em relação à opressão sexual, uma vez que, como já destacado, as mulheres eram tidas nas sociedades patriarcais, como objetos de satisfação sexual de seus maridos, sendo o prazer e o desejo, reservado apenas aos homens.

Nesse sentido, Joice Graciele Nielsson (2018, p. 162), afirma que

Entre os méritos do feminismo radical está o fato de suas autoras e ativistas abrirem uma via para os estudos posteriores, iniciando o chamado feminismo da diferença. Apesar das críticas, os temas que formam seu núcleo de análise, como a teorização do patriarcado como sistema de dominação, a ênfase na política sexual que subordina e marginaliza as mulheres e tudo o que reúna características femininas, a violência contra as mulheres como expressão do poder masculino que se manifesta em práticas tão extensas como a prostituição ou a pornografia foram questões manifestadas de modo inédito até esse momento, e que constituíram um precedente da teoria feminista de nossos dias. (NIELSSON, 2018, p. 162).

A seguir então, muitos outros grupos feministas começam a surgir e ganhar força em suas reivindicações e lutas, como, por exemplo, o feminismo da cultura, o feminismo socialista, até chegar na pós-modernidade, com o feminismo da diferença, o feminismo negro, o feminismo decolonial, o feminismo indígena. Porém, ainda hoje, muitos são os movimentos que ocorrem, muitas são as reivindicações e lutas que são necessárias, uma vez que, toda mulher tem direito à igualdade, mas também à diferença, tendo em vista que, não são seres inferiores a outros, mas nenhuma mulher é igual.

Infelizmente, na prática, toda a evolução ocorrida e todos os direitos conquistados ainda não se encontram aplicáveis como na teoria, uma vez que a diferença entre gêneros, paira por toda a sociedade, em todas as áreas existentes (trabalho, saúde, educação, direitos, deveres...). Tais diferenças e a busca por liberdade, autonomia e reconhecimento, acaba por gerar um mal enorme e que vêm assolando o mundo inteiro e de modo bem intenso o Brasil, que é a violência de gênero e a violência doméstica. Muitos homens, ainda acreditam que as mulheres são inferiores e submissas, às tendo como suas propriedades e possuindo um pensamento antigo e patriarcal.

Acontece que as mulheres, ao negarem essa condição de sujeito inferior e apenas de deveres acabam por, muitas vezes, sofrer com a violência, tendo o agressor, como uma pes-

soa muito próxima e na maioria, não conseguem se libertar dessa situação. Os números de casos de violência contra a mulher, crescem a cada ano, a cada mês e a cada dia, conforme possível constatar por meio de um monitoramento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020b), denominado “Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres” e demonstrado em tabela abaixo:



TABELA DISPONÍVEL NO SITE: https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qv-w_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDRResumo

Também, calha frisar que, mesmo que muitos casos são resolvidos judicialmente, inúmeros ainda aguardam resolução e nestes, muitas mulheres estão a mercê de seus agressores e continuam correndo riscos, inclusive de vida, pois, conforme vislumbra-se no gráfico abaixo (CNJ, 2020b), disponibilizado pelo CNJ, muito trabalho já tem-se feito, mas muito ainda tem a seguir:

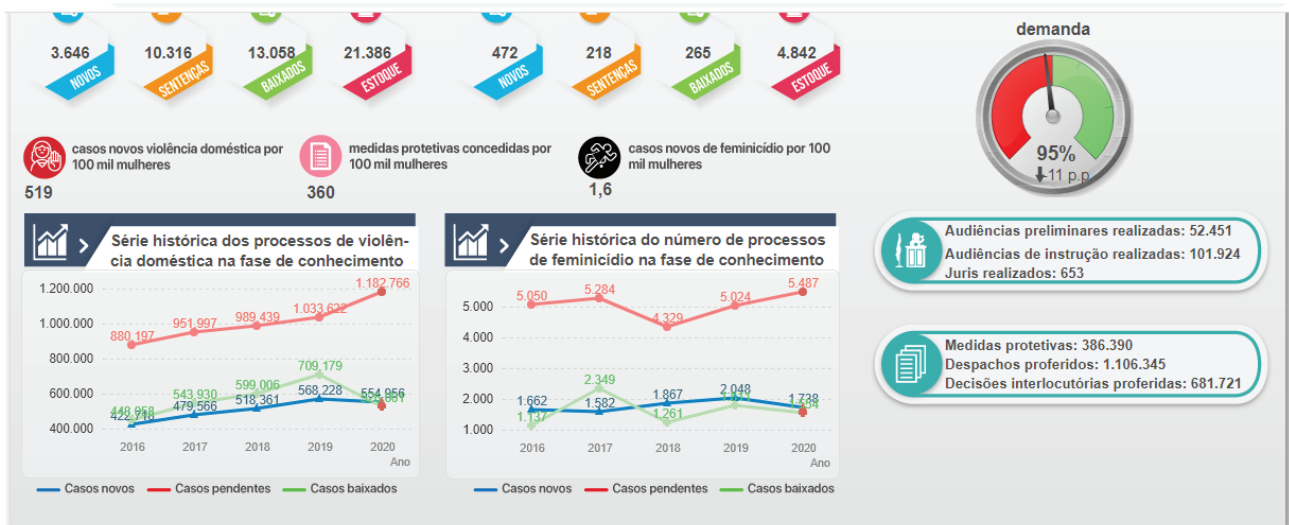


TABELA DISPONÍVEL NO SITE: https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qv-w_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDRResumo

Os dados apresentados são alarmantes e pode-se dizer que

A violência contra a mulher é uma batalha diária, e, com o isolamento social determinado por causa da pandemia do Coronavírus (COVID-19), as denúncias desse tipo de crime cresceram quase 40% em relação ao mesmo mês de 2019, segundo dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMDH). As vítimas passaram a ficar isoladas dentro de casa com seus agressores, distantes do ciclo social, o que gerou um risco ainda maior de abusos domésticos (OAB, 2020).

Nesse sentido que as lutas não podem parar e que cada vez mais formas devem ser encontradas para que se possa amenizar ou até erradicar esse problema da sociedade e da vida das pessoas, tratando os casos que já aconteceram e prevenindo os que ainda são possíveis prevenir. É nesse intuito que o próximo ponto do presente artigo passará a analisar as formas alternativas de solução de conflitos como uma possibilidade ou não de auxiliar no tratamento e prevenção de casos de violência doméstica e violência de gênero, garantindo um efetivo acesso à Justiça para todas as mulheres.

3. FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA GARANTIA DE UM ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça, é um direito básico de todo cidadão, estando inclusive consagrado na Carta Magna vigente, ou seja, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inserido no título “Dos direitos e garantias fundamentais” e dispondo que

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:

[...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (BRASIL, 1988) (grifo nosso)

Nesses termos, é possível afirmar que o direito de acessar à justiça é um direito básico de todo o cidadão, que poderá exercê-lo sem distinção e independentemente de classe social, gênero, raça, cor ou qualquer modo que o caracterize. Pode-se afirmar, também, que o acesso à justiça, não comporta e não pode ser tido com nenhuma forma de violência, preconceito ou escolha, devendo ser garantido a todos. Nesse mesmo sentido, Bruno Araujo França e Matheus Silveira (2020), afirmam que, o inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, trata-se

[...] do **princípio constitucional do acesso à justiça**, também chamado de **direito de ação** ou princípio da **inafastabilidade da jurisdição**. Este princípio possibilita que todos os brasileiros reivindiquem seus direitos e busca garantir uma atuação irrestrita do Estado para que as medidas necessárias sejam tomadas caso ocorra a violação ou ameaça de algum direito ou garantia. Esse direito é colocado em prática por meio da **movimentação do Poder Judiciário**, que é o órgão competente para prestar a **tutela jurisdicional**, ou seja, julgar e decidir conflitos de maneira imparcial com base na legislação. As decisões do Poder Judiciário devem ser concretizadas, acontecer no tempo certo e de maneira efetiva. (FRANÇA; SILVEIRA, 2020) (Grifo do autor)

Atualmente e por anos, a forma mais comum de externalizar o direito em comento é provocando e buscando o Poder Judiciário, fato este que acaba por muitas vezes causar uma crise e uma deficiência muito grande à este órgão público. Desse modo, não é novidade que nos dias atuais o Poder Judiciário encontra-se em crise, tanto quantitativa, como qualitativa, perdendo força e legitimidade perante à população, fato este que se deve principalmente pela conflituosidade demasiada existente, como também, pela busca incessante da população pelos seus direitos e que, com toda razão, quando violados, devem ser solucionados.

Tal crise pode ser visualizada muito bem, a partir da análise do painel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), chamado Justiça em Números, do ano de 2019, tendo como ano base de análise, o de 2018, relatando que naquele ano houve um número de 19.579.314 casos judiciais novos na Justiça Estadual, 3.460.875 na Justiça do Trabalho, 4.203.804 na Justiça Federal e 208.968 na Justiça Eleitoral (CNJ, 2019, p. 36a). Ainda, a partir da análise do mesmo relatório, percebe-se que a taxa de congestionamento dos processos, também é exorbitante, uma vez que, na Justiça Estadual encontra-se em 74%, já na Justiça do Trabalho perfaz 53%, na Justiça Federal 70% e, por fim, na Justiça Eleitoral 41% (CNJ, 2019, p. 36a)

Outrossim, no que tange ao acesso à Justiça em específico, o relatório Justiça em Números de 2019 (2019, p. 84a) afirma que,

Em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018. Neste indicador, são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo as execuções judiciais iniciadas.

Tais números são alarmantes, se analisados do ponto de vista do Poder Judiciário, uma vez que não existem servidores e muito menos tempo hábil suficiente, para que um processo seja célere, eficaz e que de fato resolva a demanda, na sua origem. Tais dados, ainda, fazem com que, cada vez mais se perceba a dimensão da crise enfrentada pelo Poder Judiciário e, por tal motivo, cada vez mais formas alternativas de solução de conflitos vêm ganhando seu espaço no mundo jurídico e confiança, pela população em geral, uma vez que são céleres, eficazes e atendem à demanda/conflito, na maioria das vezes, na sua origem.

Essas formas alternativas, de forma conjunta ao Poder Judiciário, trazem o chamado Sistema Multiportas de Justiça, que visa garantir cada vez mais o direito de acesso à Justiça para todos e de forma satisfatória. Márcia Terezinha Gomes Amaral aduz que,

Há três diferentes formas de se obter a solução de um conflito de interesses: autotutela (ou autodefesa), autocomposição e heterocomposição. A autotutela é a solução violenta do conflito, na qual os litigantes tentam impor sua pretensão através da força. A autocomposição é a solução pacífica do conflito de interesses por meio dos próprios interessados e muitas vezes

mediante a contribuição de um terceiro. Por fim, a heterocomposição ocorre quando a solução do litígio é atribuída exclusivamente a terceiros, estranhos ao objeto da controvérsia (AMARAL, 2009, p. 57).

Desse modo, é possível afirmar que a autotutela de forma geral é proibida no Brasil (permitida apenas, quando em legítima defesa), já a autocomposição pode ser traduzida por meio da Mediação, Conciliação, Negociação e também da Justiça Restaurativa e, por fim, a heterocomposição, caracteriza-se pelo próprio Poder Judiciário, na qual o Juiz irá decidir o desenlace do conflito. As formas de autocomposição, também denominadas para alguns de formas alternativas de solução de conflitos, em conjunto com a heterocomposição, é que formam o Sistema Multiportas de Justiça. Nesse sentido, para Luis Fernando Guerrero o sistema multiportas

É uma tendência, não necessariamente nova, de se buscar formas de solução de conflitos que possam coexistir ou até mesmo fazer as vezes do tradicional sistema judicial de solução de conflitos. Essas formas podem ser realizadas a partir de uma postura amigável ou adversarial das partes (GUERRERO, 2012, p. 13).

Analisando de forma mais específica as formas alternativas de solução de conflitos, ou seja, a mediação, a conciliação, a negociação e a justiça restaurativa, estas, tiveram um avanço, a partir de resoluções propostas pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo novo Código de Processo Civil, atualizado em 2015, e pela Lei de Mediação, também do ano de 2015. O Código Civil, trouxe inovações referentes às formas alternativas com aplicabilidade no decorrer do processo, como, por exemplo, com as audiências de conciliações e mediações. Já o Conselho Nacional de Justiça, dispôs em algumas resoluções, sobre as formas alternativas, de modo bem específico, como, por exemplo, a Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, que regulamentou pela primeira vez a mediação e conciliação no Brasil e instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Judiciário e a Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016, a qual estabeleceu a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, além de outras inúmeras resoluções que tratam sobre as formas alternativas, incentivando cada vez mais a sua utilização. Por fim, a Lei de Mediação traz como inovação a possibilidade da mediação entre particulares e a autocomposição no âmbito da administração pública.

Mister conceituar ainda, para uma melhor compreensão, as principais diferenças e características das formas alternativas de solução de conflitos. Inicialmente, a mediação, é uma forma autocompositiva de solução de conflitos, no qual, um terceiro, imparcial irá apenas conduzir o diálogo entre as partes envolvidas, buscando um melhor entendimento entre ambos e a promoção do diálogo e da paz, porém, sem jamais interferir dando sugestões ou relatando o que fazer com o problema em questão. O mediador, apenas irá conduzir e facilitar o diálogo. Já a conciliação é um método muito parecido com a mediação e, por muitos, ambos são confundidos inúmeras vezes, mas esta difere-se da primeira, tendo em vista que o conciliador, além de facilitar a comunicação entre os envolvidos, poderá dar sugestões e intervir no conflito, jamais obrigando as partes à algo, mas sim, orientado e aconselhando qual o caminho a ser tomado. “Além disso, a mediação é um método de prevenção e solução de conflitos, enquanto a conciliação é um modo de resolução de litígios” (AMARAL, 2009, p. 70).

Nesse sentido, a mediação pode ser definida como uma forma de tratamento de conflitos, “que tem como objetivo facilitar o diálogo dos envolvidos, mas sem regras precisas. É

vista ainda como uma forma de pacificação de conflitos e, muitas vezes, é confundido com a conciliação.” (OLIVEIRA, 2012, p. 152). A mediação não busca incessantemente o acordo, mas o reestabelecimento de laços e a promoção de um diálogo não violento, tendo o acordo, apenas como um dos resultados possíveis, ou ainda, conforme leciona Luis Alberto Warat:

A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa (WARAT, 2004, p. 60).

Outrossim, no que se refere à conciliação, esta difere-se da mediação, tendo em vista que o procedimento acaba por ser um pouco mais simples e rápido, pois visa basicamente a confecção de um acordo. Nas sessões de conciliação, normalmente não se entra no mérito da causa, mas sim direciona-se à possibilidade ou não de um acordo. O conciliador, “[...] pode assumir um lugar de poder, pois embora ele não tenha autoridade para impor uma decisão às partes, as técnicas de que se utiliza buscam conduzir as partes à realização do acordo” (GABBAY, 2011, p. 49).

Desse modo, Amaral bem destaca que é muito comum que exista confusão entre os dois institutos acima conceituados, uma vez que as semelhanças são grandes, uma vez que

ambos são métodos consensuais de resolução de conflitos, que se caracterizam pela ausência de um poder de decisão por parte dos mediadores ou conciliadores, bem como pela informalidade e pela possibilidade de atuação de pessoas leigas, propiciando uma maior rapidez e eficiência na resolução de conflitos. No entanto, são institutos diversos (AMARAL, 2009, p. 69).

Inicialmente, importante mencionar que as diferenças começam já pelo papel dos conciliadores e mediadores, uma vez que a função do conciliador, como anteriormente mencionado, é sugerir a solução do conflito e intervir sempre que for necessário para a condução do diálogo e inclusive, para forçar um acordo para evitar um processo judicial. Porém, o papel do mediador, acaba sendo mais amplo, tendo em vista que tem como intuito trabalhar o conflito, apenas orientando as partes envolvidas, para que estas mesmas, descubram a causa e tentem resolvê-las por sua autonomia. (AMARAL, 2009)

Uma segunda diferença relevante entre ambos os institutos é que a finalidade maior da conciliação é realizar um acordo, “enquanto na mediação o acordo é mera consequência, pois visa reconstruir o diálogo entre as partes, resolvendo o conflito de forma integral e não somente a lide processual” (AMARAL, 2009, p. 70). Por fim, uma última diferença importante a ser destacada entre ambos é que a conciliação é mais indicada para casos que não exista vínculo entre as partes envolvidas, já a mediação, normalmente é utilizada e indicada para casos em que existem vínculos afetivos entre ambos, principalmente pelo fato de se tentar solucioná-los e reestabelecer esses laços anteriormente destruídos pelo conflito (AMARAL, 2009).

Outrossim, no que tange à negociação, esta é realizada sem a interferência de um terceiro imparcial, sendo aplicada diretamente entre as partes envolvidas no conflito. Carlos Eduardo de Vasconcelos bem relata que a negociação

É o planejamento, a execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses. A negociação, em seu sentido técnico, deve estar baseada em princípios. Deve ser cooperativa, pois não tem por objetivo eliminar, excluir ou derrotar a outra parte (VASCONCELOS, 2017, p. 60).

Assim, pode-se dizer que a negociação busca um acordo, com ganhos mútuos, para ambos os envolvidos, porém, constata-se que nem todos os casos podem ser resolvidos por meio deste instituto, uma vez que nem sempre as pessoas estarão dispostas a conversar para juntas, sem interferência de outra pessoa imparcial, resolverem a questão e proporem um acordo bom para ambos.

Por fim, a Justiça Restaurativa, também é caracterizada como forma alternativa de solução de conflitos, sendo mais utilizada em casos criminais e está baseada na oportunidade que as vítimas possuem para obter uma reparação, sentindo-se mais seguras para, inclusive, superar o problema, permitindo também aos ofensores, que estes compreendam as consequências e também as causas de seu comportamento, assumindo a responsabilidade pelos atos cometidos, bem como, auxiliando a própria comunidade a compreender as causas de tal ato, promovendo um bem estar comunitário, um sentimento de paz e prevenindo a criminalidade.

Raffaella da Porciuncula Pallamolla (2009, p. 54), afirma que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas”. Sendo assim,

O conceito de justiça restaurativa contemplado pela Organização das Nações Unidas (ONU) é aquele enunciado na Resolução nº 2002/12, editada pelo seu Conselho Econômico e Social em sua 37ª Sessão Plenária, de 24 de Julho de 2002. Nele, a Justiça Restaurativa é entendida como uma aproximação, através de um processo cooperativo, que privilegia toda forma de ação, individual ou coletiva, em que as partes interessadas, na determinação da melhor solução, buscam corrigir as consequências vivenciadas por ocasião da infração, a resolução do conflito, a reparação do dano (*lato sensu*) e a reconciliação entre as partes. (ORSINI; LARA, 2015, p. 200)

Desse modo, afirma-se que a Justiça Restaurativa, é desenvolvida por meio de processos restaurativos e tais processos podem trazer os resultados restaurativos, que nada mais são do que o acordo produzido durante o processo restaurativo, por meio da aplicação da Justiça Restaurativa, resultado este que será aplicado pela vítima, pelo ofensor e também por toda a comunidade envolvida. Insta salientar que, conforme destaca Rosane Teresinha Carvalho Porto:

A insatisfação cada vez mais veemente com o sistema de justiça criminal e tradicional, tem levado alguns lugares do mundo, incluindo nesse cenário o Brasil, a aderir a Justiça Restaurativa enquanto outra abordagem complementar de pacificação social de conflitos (PORTO, 2016, p. 140).

Nesse sentido, após toda conceituação das formas alternativas de solução de conflitos e que aplicadas garantem um acesso à Justiça mais célere e eficaz, importante analisar como esses métodos, podem ser aplicados nos casos de violência de gênero e violência doméstica, para garantir às mulheres, vítimas, um auxílio e uma solução rápida do problema em questão.

4. FORMAS ALTERNATIVAS NO TRATAMENTO E PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência de gênero e violência doméstica, como já anteriormente destacado, são formas de violência que perpassam gerações e cada vez mais se tornam agravadas. Como já mencionado, os números são exorbitantes e assustadores, uma vez que, com o momento atual e a pandemia que o mundo todo sofre, os casos de violência doméstica vêm aumentando gradativamente no decorrer dos dias.

A Lei Maria da Penha (LMP), surge a partir de uma condenação que o Brasil sofreu na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e trata-se de um avanço enorme em relação à violência contra a mulher, seja ela de gênero ou doméstica, uma vez que, anteriormente à promulgação dessa Lei, a violência contra a mulher era tida como crime de menor potencial ofensivo e as penas aplicadas eram ínfimas relacionadas ao ato cometido, sem, em momento algum, ser capaz de reestabelecer laços, ou fazer o agressor repensar no que fez. Assim, pode-se dizer que a Lei Maria da Penha “tem por proposta a criação de mecanismos que coíbam a violência doméstica familiar, bem como almeja a igualdade material fundamentada em pressupostos que visam traduzir sua constitucionalidade” (LAVAGNOLI, 2020).

Outrossim, importante mencionar que, a LMP trouxe em seu artigo 14, a possibilidade de criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, o qual terá competência cível e criminal para Julgamento, conforme redação a seguir exposta:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2020).

Assim, pode-se afirmar que “essa lei combina a atuação de uma multiplicidade de atores em torno de ações de prevenção e repressão à violência, assim como de assistência à mulher em situação de violência” (PARIZOTTO, 2018, p. 289). Nesse sentido, entende-se que, no que tange à seara criminal, envolvendo os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, seria totalmente cabível a aplicação da Justiça Restaurativa, como meio de prevenção e tratamento da situação e também da vítima e ofensor. Já, no que diz respeito à competência cível desses juizados, entende-se que podem ser resolvidas questões como divórcio, separação, guarda, pensão alimentícia, entre outros, uma vez que nesses casos de violência, normalmente o agressor possui laços afetivos e inclusive uma família, com a vítima. Então, seria possível utilizar para esses casos cíveis a aplicação da conciliação e da mediação, principalmente, com o intuito de tornar mais célere e eficaz a questão a ser resolvida, podendo, inclusive, reestabelecer laços e o diálogo, uma vez que, podem ter outras pessoas envolvidas também, como, por exemplos, filhos, fato este que impede muitas vezes que os laços entre vítima e ofensor sejam definitivamente extintos.

Desse modo, tendo em vista que a mediação, por exemplo, busca reestabelecer laços e promover um diálogo não violento, com uma cultura de paz entre os envolvidos, seria muito promissora sua aplicação nestes casos, buscando uma resolução efetiva nas pendências

cíveis pós violência, e principalmente, auxiliar na solução do conflito e tratamento da violência, uma vez que, “é através das decisões firmadas na esfera cível que se sustenta o rompimento com um cotidiano doméstico de violência” (PARIZOTTO, 2018, p. 290). Ainda, sobre a mediação como forma de prevenção nas questões envolvendo violência contra a mulher, tem-se a aplicação da mediação familiar, a qual, pode solucionar questões, por meio do diálogo entre homem e mulher, os quais poderão dizer um ao outro, coisas que muitas vezes não possuem coragem em ambiente familiar, fazendo-os compreender questões e refletir atitudes, para melhorar laços e relações, sem que tal fato, avance para uma agressão ou violência doméstica.

A Justiça Restaurativa, por sua vez, com o advento da Lei Maria da Penha, como já destacado, surge também como uma ótima forma de auxiliar nos casos de violência contra a mulher, uma vez que

[...] tem seu foco na reconstrução e restauração dos sentimentos afetados pela violência, objetivando, além-diminuição da violência, reduzir o impacto negativo da conduta os envolvidos. Ademais a justiça restaurativa não retira do agressor a responsabilização de seus atos, mas busca soluções alternativas, no entanto concretas na tentativa de reparar os danos causados a vítima e si próprio. (LAVAGNOLI, 2020)

Muitos são os projetos e Delegacias de atendimento à mulher, vítima de violência, que se utilizam da aplicação da Justiça Restaurativa, como forma de auxiliar no tratamento e prevenção desta forma de violência. Como, por exemplo, é possível destacar a atuação do CEJUSC de Ponta Grossa, no Estado do Paraná, o qual trabalha diretamente com a Justiça Restaurativa em casos de violência doméstica e violência de gênero, aplicando-a em três fases, de modo pré-processual, por meio do projeto Circulando Relacionamentos, durante as audiências de Custódias, denominada Central de Reflexão, e, por fim, durante a execução da pena, no Projeto SERMAIS (CEJUSC, 2017).

Mister destacar também a iniciativa do Município de Pelotas, no Rio Grande do Sul, que no ano de 2019, criou a 1ª Semana Municipal de Combate ao Femicídio e à Violência Contra a Mulher e com tal evento três novos projetos foram lançados, com intuito de auxiliar ao combate da violência doméstica e violência de gênero. Dentre esses projetos, encontram-se

o lançamento do portal virtual “Fale Sobre Você”; a assinatura da Lei nº 6.695, que assegura 10% das vagas nas escolas infantis para filhos de mulheres vítimas de violência doméstica; e a divulgação do edital para projetos de atendimento aos homens agressores. (PELOTAS, 2020)

Assim, o portal Virtual “Fale Sobre Você”, será um espaço de escuta e fonte de apoio para as mulheres que ainda não tiveram coragem de buscar ajuda na rede, na qual por meio de um questionário, poderá relatar a situação que vêm sofrendo, sem a necessidade de se identificar, e terá auxílio de como proceder, a partir de seu relato. Já, a lei 6.695, que concede 10% das vagas nas escolas infantis para filhos de mulheres vítimas de violência doméstica, vem ao encontro de conceder emancipação e autonomia à essas mulheres, uma vez que essa “nova lei dá segurança às famílias ao oferecer um espaço de recuperação para a criança, em um ambiente saudável, e à mãe também a oportunidade de buscar um emprego e sua autonomia financeira” (PELOTAS, 2020). Por fim, os projetos de atendimento aos homens agressores, serão voltados para a aplicação de círculos restaurativos e reflexivos, buscando recuperá-los, para que não reincidem na violência contra mulher (PELOTAS, 2020).

Como já afirmado também, o Conselho Nacional de Justiça é outro meio pelo qual as formas alternativas de solução de conflitos, vêm se consolidando no país e também na sociedade, buscando resolver as questões de forma mais rápida e eficaz. Do mesmo modo, envolvendo o tratamento e prevenção da violência de gênero e da violência doméstica, o CNJ, têm atuado de forma ativa e primando pela aplicação de formas alternativas, para sua resolução, tratamento e também, na própria prevenção. Nesse intuito, este possui em sua página na internet, um Painel específico de Monitoramento de casos de violência doméstica, apresentando dados que dizem respeito a Portaria nº 15/2017, a qual institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres no Poder Judiciário. Nesse painel, são disponibilizadas informações sobre a localização das varas exclusivas e número de processos novos, pendentes, baixados e julgados, para acesso de todos os cidadãos e de forma bem especial, às mulheres que precisam de auxílio. (CNJ, 2020b) Ainda, este é atualizado diariamente, às 5 horas e estabelece

[...] os sistemas e os mecanismos de coleta de dados sobre estrutura e litigiosidade dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. As informações são encaminhadas pelos tribunais por dois sistemas: justiça em números e módulo de produtividade mensal. O objetivo deste painel é dar transparência a estas informações.

O Justiça em Números fornece os dados agregados relativos à violência doméstica abrangendo todas as varas do tribunal enquanto o Módulo de Produtividade Mensal fornece informações mais detalhadas, mas relativos apenas aos juizados exclusivos de violência doméstica. (CNJ, 2020c)

Esta é uma ferramenta que auxilia significativamente as mulheres vítimas de violência doméstica, para que possam saber onde procurar atendimento e como procurar, localizando de modo bem fácil e simples as varas que fazem atendimento exclusivo aos seus casos.

Ademais, outros dois fatores importantes aderidos e criados pelo CNJ, é a criação da Resolução nº 254, no ano de 2018, bem como a campanha do Sinal Vermelho, criada em 2020, tendo em vista o aumento de número de casos de violência contra a mulher, pela pandemia que o mundo está passando. Sobre a primeira ação mencionada, importante destacar que esta, abriu precedente, para que inúmeras outras ações práticas fossem tomadas em busca do tratamento adequado dos casos de violência doméstica e de gênero e para compreender melhor,

Em 2018, por meio da Resolução CNJ n. 254, o Conselho instituiu a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, definindo diretrizes e ações de prevenção e combate à violência contra as mulheres e garantindo a adequada solução de conflitos que envolvam mulheres em situação de violência física, psicológica, moral, patrimonial e institucional, nos termos da legislação nacional vigente e das normas internacionais de direitos humanos sobre a matéria (CNJ, 2020d).

Outrossim, sobre a campanha do Sinal Vermelho, esta trata-se “do primeiro resultado prático do grupo de trabalho criado pelo CNJ para elaborar estudos e ações emergenciais voltados a ajudar as vítimas de violência doméstica durante a fase do isolamento social.” (CNJ,2020e) Tal ideia surgiu, a partir da confirmação de aumento dos casos de violência, registrados durante a quarentena, uma vez que apenas em Março e Abril, apenas o feminicídio, cresceu 22,2% no Brasil. Assim, com tal campanha, as mulheres podem pedir ajuda nas

farmácias conveniadas, de todo o Brasil e o protocolo é bem simples, para garantir que todas possam ser beneficiadas.

O protocolo é, de fato, simples: com um “X” vermelho na palma da mão, que pode ser feito com caneta ou mesmo um batom, a vítima sinaliza que está em situação de violência. Com o nome e endereço da mulher em mãos, os atendentes das farmácias e drogarias que aderirem à campanha deverão ligar, imediatamente, para o 190 e reportar a situação. O projeto conta com a parceria de 10 mil farmácias e drogarias em todo o país. (CNJ, 2020e)

Também, com o mesmo intuito e no mesmo sentido que a campanha do Sinal Vermelho, o Comitê Gaúcho Impulsor Eles por Elas / He for She, ligado à ONU Mulheres, lançou em Junho de 2020, a campanha Máscara Roxa. Esta campanha, conta com o apoio de órgãos da segurança e do Poder Judiciário, para auxiliar as mulheres vítimas de violência, que estas possam denunciar em farmácias do Rio Grande do Sul, de forma discreta, casos de agressões. Neste projeto, a forma de aplicação também será muito simples e se dará da seguinte forma:

a mulher vítima de agressão procurará uma farmácia que tenha o selo “Farmácia amiga das mulheres” e pedirá uma máscara roxa, como se tivesse a intenção de se proteger do coronavírus. O atendente, já treinado, dirá que o produto está em falta, mas pedirá quatro informações para avisar sobre a chegada do equipamento de proteção: nome, endereço e dois telefones.

Imediatamente após a coleta dos dados, as informações serão repassadas para um número de WhatsApp disponibilizado pela Polícia Civil. Com o telefone, disponível 24 horas, é possível iniciar uma investigação em qualquer município do Estado. (GAÚCHAZH, 2020)

Além disso, muitos também são os debates e eventos realizados por órgãos públicos, sobre o tema da violência de gênero e a violência doméstica, auxiliando dessa forma que, as mulheres tenham um acesso maior às informações e criem coragem em denunciar, uma vez que as mais variadas formas de violência contra a mulher, já podem ser consideradas pandemia global, tendo em vista seu aumento e proporção. Nesse intuito, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, por exemplo, realizou entre os dias 02 e 03 de julho de 2020, o evento Defesa das Mulheres, Mulheres Negras Advogadas e Antirracismo, com palestras sobre violência doméstica e violência de Gênero. A presidente da Comissão da Mulher Advogada – CMA da OAB, Cláudia Sobreiro, afirma que

a grande maioria das mulheres expostas à violência doméstica não consegue denunciar. “Outro ponto é que as mulheres negras são muito mais atingidas pela violência doméstica e são também as maiores vítimas de feminicídio. Precisamos debater e conhecer melhor esta realidade, viabilizando soluções que diminuam drasticamente este cenário. Basta de violência contra a mulher e sejamos todas e todos antirracistas”, reforça. (OAB, 2020)

Outrossim, para a presidente da Comissão Especial da Igualdade Racial – CEIR, também da OAB, Karla Meura, falar sobre gênero, sem mencionar a raça, também é uma forma de reproduzir opressões sociais. Afirma ainda, sobre como ocorreu o evento organizado pela OAB, destacando também que

“Podemos constatar essa triste realidade nos índices do Mapa da Violência de 2015, em que se lê que, entre os anos de 2003 e 2013, os casos de homicídios de mulheres brancas no país caíram 9,8%. No mesmo período, os homicídios de mulheres negras tiveram um aumento de 54%. Deste modo, pretendemos construir um diálogo que propicie o entendimento de que estas

estatísticas não podem ser naturalizadas. Para tanto, além das reflexões teóricas do primeiro dia de evento, teremos, no segundo dia, uma oficina jurídica afim de compartilhar experiências sobre o atendimento a mulheres vítimas de violência doméstica”, explica. (OAB, 2020)

Desse modo, importante frisar que em todas as formas alternativas de solução de conflitos, integrados com órgãos públicos, o próprio Conselho Nacional de Justiça e o Poder Judiciário trazem inúmeros benefícios e desempenham um papel fundamental relacionados à violência contra a mulher, seja ela, do modo que for (doméstica ou de gênero). Não se pode afirmar que todos os casos podem ser beneficiados e aplicados às formas alternativas, uma vez que cada um deve ser analisado de modo separado, tendo em vista que a violência pode até ser a mesma, mas a forma como ela se dá e se apresenta tem suas peculiaridades e suas consequências. Sendo assim, as formas alternativas existem, são possíveis de serem aplicadas nesses casos, mas o cuidado que se deve ter continua sendo grande, pois a violência contra a mulher é um assunto que deve ser analisado com cautela e refletido cada vez mais. Nesse sentido que a utilização das formas alternativas e modos alternativos como meio de prevenção, são muito promissores.

Por fim, como forma de auxiliar no tratamento e prevenção da violência doméstica e violência de gênero, o Sistema Multiportas, aplica-se tanto de modo preventivo como reparador, uma vez que traz várias possibilidades de solução de conflitos. As possibilidades, já foram mencionadas no decorrer da pesquisa, ou seja, apresentam-se por meio da conciliação, negociação, mediação, justiça restaurativa e também o próprio Poder Judiciário. Porém, dentre os principais limites, está justamente a questão de que muitas mulheres, vítimas de violência, acabam por terem suas vidas ceifadas e não conseguem utilizar desses métodos e formas de solucionar os seus problemas, ou ainda, muitas possuem medo e não denunciam os seus agressores, limitando cada vez mais a solução e enfrentamento do seu conflito.

5. CONCLUSÃO

Com base em todos os fatos mencionados, é possível concluir que a violência doméstica e violência de gênero, é um problema social, enfrentado pelas mulheres, desde a antiguidade. As mais variadas formas de violência contra a mulher já podem ser consideradas pandemia global, tendo em vista seu aumento e proporção no decorrer dos anos.

Inicialmente, nas primeiras formas de sociedade, a mulher já era tida como ser inferior e submisso ao homem, cabendo-lhes apenas as funções do cuidado com o lar, com os filhos e a satisfação dos desejos e vontades de seu superior. Com o passar dos anos, muitas revoluções, lutas e movimentos feministas foram surgindo, cada um com suas peculiaridades, mas todos buscando por um bem comum, ou seja, o reconhecimento e os direitos das mulheres. Todos os movimentos feministas foram de suma importância, mas, infelizmente, ainda nos dias atuais, nem todas as mulheres conseguem ter esses direitos e a igualdade e a liberdade plena, tendo em vista que muitos homens ainda possuem ideais machistas e patriarcais, vendo-as como suas propriedades.

É por tal motivo que a violência contra a mulher ainda assola o mundo inteiro e os números são cada vez mais alarmantes. Desse modo, que a presente pesquisa é de suma importância, pois buscou verificar formas e alternativas que possam auxiliar no tratamento e prevenção da violência contra a mulher.

No que tange ao problema de pesquisa, este foi respondido e os objetivos foram alcançados, uma vez que foi possível verificar que o Sistema Multiportas de Justiça, por meio das formas alternativas de solução de conflitos, pode auxiliar no tratamento e prevenção da violência doméstica e violência de gênero, pois estas, de forma conjunta ao Poder Judiciário e demais órgãos públicos, são extremamente importantes para tal. Muitos são os projetos e campanhas que já estão sendo realizadas com esse intuito e com a aplicabilidade dessas formas alternativas, demonstrando suas possibilidades, as quais pode-se mencionar principalmente a mediação, conciliação, negociação e justiça restaurativa, porém os limites ainda existem e o caminho a percorrer, ainda é longo. Dentre os principais limites de aplicabilidade do sistema multiportas, nos casos de violência contra a mulher, cabe destacar que muitas mulheres, vítimas de violência, acabam por terem suas vidas ceifadas e não conseguem resolver em tempo, ou ainda, muitas tendo em vista o medo, não denunciam os seus agressores, limitando cada vez mais a solução e enfrentamento do seu conflito. Assim necessário se faz, que todos, de forma conjunta, auxiliem e denunciem os casos de violência, para que cada vez mais, mais mulheres sejam auxiliadas e os agressores possam ser punidos, mas também reflitam sobre seus atos, para que não reincidam.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O Direito de acesso à justiça e a mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 Jul. 2020.
- BRASIL. *Lei Nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006*. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 17 Jul. 2020.
- BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CEJUSC, Ponta Grossa. *Resposta ao mensageiro enviado no dia 06 de junho de 2017*. Ponta Grossa: 2017. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/12054912/12392126/Justi%C3%A7a+Restaurativa+-+VD+-+PONTA+GROSSA.pdf/a05fb56c-4e99-4dd6-c308-82a0272ed124>. Acesso em: 12 Jul. 2020.
- CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019a.
- CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *Painéis CNJ*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>. Acesso em: 22 Jul. 2020b
- CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Pesquisa. Painel de Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2017/08/5ff639e9fb83b262b5350aa865aa33de.pdf>. Acesso em: 22 Jul. 2020c.
- CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *Violência contra a mulher*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/violencia-contra-a-mulher/>. Acesso em: 27 Jul. 2020d.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. *Sinal Vermelho*: CNJ lança campanha de ajuda a vítimas de violência doméstica na pandemia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sinal-vermelho-cnj-lanca-campanha-de-ajuda-a-vitimas-de-violencia-domestica-na-pandemia/>. Acesso em: 25 Jul. 2020e.

FRANÇA, Bruno Araujo. SILVEIRA, Matheus. *INCISO XXXV – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA*. “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/principio-constitucional-do-acesso-a-justica/#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20constitucional%20do%20acesso,Poder%20Judici%C3%A1rio%20e%20C3%A0%20Justi%C3%A7a>. Acesso em: 09 Jul. 2020.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário*: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. São Paulo: USP, 2011, 273 p. Tese (Doutorado) – Direito Processual, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011.

GAÚCHAZH. *Máscara roxa: campanha permite que mulheres denunciem em farmácias casos de violência*. Vítimas podem procurar estabelecimentos e, de forma discreta, relatar agressões. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/06/mascara-roxa-campanha-permite-que-mulheres-denunciem-em-farmacias-casos-de-violencia-ckb9g1qf1006l015nqp42m7f8.html>. Acesso em: 25 Jul. 2020.

GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino*. Caderno de formação política do círculo Palmarino, [S. l.]: Batalha de ideias, n. 1., p. 12-21, 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/271077/mod_resource/content/1/Por%20um%20feminismo%20Afro-latino-americano.pdf. Acesso em: 27 mai. 2020.

GUERRERO, Luis Fernando. *Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios*. São Paulo: USP, 2012, 255 p. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual – DPC, São Paulo, 2012.

IHU, Revista IHU On-Line. “Uma falha do pensamento feminista é acreditar que a violência de gênero é um problema de homens e mulheres”, aponta Rita Segato. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596618-uma-falha-do-pensamento-feminista-e-acreditar-que-a-violencia-de-genero-e-um-problema-de-homens-e-mulheres-apon-ta-rita-segato>. Acesso em: 15 Jul. 2020.

LAVAGNOLI, Francielle Aparecida. *Justiça restaurativa*: instrumento de combate à violência praticada contra a mulher no ambiente doméstico. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/justica-restaurativa-instrumento-de-combate-a-violencia-praticada-contra-a-mulher-no-ambiente-domestico/>. Acesso em: 15 Jul. 2020.

NIELSSON, Joice Graciele. *Mulheres e Justiça*. Teorias da Justiça da Antiguidade ao Século XX Sob a Perspectiva Crítica de Gênero. Curitiba: Editora Appris, 2018.

OAB, Ordem dos Advogados do Brasil. “Violência Doméstica: Intersecção entre Gênero e Raça” é tema de videoconferência. Disponível em: <https://www.oabrs.org.br/mobile/noticias/ldquoviolencia-domestica-interseccao-entre-genero-e-racardquo-tema-videoconferencia/44702#.Xv0hX01SSes.whatsapp>. Acesso em: 15 Jul. 2020.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. A mediação enquanto política pública no tratamento de conflitos de guarda. In: *Mediação enquanto política pública* [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas / organizadores: Fabiana Marion Splenger, Theobaldo Spengler Neto - 1.ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2012.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. O Desafio da Efetivação dos Direitos Humanos no Século XXI: A Justiça Restaurativa como Via de Acesso à Justiça. In: *CONPEDI LAW REVIEW*. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid. Madrid: v. 1, n. 3, 2015, p. 191-218.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa*: da teoria à prática. - 1.ed. - São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: a reatualização do conservadorismo. In: *Serviço Social & Sociedade*. São Paulo, n. 132, p. 287-305, maio/ago. 2018.

PELOTAS, Prefeitura de. *Começa a Semana de Combate ao Femicídio e à Violência Contra a Mulher*. Disponível em: <http://www.pelotas.rs.gov.br/noticia/comeca-a-semana-de-combate-ao-femicidio-e-a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 15 Jul. 2020.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. *A implementação das práticas restaurativas na prevenção ao Femicídio enquanto política pública para os homens autores de violência de gênero no Brasil*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016 – Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado, Universidade de Santa Cruz

do Sul – UNISC.

TAVARES, Sônia Prates Adonski. *A evolução da mulher no contexto social e sua inserção no mundo do trabalho*. Ijuí: UNIJUÍ, 2012, Trabalho de Conclusão de Curso - Curso de História - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

WARAT, Luiz Alberto (Org.). *Surfando na pororoca: ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZANELLO, Valeska. *Saúde Mental, gênero e dispositivos: cultura e processos de subjetivação*. – 1 edição – Curitiba: Appris, 2018, 301 p.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 12/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/05/2021
- Avaliação 1: 27/01/2022
- Avaliação 2: 31/01/2022
- Decisão editorial preliminar: 13/03/2022
- Retorno rodada de correções: 12/04/2022
- Decisão editorial/aprovado: 14/04/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

TRANSFEMINICÍDIO E DIREITOS DA PERSONALIDADE: O CASO VICKY Y OUTRAS VS. HONDURAS JULGADO PELA CORTE INTERAMERICANA E OS IMPACTOS JURÍDICOS NO BRASIL

TRANSFEMINICIDE AND PERSONALITY RIGHTS: THE CASE VICKY AND OTHERS VS. HONDURAS JUDGED BY THE INTER-AMERICAN COURT AND THE LEGAL IMPACTS IN BRAZIL

DANIELA MENENGOTI GONÇALVES RIBEIRO¹

FLAVIA KRIKI DE ANDRADE²

RENAN CÍCERO TANAKA DE ARAÚJO CRUZ³

RESUMO

Considerando que a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou recentemente um caso de violência contra a mulher trans, este trabalho objetiva identificar os possíveis reflexos da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos *Vicky y otras vs. Honduras* no que se refere ao transfeminicídio no Brasil, relacionando-o com o julgamento do primeiro caso em que a Corte reconhece o feminicídio e as garantias referente aos Direitos da Personalidade das mulheres trans. O ponto de partida questiona qual a relevância da primeira sentença referente ao homicídio de uma mulher transgênero na América Latina, ao se valer de raciocínio indutivo, por meio de pesquisa de estudo de caso, comparativo e histórico e empregar a técnica de pesquisa documental e bibliográfica. Conclui-se que mais do que a tipificação em si, o necessário é identificar a violência contra a comunidade LGBTI+ e, principalmente, à mulheres trans.

Palavras-chave: Corte Interamericana; Direitos da personalidade; Feminicídio; Transfeminicídio.

1 Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNICESUMAR. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Doutora em Direito-Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na *Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne*, França. ORCID Id: <http://orcid.org/0000-0001-7621-8899>.

2 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (Unicesumar). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Integrante do Grupo de Pesquisa: "Instrumentos de efetividade dos direitos da personalidade". ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-1100-9118>.

3 Mestrando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar com enfoque a linha de estudos sobre os instrumentos de efetivação dos Direitos da Personalidade, sob orientação da Prof^a. Dr^a. Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro. Pós-graduando em Direito Civil e Empresarial pela Damásio Educacional; Pós-graduado em Direito Internacional pelo Centro de Estudos em Direitos e Negócios - CEDIN; Bacharel em Direito pela Unicesumar - campus Maringá/PR. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9077-9473>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; ANDRADE, Flavia Kriki de; CRUZ, Renan Cícero Tanaka de Araújo. Transfeminicídio e direitos da personalidade: o caso Vicky y outras vs. Honduras julgado pela Corte Interamericana e os impactos jurídicos no Brasil. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 361, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8817>.

ABSTRACT

Considering that the Inter-American Court of Human Rights recently judged a case of violence against trans women, this paper aims to identify the possible consequences of the judgment of the Inter-American Court of Human Rights *Vicky y otras vs. Honduras* relating it to trans femicide in Brazil and the judgment of the first case in which the Court recognizes femicide and guarantees regarding the Personality Rights of trans women. The starting point questions the relevance of the first sentence referring to the murder of a transgender woman in Latin America. Using inductive reasoning, through research in the case study, comparative and historical research and using documentary and bibliographic research. It is concluded that more than the typification itself, what is needed is to identify violence against the LGBTI+ community and especially the trans women.

Keywords: Inter-American Court; Personality Rights; Femicide; Trans Femicide.

1. INTRODUÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) teve seu estatuto aprovado na Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 1979, e entrou em vigência em 01 de janeiro de 1980.

Conforme artigo 2 do referido estatuto, a Corte exerce função jurisdicional e consultiva. No que se refere à parte jurisdicional, o artigo 28 dispõe que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sempre será parte de suas demandas. Sendo assim, “a Comissão Interamericana de Direitos Humanos atua como órgão preliminar da Corte sendo a primeira a tomar conhecimento das violações que um Estado incorreu” (RIBEIRO; ROCHA, 2017, p. 674).

Assim, quando um Estado é violador ou incapaz de garantir os Direitos Humanos de uma pessoa ou ainda deixa de cumprir alguma convenção relacionada aos Direitos Humanos, a Comissão pode ser provocada e, ao verificar as possíveis violações, levar o caso até a Corte para julgamento.

No presente artigo, trabalham-se dois casos sentenciados pela Corte IDH: um que condenou, em 2009, o país do México por feminicídio, no caso *Campo Algodonero*, e outro que condenou Honduras, em 2021, por transfeminicídio, no caso *Vicky y otras vs. Honduras*. Nesse sentido, analisa-se o impacto da primeira decisão na América Latina, com foco especialmente nos dois países mencionados e, também, no Brasil. Posteriormente, analisa-se a condenação da segunda para verificar a abrangência do termo transfeminicídio e as possíveis repercussões no Brasil.

O objetivo da presente pesquisa é analisar os possíveis reflexos do caso *Vicky y otras vs. Honduras*, da Corte IDH, na proteção às mulheres trans no Brasil. Para tanto, em um primeiro momento, é exposto o caso *Campo Algodonero* que foi a primeira vez que a Corte IDH compreendeu que os homicídios ocorreram em decorrência da violência contra a mulher, ou seja, foram feminicídios. Em seguida, verifica-se qual impacto a referida decisão teve no México, Estado parte da demanda, em Honduras, país no qual houve o recente julgamento de transfeminicídio, e por fim, no Brasil.

Posteriormente, no caso *Vicky y otras Vs. Honduras* é apresentado uma demanda em que a Corte entendeu ter havido transfeminicídio. Assim, passa-se a compreensão da abran-

gência do crime de feminicídio para verificar a necessidade de se tipificar crimes contra mulheres transgêneros.

O método de abordagem adotado foi o método indutivo, por meio de pesquisa de estudo de caso, o qual partiu da premissa de que as decisões da Corte IDH possuem reflexos jurídicos não apenas no país demandado, mas também nos demais que aceitam sua jurisdição. Portanto, a pesquisa foi realizada através da comparação entre as legislações nacionais e a análise histórica, especialmente dos países relacionados com as decisões estudadas e a brasileira. As técnicas de pesquisa empregadas foram as documental e bibliográfica, sendo que a pesquisa se orientou principalmente por livros, artigos científicos, e legislação, a fim de analisar os casos sentenciados pela Corte IDH.

2. O CASO CAMPO ALGODONERO JULGADO PELA CORTE INTERAMERICANA E O FEMINICÍDIO

Em 2009, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) condenou pela primeira vez um país (México), ao adotar o gênero como fator fundamental no motivo dos crimes contra as mulheres (HERNÁNDEZ, 2019 *in* 10 AÑOS). A partir de então, no âmbito internacional regional, tem-se o reconhecimento da violência perpetrada contra as mulheres pelo simples motivo de assim serem, bem como o reconhecimento do feminicídio.

O caso ocorreu em 2001 e foi levado à Corte IDH pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 2007. Trata-se do *Campo Algodonero (González y otras vs. México)* e diz respeito ao assassinato de três jovens na Ciudad Juárez, México, fronteira com os Estados Unidos da América (EUA).

O contexto da época dos fatos era a inversão de papéis socialmente pré-estabelecidos. Isso porque na época, os países da América do Norte fizeram um acordo comercial, o *North American Free Trade Area* (NAFTA) e muitas empresas estadunidense foram para o México devido à mão de obra barata. A Ciudad Juárez foi especialmente visada por se formar no mesmo espaço geográfico que El Paso, nos EUA, onde se instalaram as indústrias na cidade que também eram conhecidas como *maquiladoras*. “Por uma série de motivos (dentre os quais “mãos pequenas e portanto mais hábeis”), maquiladoras tendem a contratar mulheres para a manufatura de certos tipos de bens, principalmente têxteis [...]” (LIXINSKI, 2011, p. 2).

Do exposto, cabe ainda ressaltar que essa modificação na dinâmica familiar, ou seja, de mulheres com maior autonomia e homens desempregados, foi apontada pelo próprio Estado Mexicano como um dos fatores para o aumento da violência contra as mulheres na cidade (CORTE IDH, 2009, p. 39).

Ao analisar os documentos constantes nos autos, a Corte entendeu que era impossível assegurar dados precisos sobre a violência em decorrência de gênero no local. Ainda assim, não era possível negar que a violência contra as mulheres era significativamente maior que a contra os homens, além da má condução nas investigações quando as vítimas são mulheres e, principalmente, quando se trata de crimes sexuais (CORTE IDH, 2009, p. 42-44).

Adentrando ao caso, no dia 06 de novembro de 2001, os corpos de três jovens foram encontrados nos campos de algodão da cidade com sinais de violência e fortes indícios de abuso sexual. São elas: Laura Berenice Ramos Monárrez, que possuía 17 anos completos (a última notícia que se teve dela foi em 22 de setembro de 2001, quando ligou para uma amiga falando que estava pronta para ir à uma festa); Claudia Ivette Gonzáles, com idade de 20 anos, trabalhava numa maquiladora e, conforme informações de uma amiga, ajudava a irmã a cuidar da filha, o que fazia com que ela, constantemente, se atrasasse para o trabalho. No dia 10 de outubro de 2001, Claudia chegou dois minutos atrasada, foi impedida de entrar para trabalhar e não se teve novas notícias dela ainda com vida e; Esmeralda Herrera Monreal, 15 anos, que desapareceu em 29 de outubro de 2001 depois de deixar o local onde trabalhava como empregada doméstica.

No dia seguinte, mais cinco corpos de mulheres foram encontrados na mesma plantação de algodão. No entanto, elas não são vítimas na demanda, tendo em vista a Resolução do Tribunal de 19 de janeiro de 2009, na qual consta que referente às vítimas do dia 07 de novembro de 2001 não houve cumprimento de todas as etapas devidas ao processo, motivo pelo qual se recusou o pedido de inclusão delas na demanda (CORTE IDH, 2009, p. 54).

Dentre as similaridades entre as jovens da demanda, todas eram de origem humilde. Conforme consta na sentença, tanto a CIDH, quanto os representantes da demanda consideraram que os funcionários do Estado projetaram estereótipos referentes às vítimas, minimizando a situação e afirmando que elas estavam com o namorado ou que tinham fugido com eles (CORTE IDH, 2009, p. 53). Ou seja, além de toda a violência que sofreram, com prováveis torturas, abusos sexuais e sequestro, as jovens também foram hostilizadas e seus familiares negligenciados nas investigações e acesso à justiça, tudo em decorrência do fato de serem mulheres.

Durante toda a busca da família por justiça, o Estado Mexicano tratou o caso com displicência, tanto que a perícia realizada no local e nas vítimas foi cumprida de maneira extremamente superficial. Ao verificar as falhas, a Equipe Argentina de Antropologia Forense (EAAF) tentou realizar nova perícia, entretanto constatou que não conseguiria chegar a conclusões precisas sobre as condições da morte e quanto a identidade das vítimas ante as falhas nas perícias anteriores (CORTE IDH, 2009, p. 57).

Ademais, como já mencionado, no período em que as jovens permaneceram desaparecidas, autoridades policiais trataram o caso com desprezo e, a partir do momento em que os corpos foram encontrados, não houve comprometimento para alcançar a verdade. Culpados foram fabricados, para sanar o clamor popular que o caso incitava. Assim, verifica-se falha na investigação e na condução do processo, contudo os responsáveis por tais problemas não foram responsabilizados.

Diante das circunstâncias, investigações e julgamento do caso, a CIDH solicitou a Corte IDH que declarasse que o Estado Mexicano foi responsável pela violação de diversos direitos constantes na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), como, por exemplo, direito à vida, à integridade pessoal e outros, e também solicitou a condenação pela violação do artigo 7 previsto na Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém.

Ao prolatar a sentença, a Corte IDH entendeu não ser possível responsabilizar o Estado Mexicano no que se refere ao envolvimento direto de seus agentes com os crimes. No entanto, reconheceu que “não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, [...]” (CORTE IDH, 2009, p. 61).

Assim sendo, o Estado Mexicano foi condenado, resumidamente, a pagar indenização aos familiares das vítimas, construir um monumento em homenagem não só às três jovens que constam como vítimas na presente demanda, mas às demais que, assim como elas, foram vítimas de crimes em circunstâncias similares, dar publicidade à sentença em meio de comunicação a nível nacional, assim como reconhecer, por meio de ato público, a responsabilidade internacional do México, identificar os funcionários responsáveis pelo mau andamento das investigações e puni-los, investigar as denúncias feitas pela família no que se refere à perseguição e intimidação ao procurar por justiça, apoio médico e psicológico aos familiares que precisarem, constituir políticas públicas com o objetivo de conscientizar e buscar erradicar a violência de gênero e garantir meios para que tal fato não volte a se repetir (CORTE IDH, 2009, p. 141).

Em 2013, a Corte IDH emitiu resoluções informando quais condenações tinham sido cumpridas pelo Estado e quais estavam pendentes. Em linhas gerais, no que se refere às indenizações, ato público, divulgação da sentença na mídia e construção de monumento, o Estado cumpriu (CORTE IDH, 2013, p. 1 e 2). No entanto, a punição dos criminosos e dos agentes do Estado, a criação de base de dados, o atendimento médico e psicológico às vítimas, ainda estavam pendentes (CORTE IDH, 2013, p. 1 e 2).

Ainda que não se tenha informação sobre o cumprimento integral da condenação pelo México, o caso do *Campo Algodonero* teve reflexos em grande parte dos países da América Latina, como se verá a seguir.

3. OS REFLEXOS DA SENTENÇA CAMPO ALGODONERO NA AMÉRICA LATINA

O caso narrado acima teve repercussão em grande parte da América Latina. Para a presente pesquisa, os países analisados serão o México, pelo fato de ser o Estado parte da demanda, Honduras, país sentenciado no caso de transfeminicídio – que será explorado nos próximos tópicos – e o Brasil.

Na sentença do caso, o México nega que os crimes analisados sejam feminicídios, além de reforçar que, até então, não havia essa tipificação na sua legislação, o que para o Estado justificaria a sua não condenação. Enquanto isso, a Corte se posicionou no sentido de que os homicídios das mulheres ocorreram em um contexto geral de violência de gênero em decorrência dos papéis socialmente estabelecidos, ou seja, dentro de um contexto de desigualdade. Nesse sentido, trata-se de “homicídio de mulher por razões de gênero”, também conhecido como feminicídio” (CORTE IDH, 2009, p. 38).

Passa-se, deste modo, a distinguir os homicídios que decorrem em razão do gênero dos demais no âmbito internacional americano. A diferenciação se mostra relevante para dar visibilidade a essa violência e deixar claro quem são as vítimas (CASTILHO, 2015, p. 5). Portanto,

Não se trata de ampliação do Direito Penal e de recurso a efeito meramente simbólico, mas do aperfeiçoamento e atualização da norma penal para incidir em condutas que antes eram acolhidas ou justificadas pela sociedade, embora sempre causadoras de dano a bem jurídico tradicionalmente sob proteção da lei penal, isto é, o direito à vida. [...] (CASTILHO, 2015, p. 5).

A especificação da vítima, mais do que qualquer qualificadora ou aumento de pena que seja consequência disso, é importante para dar um *zoom* ao problema que foi socialmente construído – e por isso até então normalizado – e deixar claro a reprovabilidade do crime.

Os reflexos da sentença começam a ser observados na América Latina, como no caso do país condenado. Ainda que não houvesse determinação da Corte IDH para tanto, em 2013, o México incluiu o feminicídio em sua legislação. A influência da sentença na tipificação é nítida ao observar que o artigo 325 do Código Penal Federal, além de definir o feminicídio, dispõe sobre agentes estatais que não sejam devidamente diligentes nos processos (MÉXICO, 2020).

Em 1998, a antropóloga da Universidade Nacional Autónoma do México (UNAM), Marcela Lagarde y de Los Ríos, usou pela primeira vez na América Latina o termo “feminicídio” para descrever esses assassinatos na Ciudad Juárez. A partir de então, o termo foi adotado pelas legislações criminais do Chile (2010), da Costa Rica (2007), do Equador (2014), da Guatemala (2008), de Honduras (2013), da Nicarágua (2012) e do Panamá (2013) (UNODC, 2018).

O Brasil foi o último país a incluir o tipo penal na legislação. Desde a redemocratização, o país se compromete firmemente com normas internacionais de Direitos Humanos. Tem-se que

[...] os indivíduos passam a ter direitos acionáveis e defensáveis no âmbito internacional. Assim, o universo de direitos fundamentais se expande e se completa, a partir da conjugação dos sistemas nacional e internacional de proteção dos direitos humanos (PIOVENSAN, 2021, p. 417)

A exemplo do mencionado, tratando-se de direitos das mulheres, é preciso lembrar que a Lei 11.340/2006 foi consequência da atuação da CIDH ao receber denúncia feita pela senhora Maria da Penha referente às tentativas reiteradas de assassinato por parte do seu ex-marido. A Comissão, ao receber a denúncia, deu chance para o Estado se manifestar, o que não foi feito, restando como presumidamente verdadeiros os fatos. Assim, determinou que o Brasil criasse mecanismos para efetivar os direitos das mulheres, com maiores número de estabelecimentos especializados e processo simplificado no que diz respeito à violência contra as mulheres (CIDH, 2001).

Quanto ao feminicídio, o Brasil o incluiu em sua legislação em 2015, com a Lei 13.104/2015, como uma qualificadora do crime de homicídio, definindo que é “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” e complementa que se deve considerar sua ocorrência quando o crime foi perpetrado no âmbito doméstico, com menosprezo ou discriminação à condição da mulher (BRASIL, 2015). O Projeto de Lei brasileiro, PL nº 6.622/2013, em que a proposta para tipificar o feminicídio foi aprovada, utilizou da sentença da Corte IDH para justificar a relevância da tipificação.

O termo “feminicídio”, como designador de violações sistemáticas do direito à vida de mulheres, em decorrência de seu gênero, ganhou ampla difusão, chegando a ser utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso “González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México, para responsabilizar o México pelo desaparecimento de Claudia Ivette Gonzalez, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, que se verificou no amplo contexto dos crimes praticados contra as mulheres de Ciudad Juárez (BRASIL, 2013, p. 6).

Ademais, o elevado grau de lesividade inerente ao crime de “feminicídio” recomendava sua inclusão no rol dos crimes hediondos, delitos considerados como os mais graves tipificados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Castilho (2015, p. 4) menciona, ainda, a tentativa de retirar as mulheres trans do sujeito passivo do crime, tendo em vista que a proposta constava especificamente em decorrência do gênero, e posteriormente, houve alteração para “condição do sexo feminino”. Messias, Carmo e Almeida (2020, p.7) explicam que tendo em vista que o princípio fundamental da Constituição Federal é a dignidade humana, prezando pela honra, vida, nome, liberdade e demais direitos inerentes à pessoa, a mulher trans deve ser compreendida como possível vítima.

No Projeto de Lei de 2013, o qual resultou a Lei 13.104/2015, o caso do *Campo Algodonero* é citado como a primeira vez que um tribunal internacional utilizou do termo feminicídio e que diversos países seguiram a denominação do crime a fim de tipificá-lo (BRASIL, 2013, p.6). Ou seja, é explícito que a legislação do país teve como fundamento, também, a sentença do caso, o que reforça, novamente, a relevância da sentença da Corte IDH.

A adesão do Brasil ao feminicídio pode ter fundamento não só na crescente onda de tipificação pela América Latina após a sentença da Corte IDH, mas também no histórico de violência contra as mulheres atualmente, inclusive com recomendação da CIDH para criação de mecanismos eficazes a fim de proteger e dar prosseguimento efetivo aos casos do país.

Além disso, Flávia Piovesan (2021, p. 465) indica pelo menos cinco casos de violência contra a mulher na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (casos 11996, 12051, 12263, 1279-04 e 337-03). Um deles, o caso 12263, foi submetido à Corte IDH e o Brasil foi condenado em setembro de 2021. Trata-se do caso de Márcia Barbosa de Souza, em 1998, assassinada por um parlamentar que não teve um julgamento em tempo hábil devido à imunidade beneficiada pelo seu cargo.

Ainda, a Corte IDH pode aplicar o controle de convencionalidade sempre que o Estado estiver em desacordo com as normas internacionais de Direitos Humanos (ABDALA; SOUSA, 2019, p. 406), pois “o controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivo ou omissivo) em face das normas internacionais [...]” (RAMOS, 2019, p. 333).

Por fim, referindo-se ao feminicídio, verifica-se que no caso do *Campo Algodonero*, o México não possuía essa tipificação em sua legislação e ainda assim a Corte o condenou por feminicídio. Neste ponto, assim como mencionado por Ela Castilho e já explorado no presente artigo, o termo tem maior relevância na visibilidade do crime do que em qualquer imputação de pena maior que o homicídio em si.

4. O CASO VICKY Y OTRAS VS. HONDURAS JULGADO PELA CORTE INTERAMERICANA E O (TRANS)FEMINICÍDIO

Diversos outros países também tipificam o crime de feminicídio, contudo é pertinente reforçar que Honduras também visou a proteção das mulheres, acrescentando como circunstância agravante com o Decreto n.23/2013 no Código Penal. Assim, quem “cometer o delito com ódio ou desprezo em razão do sexo, gênero, [...], orientação sexual ou identidade de gênero, [...] da vítima” tem uma pena mais severa (HONDURAS, 2013). Como pôde ser observada, a circunstância agravante é referente à mulheres cisgênero, bem como à mulheres transgênero.

Em 26 de março de 2021, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado de Honduras pela morte de Vicky Hernández Castillo, ocorrida em 2009, durante o período de golpe enfrentado pelo país. Para tanto, considerou como aspecto principal a violência contra a população LGBTI+ (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais/travesti, intersexo e mais) ocorrida durante aquele período.

O assassinato de Vicky Hernández, mulher trans, entre os dias 28 e 29 de junho de 2009, momento em que o país estava sob toque de recolher por parte dos militares que deram o golpe de Estado, a Corte compreendeu que o Estado era culpado por violações ao direito à vida (CORTE IDH, 2021, p. 16).

Anteriormente aos acontecimentos que ocasionaram a destituição do poder do presidente, a população da comunidade LGBTI+ já enfrentava graves violações aos seus direitos. Conforme elucidado à época pela Relatora Especial das Nações Unidas sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, bem como pela Relatora Especial das Nações Unidas sobre violência contra as mulheres, as discriminações contra a comunidade transexual causavam extrema preocupação pelos fatos ocorridos em Honduras.

A morte de Vicky, ocorrida durante o golpe de Estado enfrentado por Honduras, aconteceu em um momento em que a repressão por forças policiais ou administrativas eram consideradas abusivas e motivadas pelo preconceito contra a população LGBTI+.

Consta que Hernández era conhecida na cidade de San Pedro de Sula, como ativista pela proteção de direitos humanos, em especial direitos da população transexual, participante ativa no movimento social denominado *Colectivo Unidad Color Rosa* e também especializada no programa de combate a AIDS/HIV (CORTE IDH, 2021, p.15).

Na sentença, sobre o contexto do país, o perito Carlos Zelada afirmou à Corte que o período da morte de Vicky Hernández, em 2009, era de um aumento expressivo quanto à violência contra mulheres trans e trabalhadoras sexuais (CORTE IDH, 2021, p. 38). Informou ainda que, ao longo de 15 meses, fora relatado, pelo menos, 15 mortes de mulheres trans e 14 homens gays de maneira violenta.

Vicky morava com sua mãe, prima e sobrinha e havia abandonado os estudos para que pudesse auxiliar financeiramente em casa. A mãe de Vicky, senhora Rosa Argelia Hernández Martínez, informou que dois meses antes da morte de sua filha, Vicky foi vítima de agressão de um oficial de segurança, tendo sido golpeada na cabeça pelo guarda ao buscar socorro

em um departamento de polícia (CORTE IDH, 2021, p. 16). Ainda há relato de que os guardas disseram que, por eles, ela poderia morrer denunciando esse fato. A ocorrência do crime não fora investigada pelas autoridades competentes.

Na sentença proferida pela Corte IDH (2021, p. 16 e 17), há a descrição dos fatos ocorridos anteriormente ao desaparecimento e morte de Vicky Hernández que, em suma, consta como sequestrada por forças policiais, sendo encontrada com sinais de violência e disparo de arma de fogo.

A Corte IDH reconhece que historicamente a população LGBTI+ é vítima de discriminação estrutural, estigmatizados, vítima de diversas formas e violações dos direitos fundamentais ao grupo (CORTE IDH, 2021, p. 21). Da mesma maneira, há consolidado o entendimento de que a orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero são direitos garantidos pela Convenção Interamericana.

Aqui se faz necessário esclarecer que o termo transfeminicídio é encontrado em alguns momentos na sentença, inclusive um dos escritos encaminhados por um *amicus curiae* é no sentido de haver tipificação específica do crime. Ainda assim, todas as vezes que o termo aparece é a Comissão ou os representantes nomeando o crime. Ou seja, por mais que a Corte tenha compreendido que o crime ocorreu num contexto de violência contra a mulher trans, o termo transfeminicídio não foi usado em nenhum momento pela Corte IDH para definir o crime.

A Convenção Interamericana contra todas as formas de discriminação e intolerância reconhece a necessidade de serem adotadas medidas regional e universal para incentivar o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos os indivíduos e grupos, sujeitos à jurisdição sem a distinção por motivos de gêneros, orientação sexual ou outra condição social. Ainda, levou-se em consideração que entre as principais vítimas de discriminação e preconceito, entre outros, encontram-se os grupos de minorias sexuais.

Em razão do princípio da igualdade e da não-discriminação, levou-se em conta que para o desenvolvimento de uma sociedade pluralista e democrática se faz necessário respeitar a identidade sexual e de gênero de toda pessoa devendo ser criadas condições que lhes possibilitem expressar, preservar e desenvolver a identidade.

Nesse sentido, o art. 1º da Convenção Interamericana contra todas as formas de discriminação e intolerância, define a discriminação como sendo

Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição (OEA, 2013).

Neste diapasão, o sistema hondurenho, ao negar o acesso da família (por intermédio de sua mãe) aos laudos periciais, bem como a identificação de Vicky Hernández pelo seu nome masculino – negando assim a sua identidade – possibilita verificar a violação do referido tratado. A mãe de Vicky somente teve autorização pelos membros do Ministério Público após insistência de seus advogados para que se pudesse dar o devido tratamento às investigações quanto às circunstâncias da morte de sua filha e a identificação dos responsáveis pelo assassinato.

Necessário se faz rememorar a dificuldade imposta por Honduras quanto ao acesso ao sistema judiciário e o descumprimento dos tratados internacionais e regionais de proteção aos direitos humanos.

No mais, uma parte da sentença é mais sensível: Vicky não teve oportunidade de ter sua identidade de gênero e nome reconhecidos enquanto viva. Na condenação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou que o Estado tem obrigação de garantir que as pessoas tenham nomes compatíveis com sua identidade de gênero, respeitando a individualidade de cada um, “[...] ainda mais quando se trata de uma exposição contínua ao questionamento social sobre essa mesma identidade, afetando assim o exercício e o gozo efetivo dos direitos reconhecidos pelo direito interno e pelo direito internacional.” (CORTE IDH, 2021, p.35).

Diante das circunstâncias, a CIDH, ao encaminhar o caso para a Corte IDH, considerou Honduras culpada pela morte de Vicky Hernández, por violação a diversos direitos contidos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, entre eles, o direito ao reconhecimento à identidade de gênero, ao direito a não discriminação, a vida privada bem como do art. 7 da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida também como Convenção de Belém.

A Corte IDH, ao sentenciar o caso, considerou o Estado de Honduras responsável pela morte de Vicky Hernández, mulher trans, ativista de direitos da comunidade trans, ocorrida durante o período em que se havia instaurado um estado de exceção, uma vez que o presidente fora destituído do poder pelo exército hondurenho e o presidente do senado atuava como presidente interino. Ainda, de forma unânime, considerou Honduras responsável pela dificuldade de acesso ao sistema judiciário referente à senhora Rosa Argelia Hernández Martínez, Merelín Tatiana Rápalo Hernández e Argelia Johana Reyes Rios (CORTE IDH, 2021, p. 54-55).

A Corte IDH entendeu que a sentença é uma forma de reparação e determinou ao Estado de Honduras, entre outras medidas, que continue as investigações necessárias para a elucidação do crime e a identificação dos responsáveis; determinou a realização de audiência pública para o reconhecimento da responsabilidade internacional; determinou a realização de um documento audiovisual demonstrando a situação da discriminação e violência sofridas pelas mulheres trans em Honduras e; a criação de plano de reconhecimento da identidade de gênero e medidas de modificação dos registros de identificação pública (CORTE IDH, 2021, p. 55-56).

5. O (TRANS)FEMINICÍDIO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os níveis de violência contra as mulheres continuam alarmantes. Especificamente sobre o México, a Suprema Corte de Justiça do país realizou um evento em 2019 que marcou os dez anos da sentença. Autoridades comentaram sobre o caso, as condenações e o cumprimento. Em Chihuahua, estado mexicano que ocorreu o crime do *campo algodono*, dez anos após a sentença as comissões nacional e estadual de Direitos Humanos solicitou a Secretaria do Governo que se investigue e declare um alerta de violência de gênero para cinco municípios do Estado (ROSAS *in* 10 AÑOS, 2019).

Em Honduras, foram registrados 991 casos de mulheres que morreram por lesões de causa externa. Desses casos, 401 foram assassinadas, sendo 295 indiscutivelmente classificados como feminicídio. Este último pode ser um número ainda maior se considerarmos que não foi possível analisar especificamente 51 deles, restando considerado apenas como morte por causa violenta (IUDPAS, 2019, p. 3).

No Brasil, de 2015 a 2017, Carlos Barreto Campello Roichman (2020, p. 363) observou uma queda no número de mortes de mulheres em decorrência de agressão. Ainda assim, o autor aponta que o período é muito curto para se comemorar uma real diminuição dos casos, pois se comparado com a vigência da Lei Maria da Penha, nos primeiros anos também houve uma queda na violência, mas logo em seguida os índices voltaram a subir.

Dados mais recentes indicam que de 2009 a 2019 houve diminuição de 20,6% dos homicídios de mulheres que ocorreram fora da residência. Porém, no mesmo período, houve o aumento de 10,6% de homicídios de mulheres dentro de sua residência. O documento aponta que as maiores vítimas são mulheres negras e estiveram o índice de violência aumentado, enquanto das mulheres não negras, diminuiu (CERQUEIRA *et. al.*, 2021, p. 40-41).

Já se levando em conta a violência baseada em gêneros, em 2020, de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, houve um aumento de 1,5% em relação ao ano anterior, passando de 1.834 casos para 1.861 no primeiro semestre do referido ano.

Quanto a violência contra a população LGBTI+, o país possui índices alarmantes. A Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA), por meio do documento intitulado “Dossiê dos Assassinatos e Violência Contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2020”, demonstra o alerta contra a violência sofrida pela comunidade trans.

De acordo com o relatório apresentado pela Transgender Europe (TGEU), em 2020, realizando análise do ranking mundial relativos aos assassinatos de pessoas trans, constatou-se que 98% dos assassinatos têm como o gênero feminino suas principais vítimas. (ANTRA, 2020b, p. 15).

Apenas nos dois primeiros meses do ano de 2020, houve um aumento de 90% (noventa por cento) nos números de morte de pessoas trans em relação ao mesmo período do ano anterior, de acordo com o Boletim nº. 02/2020, realizado pela ANTRA.

Nesse contexto de violência contra o gênero feminino entra em ação a violência contra a população trans no Brasil. Segundo relatório da TGEU, o país registrou, em 2020, 152 (cento e cinquenta e duas) notificações de assassinatos relacionados à comunidade trans.

Observa-se dentro da comunidade marginalizada pela sociedade e dentro da própria comunidade LGBTI+, que a população trans é a principal vítima, pois a sociedade e a própria comunidade não oferecem suporte e meios para se ter oportunidade de crescer profissionalmente e sair do risco social.

O ano de 2020 foi marcado pela pandemia declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), ocasionada pelo surgimento do novo coronavírus - COVID-19. Em um cenário no qual a comunidade LGBTI+ já se encontrava marginalizada, a pandemia demonstrou o quão frágil a comunidade trans pode ser ante aos novos desafios sociais, na qual o convívio com familiares pode ocasionar novos problemas quanto à aceitação dos membros familiares com a identidade de gênero.

Salienta-se que, normalmente, há dificuldade em encontrar dados estatísticos sobre a violência sofrida pela comunidade LGBTI+, em especial a comunidade trans, pois a identidade de gênero não tem o respaldo social e a aceitação social, resultando em uma falta de acolhimento a essa população e, quando realizada, a vítima não é acolhida ou recebe o atendimento necessário para lidar com a situação. (ANTRA, 2020b, p. 26.).

É possível, portanto, notar um despreparo dos órgãos públicos e de seus funcionários no que concerne o tratamento adequado a ser oferecido a uma pessoa trans referente aos assassinatos; opta-se pela invisibilidade da identidade de gênero, registrando a vítima com o nome dos documentos não retificados, ocasionando à manutenção dos casos de subnotificações dos assassinatos de pessoas trans no Brasil. (ANTRA, 2020b, p.27).

Deve-se garantir um atendimento a fim de que as vítimas não sofram maiores discriminações do que normalmente sofrem nas delegacias. Portanto, sugere-se um treinamento adequado aos profissionais que trabalham diretamente atendendo à população trans para que suas necessidades sejam atendidas e respeitadas. Tendo em vista o conhecimento de possível subnotificação de mortes da comunidade, em 2020, houve pelo menos 175 mortes de pessoas trans, sendo todas travestis e mulheres trans, corroborando a tese de que o gênero funciona como um fator determinante para as mortes. (ANTRA, 2020b, p.31).

A ausência do apoio familiar apresenta um grande impacto devastador aos indivíduos e isolá-los dos espaços que, em tese, deveriam ser o ponto de convívio social e desenvolvimento pessoal, leva a ausência de qualificação profissional, interrompendo, assim, o processo de desenvolvimento pessoal e da sua dignidade, restando-lhes a marginalização.

Ao buscar uma análise mais criteriosa quanto às mortes de pessoas trans, tem-se que todas as ocorridas em 2020 foram de pessoas trans que se identificavam com o gênero feminino, sendo reconhecidas publicamente enquanto mulheres trans e/ou travestis, evidenciando-se que a motivação maior para os assassinatos se refere à identidade de gênero. (ANTRA, 2020b, p. 50.). Assim, pode-se citar que as mortes ocorridas no ano em questão se caracterizam como transfeminicídio.

A indiferença com pessoas pertencentes à comunidade LGBTI+ verifica-se, também, na tentativa de retirar as mulheres trans do sujeito passivo do crime de feminicídio. Isso porque, a princípio, no Projeto de Lei constava especificamente que a qualificadora incidiria em decorrência do gênero e, posteriormente, houve alteração para "condição do sexo feminino", uma clara tentativa de excluir as mulheres trans como vítimas do crime (CASTILHO, 2015, p. 4).

A ausência de normativas de proteção à comunidade trans e travestis afronta o entendimento da Corte IDH, na qual prevalece que a identidade de gênero corresponde à vivência interna e individual de cada pessoa, podendo corresponder com o sexo designado ao nascimento, incluindo a vivência pessoal com o corpo e outras expressões de gênero com o qual a pessoa se identifica.

A Corte IDH, por meio da Opinião Consultiva nº 24/2017, confirma o entendimento de que o direito à identidade de gênero é um elemento constitutivo e constituinte da identidade do indivíduo. Assim, o reconhecimento por parte dos Estados referente à identidade de gênero se faz necessário para que se garanta o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas trans.

Ante todo o cenário exposto, verifica-se a violação aos direitos da personalidade e demais direitos fundamentais, assim como ao desenvolvimento da pessoa humana, bem como a inexistência da dignidade da população trans. Nesse sentido, é preciso especificar que os Direitos da Personalidade são aqueles incapazes de se dissociar da condição humana:

(...), os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte. Esse, na opinião deste autor, é o seu melhor conceito (TARTUCE, 2009, p. 163).

Schreiber (2013, p. 13) explica que quando os Direitos Humanos são positivados por algum Estado na sua Constituição, passam a ser conhecidos como direitos fundamentais. Já os Direitos da Personalidade possuem um caráter de essencialidade no que concerne ao ser humano, e diz respeito, também, as relações privadas. O autor reforça que, independentemente da nomenclatura, todos os direitos mencionados visam à tutela da dignidade humana.

O Código Civil Brasileiro de 2002 apresenta um rol exemplificativo dos Direitos da Personalidade. Dentre eles consta, por exemplo, o nome, a imagem, a disposição do próprio corpo. No caso da Vicky, sua personalidade foi desrespeitada em vários aspectos, sem ter sequer o próprio nome respeitado.

Para a comunidade trans, no Brasil, o Decreto nº 8.727/2016 foi uma conquista, uma vez que dispõe sobre o “[...] uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero e pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”.

Respeitar a identidade de gênero e sexualidade está diretamente relacionado aos direitos fundamentais positivados no país e, conseqüentemente, com a dignidade humana (DEZEM, SILVA, 2021, p.154). O respeito aos direitos da personalidade é ainda mais sensível para a uma pessoa transgênero porque, por muito tempo no Brasil, até o direito ao nome lhe era negado.

Ainda, “[...] o direito à sexualidade possui fundamentação no direito da personalidade no que tange aos atos e disposições do corpo e ao direito à não submissão a tratamento médico de risco, quando se fala em cirurgia de redesignação e processo transexualizador.” (DEZEM; SILVA, 2021, p. 152).

Ainda que a Corte IDH não tenha tratado diretamente o caso como transfeminicídio, reconheceu que Vicky foi morta em um contexto de grande violência contra mulheres trans e graves violações de direitos da comunidade LGBTI+ naquele país.

O fato é que o homicídio contra mulheres na América Latina ganhou foco com o caso *Campo Algodonero*, expondo a cultura de violência que sempre viveram. Roichman (2020, p. 359) explica que “[...] a tipificação evita que assassinos misóginos possam ser beneficiados com interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, tendentes a amenizar o comportamento criminoso e sua punição, como a de prática de ‘crime passional’”.

Espera-se que o caso *Vicky y otras vs. Honduras* siga no mesmo sentido, não com o intuito de aumentar a pena para os casos de transfeminicídio, mas para dar nome e motivação para tais assassinatos. A tipificação em si é menos relevante do que o reconhecimento de que há crimes contra mulheres trans pelo simples fato de assim serem.

Desta forma, os Estados Latino-Americanos possuem não só o respaldo da legislação internacional, como um parâmetro a ser seguido a fim de desenvolver (ou continuar desenvolvendo) políticas públicas e mecanismos mais consistentes na defesa da comunidade LGBTI+, principalmente no que se refere às mulheres trans.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos casos considerados precedentes e paradigmas para crimes relacionados ao gênero e a identidade de gênero pela Corte IDH demonstra a importância da evolução dos instrumentos jurídicos na tentativa de acompanhar a evolução da sociedade.

No caso *Campo Algodonero* tem-se a primeira vez que a Corte IDH reconheceu que o homicídio contra as mulheres ocorreu em decorrência simplesmente das vítimas serem mulheres, trazendo pela primeira vez, a nível internacional, o reconhecimento do feminicídio. Já no caso relacionado à Vicky Hernández, não há o reconhecimento expresso do transfeminicídio, contudo é a primeira sentença da Corte IDH que reconhece o assassinato de uma mulher trans em decorrência da sua identidade de gênero.

As reações dos presentes casos no sistema brasileiro dão-se no sentido da modificação do sistema penal ao tipificar o homicídio baseado em gênero – feminicídio. Os possíveis reflexos do caso Vicky ocorrem no sentido da necessidade de observar as medidas necessárias para o atendimento e investigação de crimes contra a comunidade LGBTI+, focado, em especial, nos casos de homicídios contra as mulheres trans, uma vez que há subnotificação de dados estatísticos referente à população trans, bem como o despreparo dos órgãos e funcionários públicos quanto aos direitos dessas pessoas.

Os casos paradigmas já demonstram reflexos no sistema interno brasileiro, em especial, o caso do *Campo Algodonero*, uma vez que houve mudança no sistema penal de diversos países latino-americanos a fim de incluir o crime de homicídio baseado em gênero, inclusive no Brasil. Assim, resta nítido a importância que as decisões da Corte possuem nos países que ratificaram a sua competência.

O caso *Vicky Hernández*, para além do transfeminicídio, esclarece que a identidade de gênero é uma característica necessária e constituinte para o desenvolvimento da personalidade e da dignidade de uma pessoa que se identifica como transsexual. Pelos motivos expostos, as pessoas trans devem ser respeitadas como se reconhecem.

Assim, espera-se que o caso *Vicky y otras vs. Honduras* seja um caso paradigma não apenas no país envolvido, como também em todos os demais pertencentes ao sistema interamericano. Com os reflexos já visíveis do caso *Campo Algodonero*, acredita-se que o caso *Vicky y otras vs. Honduras* pode ser um ponto inicial a fim de se discutir mecanismos de proteção à comunidade LGBTI+.

Observa-se que a adoção de medidas para a promoção dos direitos da comunidade trans, bem como políticas públicas para combater à discriminação e a intolerância, deveriam ser adotadas pelos países americanos, uma vez que o direito à identidade de gênero é protegido pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Sendo assim, é dever do Estado reconhecer a identidade de gênero, adotar medidas para facilitar a retificação de documentos públicos e garantir que pessoas transexuais tenham condições para realizar o pleno desenvolvimento pessoal e profissional.

REFERÊNCIAS

10 AÑOS de la sentencia *González y Otras ("Campo Algodonero") vs México*. Cidade do México: Suprema Corte de Justicia de La Nación, 2019. (121 min.), P&B. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=R5om1wWm-ZXU&t=6239s>. Acesso em 16 out. 2021.

ABDALA, Vinicius; SOUSA, Érica. A Razoável Duração do Processo Frente ao Controle de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Jurídica Meritum*, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, p. 393-412, 13 jul. 2019. Disponível em <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/6691>. Acesso em 20 nov. 2021.

ANTRA, Associação Nacional de Travestis e Transexuais. *Boletim nº 02/2020: assassinatos contra travestis e transexuais em 2020*. Disponível em <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/05/boletim-2-2020-assassinatos-antra.pdf>. Acesso em 24 nov. 2021.

ANTRA, Associação Nacional De Travestis e Transexuais. Dossiê: assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020. *Assassinatos e Violência Contra Travestis e Transexuais Brasileiras em 2020*. Disponível em <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>. Acesso em 24 nov. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.622, de 2013*. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) para tipificar o crime de feminicídio; [...]. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01vwhzyoc60gc8rl73wn-752wja6094228.node0?codteor=1166515&filename=PL+6622/2013. Acesso em 18 nov. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 8.727, de 2016*. Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em 20 nov. 2021.

BRASIL. *Lei 13.104, de 2015*. Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em 20 nov. 2021.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. "Sobre o feminicídio". *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, n. 270, p. 4-5, maio 2015. Disponível em https://assets-compromissoeatidade-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/ELAWIECKO_IBCCRIM270_femicidiomaio2015.pdf. Acesso em 16 nov. 2021.

CERQUEIRA, Daniel et. al. (coord.). Atlas da Violência 2021. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP*, São Paulo, 2021. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia-2021completo.pdf>. Acesso em 25 nov. 2021.

CORTE IDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso 12.051. *Relatório Anual 2000*. 2001. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 18 nov. 2021.

CORTE IDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México: reparaciones pendientes de cumplimiento. *Casos em fase de Supervisão de Cumprimento de Julgamento*. 2013. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm. Acesso em 17 nov. 2021.

CORTE IDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso González e Outras (“Campo Algodonero”) vs. México. *Sentença de 16 de novembro de 2009*. São José da Costa Rica, 2009. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Acesso em 18 nov. 2021.

CORTE IDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Opinión Consultiva Oc-24/17*. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em 11 nov. 2021.

CORTE IDH, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Vicky Hernández y Otras vs. Honduras. *Sentencia de 26 de marzo de 2021*. São José da Costa Rica, 2021. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. Acesso em 18 nov. 2021.

DEZEM, Lucas Teixeira; SILVA, Juvêncio Borges. Os Direitos Individuais e Sociais Dos Transexuais: uma análise sob a ótica dos direitos fundamentais e sua concreção. *Revista Jurídica Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 138-156, 12 nov. 2021. Disponível em <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8012>. Acesso em 27 nov. 2021.

HONDURAS. *Decreto n. 23-2013*. Tegucigalpa, M.D.C: Presidência da República [2013]. Disponível em <http://relapt.usta.edu.co/images/2013-Reforma-al-Codigo-Penal-Decreto-23.pdf>. Acesso em 20 nov. 2021.

IUDPAS, Unidad de Género del Observatorio de la Violencia del Instituto Universitario en Democracia, Paz y Seguridad. *Unidad de Muerte Violenta de Mujeres y Femicidios*, Tegucigalpa, edición 15, p. 1-15, enero-diciembre 2019. Disponível em <https://iudpas.unah.edu.hn/observatorio-de-la-violencia/boletines-del-observatorio-2/unidad-de-genero>. Acesso em 25 nov. 2021.

LIXINSKI, Lucas. Caso do campo de algodão: direitos humanos, desenvolvimento, violência e gênero. *Casoteca Direito GV*, 2011. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/casoteca/caso-campo-de-algodao-direitos-humanos-desenvolvimento-violencia-genero> acesso em 18 de out. de 2021.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; CARMO, Valter Moura do; ALMEIDA, Victória Martins de. Femicídio: sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 28, n. 1, p. 1-14, 09 mar. 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ref/a/K95hX8jm3t5jtKLLfXXMvKL/?lang=pt>. Acesso em 20 nov. 2021.

MÉXICO. *Código Penal Federal. Ciudad de México*, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/libro-segundo/titulo-decimonoveno/capitulo-v/>. Acesso em 20 nov. 2021.

OEA, ORGAZINAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 13 nov. 2021.

OEA, ORGAZINAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*. 2013. Disponível em https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_disciminacao_intolerancia_POR.pdf. Acesso em 23 nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; ROCHA, Maria Luiza de Souza. A (In)Efetividade do Acesso do Indivíduo ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: as decisões contenciosas proferidas pela corte entre 2012 e 2016. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe)*, [S.L.], v. 5, n. 2, p. 630, 9 jan. 2018. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas UNIFAFIBE*. <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v5i2.326>. Disponível em <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/326>. Acesso em 25 nov. 2021.

ROICHMAN, Carlos Barreto Campello. Faca, peixeira, canivete: uma análise da lei do feminicídio no Brasil. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 357-365, maio/ago. 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rk/a/7zQR-kyKBpyYKHP6JXbKXrPr/abstract/?lang=pt>. Acesso em 17 nov. 2021.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009

UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime. *Global study on homicide: Gender-related killing of women and girls*. Realizado pelo United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC. Viena, 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/GSH2018/GSH18_Gender-related_killing_of_women_and_girls.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 03/12/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/12/2021
- Avaliação 1: 21/12/2021
- Avaliação 2: 28/12/2021
- Decisão editorial preliminar: 28/12/2021
- Retorno rodada de correções: 26/01/2022
- Decisão editorial/aprovado: 30/01/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46-7, OS CORREIOS E AS EMPRESAS DE LOGÍSTICA

THE ARGUTION OF BREACH OF FUNDAMENTAL
PRECEPT 46-7, THE MAIL AND LOGISTICS COMPANIES

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA¹
RONAN MEDEIROS MARTINS²

RESUMO

Este artigo tem o propósito de analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46-7, ação que analisou o exercício de atividades econômicas com exclusividade pelos Correios, e as implicações que decorreram do seu julgamento, incluindo as questões que lhe antecederam e as teses que foram debatidas no julgamento. Não obstante, identifica a existência de indefinições resultantes do julgamento no tocante ao privilégio postal. Em nosso cenário econômico, é certo que exclusividades ou monopólios são excepcionais, devendo prevalecer a regra da livre concorrência. Contudo, cenários analisados sob o ponto de vista global podem conduzir a situações que merecem regimes mais restritos, como parecer ocorrer com o serviço postal. Pretende, assim, o artigo discutir os limites da exclusividade ou privilégio postal, e a sua implicação para as empresas de logística, à luz da livre concorrência e da Constituição Econômica, a partir dos debates inscritos na ADPF 46. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, com pesquisa descritiva e explicativa, observando-se fontes doutrinárias, jurisprudenciais e legais.

Palavras-chave: ADPF 46; Correios; Monopólio; Ordem econômica.

ABSTRACT

This paper has the purpose of analyzing the Argument of Non-Compliance with Fundamental Precept 46-7, an action that analyzed the exercise of economic activities exclusively by the Post Office, and the implications that resulted from its judgment, including the issues that preceded it and the theses that were discussed at the trial. Nevertheless, it identifies the existence of uncertainties resulting from the judgment regarding the postal privilege. In our economic scenario, it is certain that exclusivities or monopolies are exceptional, and the rule of free competition should prevail. However, scenarios analyzed from the global point of view can lead to situa-

1 Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-7876-6530>.

2 Mestre em Direito Econômico pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Servidor do Poder Judiciário de Mato Grosso. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8585-0455>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; MARTINS, Ronan Medeiros. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46-7, os correios e as empresas de logística. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 378, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.8612>.

tions that deserve stricter regimes, such as appearing to occur with the postal service. Thus, the article intends to discuss the limits of postal exclusivity or privilege, and its implications for logistics companies, in the light of free competition and the Economic Constitution, based on the debates registered in ADPF 46. For this purpose, it was used the deductive method, with descriptive and explanatory research, observing doctrinal, jurisprudential and legal sources.

Keywords: ADPF 46; Post offices; Monopoly; Economic order.

1. INTRODUÇÃO

A regulamentação dos serviços postais e de telegrama, de competência exclusiva da União, se dá pela Lei 6.538/78, a qual institui a exploração de recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição para o exterior, de carta, cartão-postal, correspondência agrupada e emissão de selos em regime de monopólio.

Contudo, a despeito da Constituição Federal de 1988 atribuir à União a atividade de correios, não explicitou o seu exercício de forma monopolística, o que deu ensejo a interpretações acerca da não recepção da Lei dos serviços postais.

Com o desenvolvimento tecnológico e o surgimento das empresas de logística pretendeu-se o exercício dos ditos serviços postais por outras empresas que não a exercente do monopólio, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), porém houve o ajuizamento de ações, inclusive penais, e notificações por parte dos Correios contra outras empresas e funcionários com o fundamento de que os serviços postais são exclusivos da União e exercidos pela EBCT.

Diante disso, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal com o propósito de se declarar a não recepção da Lei dos serviços postais e a consequente quebra do monopólio dos Correios.

Neste contexto, o objetivo do presente trabalho é discutir as teses envolvidas no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46-7, bem como as diretrizes da decisão proferida, no que se referem às atividades dos Correios no cenário econômico e a concorrência com as empresas de logística.

Para tanto, levar-se-á em conta no primeiro tópico acerca das situações gerais sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46-7, com os fundamentos que deram ensejo ao seu ingresso e as alegações da EBCT. Posteriormente, buscar-se-á analisar os aspectos atinentes à ADPF e as teses que surgiram no julgamento.

Sequencialmente, proceder-se-á à análise das indefinições deixadas pelo julgamento, no que tange à delimitação de carta e de ações existente nos Tribunais Superiores que tratam da temática. Por fim, no último tópico, será examinada a situação de *Sham Litigation* atribuída à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

O estudo se justifica pela atualidade da temática com a necessidade de elucidar o julgado e ponderar acerca das indefinições existentes sobre os serviços postais.

2. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46-7

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 46-7 - foi protocolada pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED), em 27 de agosto de 2002, pretendendo fosse a Lei 6.538/78 declarada incompatível com a Constituição de 1988 e, portanto, não recepcionada, em especial no que tange ao monopólio da entrega de correspondências. Sustentou a tese propositora que o referido monopólio viola os preceitos fundamentais da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho. Requereu, ainda, que fosse definido e delimitado o que seria “carta” para fins da citada Lei.

Em contraposição, em prol da recepção da Lei 6.538/78, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos alegou que o serviço postal é um serviço público, e não uma atividade econômica, que, portanto, não se tratava de monopólio, mas sim de exclusividade, e que, em consequência, a Lei foi recepcionada.

Em decisão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, que a Lei foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, cuja ementa se reproduz:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI.

1. O serviço postal - conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado - não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.

3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X].

4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969.

5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.
6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.
7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.
8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.

Sob a lógica de que os serviços postais configuram serviço público, há uma situação de exclusividade ou privilégio, que destoa do regime monopolístico do artigo 177 da Constituição, o qual não traz em seu bojo a referência aos serviços postais. Noutras palavras, se se tratasse de um monopólio, típico das atividades econômicas, a sua existência ou continuidade dependeria de previsão no artigo 177, CF. Contudo, apresentando-se como serviço público, opera regime de exclusividade, furtando-se ao supracitado dispositivo constitucional.

Acerca da decisão, André Ramos Tavares apresenta suas considerações:

[...] que a polêmica referente ao fato de ser o serviço postal um serviço público ou uma atividade econômica sujeita ao monopólio não era meramente terminológica. Caso o serviço postal fosse, efetivamente, configurado como monopólio, ter-se-ia, primeiramente, que a alteração de seu regime dependeria de emenda constitucional, tal como ocorrido com o petróleo e com a atividade de resseguros, a seguir tratada. Outra consequência seria o fato de que a continuidade do serviço e a sua disponibilização universal estariam asseguradas, precariamente, pela Lei 6.538, de 22.06.1978 (arts. 3º e 4º), e não precisamente pela natureza da atividade, como ocorre com aquelas configuradas como serviços públicos. Por fim, tem-se que o serviço postal estará franqueado, única e exclusivamente, à ECT, empresa pública que detém, nos termos da lei acima mencionada, a competência para explorar tal serviço e, mais importante, a prerrogativa de constituir subsidiárias ou celebrar contratos e convênios com agentes privados, em regime de colaboração (e nunca de concorrência), em detrimento, desnecessário dizer, do usuário, o qual receberá, por um valor proporcionalmente maior, um produto de menor qualidade.

Já, ao contrário, como efetivamente entendeu o STF, considerando-se o serviço postal um serviço público, ainda que sua exploração dependa de concessão da União, a sua prestação poderá ser feita de forma concorrencial (mitigada). É que o art. 16 da Lei 8.987, de 13.02.1995, bem determina que a outorga de concessão, em caráter de exclusividade, é a exceção e não a regra. A exclusividade na prestação, por um agente privado, de determinado serviço público, somente ocorrerá caso haja inviabilidade técnica ou econômica que a justifique (TAVARES, 2011, p. 288).

Outrossim, noutra oportunidade, já asseveramos:

[..] estabeleceu que a exclusividade em sentido amplo da União pode se operar em outras situações fora das previstas no artigo 177. De outro lado, trabalhou com uma temática em que, embora a discussão se desse em cima de

atividade econômica, até mesmo utilizada como pressuposto pela arguente, tinha a forte raiz do serviço público [...] O STF, todavia, por 6 votos a 4, refutou a alegação de que o serviço postal configura atividade econômica em sentido estrito, derrubando o pressuposto da Associação e conduzindo o julgamento a uma ideia de serviço público. Se se trata de um serviço público (BORGES DE OLIVEIRA, 2013, p. 100-101).

No julgamento, restou evidente que o Tribunal buscou explicitar a diferenciação entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, exaltando que a atividade postal trata de serviço público, ressaltando que, por isso, não haveria que se falar em monopólio, mas sim em privilégio ou exclusividade na prestação do serviço. Igualmente, “podese inferir que a maioria reconheceu a possibilidade de adoção de exclusividade quando necessária para assegurar a viabilidade econômica da manutenção do serviço público” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 897).

Acerca do enquadramento dos serviços postais, pondera Carneiro:

[...] os serviços postais não possuem natureza jurídica de atividade econômica em sentido estrito, portanto, consubstancia-se como serviço público; o embasamento legal pauta-se tanto na “recepção” da Lei 6.538/78 e na previsão constitucional do Estado “mantenedor”, para Estado executor em caráter exclusivo da exploração do serviço postal e correio aéreo nacional, outrora, não haveria qualquer ofensa sendo todas essas alegações condizentes com a Constituição, fato que não se sustenta, dadas as fragilidades legal e fática do amparo dessas premissas. Como resultado de oposição ao monopólio, se é que se pode contemplar um avanço, a única conquista foi a não aplicabilidade da pena, em razão da violação da reserva legal, fato que não representa uma conquista ao desenvolvimento dos serviços postais, pois não houve desconsideração da Lei 6.538/78, ou mesmo uma nova delimitação dos serviços que foram instituídos à ditadura. O que houve foi tão somente uma interpretação, conforme a constituição conferida ao artigo 42 de seu bojo (CARNEIRO, 2015, p. 85).

Por outro lado, em crítica ao enquadramento:

[...] no caso da ADPF, prevaleceu a tese sustentada pelo então ministro Eros Roberto Grau, no sentido da improcedência da ação. Ao primeiro argumento (ou seja, discussão sobre a possível violação aos princípios constitucionais econômicos e enquadramento do serviço postal como atividade econômica), esclareceu o ministro tratar-se de serviço público, sendo, pois inaplicáveis os princípios constitucionais que regem as atividades econômicas em sentido estrito, insculpidos no art. 170 da Carta.

[...] Em que pesem os fortes argumentos que levaram ao prevalecimento da tese sustentada pelo voto vencedor, entendemos que o monopólio dos Correios sobre o serviço postal, especialmente após a CF/88, não poderia permanecer. Isto porque, nos moldes do art. 21, X, da Lei Maior, não existe previsão expressa de que as atividades lá descritas podem ser executadas com exclusividade pela União, nos moldes do que o mesmo dispositivo prevê em relação a outras matérias (QUEIROZ, 2012, p. 206).

Ao depois, a questão não se cinge apenas ao enquadramento dos serviços postais enquanto serviço público, adentrando à problemática da ausência de delimitação da definição de “carta”.

A despeito do resultado do julgamento, pondera-se a existência de divergência entre os Ministros, possibilitando-se a observância de três teses que serão analisadas.

2.1 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constitui ação que se insere dentro do âmbito do controle concentrado de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal. Apesar de sua previsão originária no texto constitucional (art. 102, §1º, CF), para efetividade do instrumento havia dependência de intermediação legislativa, uma vez se tratar de norma de eficácia limitada. A legislação adveio apenas em 1999, com a Lei 9.882.

Consoante seu artigo 1º, o objetivo da ADPF é “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, e também será cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Acerca da intermediação legislativa, anota Alexandre de Moraes:

[...] a lei regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental da seguinte forma: órgão competente para o processo e julgamento: Supremo Tribunal Federal; legitimados ativos: são os mesmos colegitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I a IX), ou seja, o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, as Mesas das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; hipóteses de cabimento: a lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses – para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; ressalte-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser proposta em face de atos do poder público já concretizados, não se prestando para a realização de controle preventivo desses atos. Igualmente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não será cabível contra súmulas do Supremo Tribunal Federal, que “não podem ser concebidos como atos do Poder Público lesivos a preceito fundamental”, pois “os enunciados de Súmula são apenas expressões sintetizadas de orientações reiteradamente assentadas pela Corte, cuja revisão deve ocorrer de forma paulatina, assim como se formam os entendimentos jurisprudenciais que resultam na edição dos verbetes” (MORAES, 2016, p. 1.216).

Na prática, diante de seu objeto mais restrito – preceito fundamental – a ADPF atua subsidiariamente, nas situações em que não for possível o manejo das demais ações de controle concentrado junto ao STF, o que ocorre, precipuamente, com as normas municipais e com as normas pré-constitucionais. Assim, torna-se um instrumento essencial para análise de recepção das normas.

Fora justamente esse ponto que motivou a ADPF 46-7, tendo em vista se tratar de norma anterior ao texto constitucional. Nesse tocante, como adiantado, objetivou analisar sua recepção pelo texto constitucional tendo como parâmetro o preceito fundamental da livre iniciativa e da livre concorrência.

2.2 AS TESES AVENTADAS NO JULGAMENTO DA ADPF 46-7

Durante a discussão e julgamento da ADPF foram aventadas três teses acerca dos serviços postais, as quais serão brevemente abordadas abaixo.

A primeira corrente é extraída do voto do Ministro Marco Aurélio de Melo, relator da ação, no sentido de procedência total dos pedidos formulados, vale dizer, reconhecendo que o serviço postal pode ser exercido por qualquer empresa, pública ou privada. Ponderando acerca do alcance do artigo 21, X, da Constituição Federal, assim se manifesta:

[...] qual o significado do teor do inciso X do artigo 21? Será que o sentido da expressão “manter o serviço postal” é hoje o mesmo de duzentos anos atrás, quando, pelo Alvará de 20 de Janeiro de 1798, instituiu-se que competia aos Poderes Públicos o processo de organização postal dos Correios Terrestres? Será que se está condenado a ficar permanentemente atrelado ao passado, ignorando que o sentido das normas também é condicionado pela evolução da vida, da vida em sociedade? A resposta é desenganadamente negativa, revelando-se um sonoro “não”.

Em síntese, o voto do relator Ministro Marco Aurélio foi no sentido de que a Lei 6.538/78 não foi recepcionada, em especial após os anos 1980, ocasião em que o Estado gradativamente passou a diminuir a participação direta na economia, o que se acentuou nos anos 90 e, assim, tornaria inconstitucional eventual monopólio.

Note-se que, na compreensão do relator, trata-se de monopólio porque, na sua análise, a Empresa de Correios e Telégrafos opera com atividade eminentemente econômica, de forma que a denominação “serviço público” é mera conveniência política.

[...] a noção de serviço público não está ligada a questões ontológicas, nem mesmo funciona como corolário da natureza das coisas. Nenhuma atividade é, em si mesma, um serviço público. Tudo depende da maior ou menor intervenção que o Estado deseje realizar na atividade econômica.

Esse posicionamento do relator encontra amparo na doutrina, como se nota a seguir:

[...] o Monopólio Postal que se encontra fundamentado no Decreto-Lei n.509/69 e na Lei n.6538/78, não expressamente previsto na Constituição e nem recepcionado por ela, certo que o referido modelo é claramente contrário à ideia de livre mercado, não merece prosperar.

As hipóteses de monopólio legal estão expressamente previstas na Constituição Federal, não admitindo ampliação por normas infraconstitucionais anteriores que contenham previsão nesse sentido, nem interpretações jurídicas em descompasso com os preceitos fundamentais. Razão pela qual, tais normas e entendimentos, devem ser consideradas em dissonância ao atual ordenamento jurídico (CARNEIRO, 2015, p. 110).

Seguindo a linha de pensamento do Ministro Marco Aurélio em seu voto atenta-se que há entendimento de que a Lei 6.538 de 1978 não foi recepcionada justamente por ferir o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, sendo que tais princípios são as regras gerais do sistema de mercado livre expresso no Brasil por meio da Constituição Federal. Diante disso, não se poderia cogitar em regime de monopólio como indicado na legislação anterior. (GABAN, 2011, p. 218)

Ainda,

Se a Constituição não deliberou de forma expressa acerca da existência de monopólio da ECT no que tange aos serviços postais, as normas infraconstitucionais que o fazem, a saber, Lei nº 6.538/1978 juntamente com o Decreto Lei nº 509/1969, não foram recepcionadas, uma vez que as restrições aos princípios constitucionais só podem ser feitas pela própria Constituição (GABAN, 2011, p. 221).

Igualmente, Leonardo Vizeu Figueiredo entende que o serviço postal é atividade econômica em sentido estrito, exaltando que quando da promulgação da Lei dos serviços postais, o serviço fora caracterizado como monopólio da União, haja vista que

[...] mediante opção política da República, o setor postal passou a ser explorado como atividade econômica em sentido estrito, mediante a criação de uma empresa pública federal para tanto. Assim, com o desenvolvimento dos setores produtivos do Brasil tornou-se necessária a reorganização do setor postal em torno de um modelo mais moderno que o de serviço público, que não apresentava infraestrutura compatível com as necessidades dos usuários. Assim, foi criada a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, controlada exclusivamente pela União, nos termos do Decreto-lei nº 509, de 1969. Por sua vez, o setor postal foi monopolizado em torno da União, mediante edição da Lei nº 6.538, de 1978, dando aos serviços postais nítida natureza jurídica de atividade econômica, ainda que sob regime de exclusividade do Estado. Há que se ter em mente que tal lei foi promulgada sob a vigência da Constituição de 1967/69, que em seu art. 163 permitia o estabelecimento de monopólios por ato infraconstitucional (FIGUEIREDO, 2009, p. 256).

Ademais, tem-se que ao se considerar a necessidade de quebra de monopólio da atividade postal se estaria reconhecendo os ditames da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de exercício da profissão, ponderando-se que o engrandecer de tais liberdades seriam benéficas para a concretização dos direitos sociais e diminuição das desigualdades (RAMOS, 2016, p. 53).

No mesmo sentido, pondera-se que o serviço postal é entendido como questão essencial ao desenvolvimento do país, sendo que por isso houve a indicação constitucional de que a União deveria manter o serviço. Entretanto, entende-se que do artigo 21, da Constituição Federal não se extrai o regime de monopólio, haja vista que tal interpretação colidiria com o princípio da livre iniciativa, bem como diante da evolução da gestão administrativa que inclui o ideal de desburocratização, abertura ao capital estrangeiro e cooperação entre a iniciativa privada e o Estado (XAVIER, 2005, p. 95-96). “No caso dos serviços postais, entende-se que o Estado deveria apenas atuar como regulador concorrencial e não prestador direto, podendo os incentivos à universalização ser estabelecidos como condições de entrada nos diversos mercados existentes” (GABAN, 2011, p. 241).

Ademais,

se as normas garantidoras de tal monopólio faziam sentido à época em que só o Estado era capaz de executar o serviço de correios, hoje claramente essas normas não encontram mais suporte na realidade, além de confrontarem com os princípios da atual Constituição da República. Essa incompatibilidade entre o monopólio postal, a realidade do serviço e o próprio ordenamento se aflora à medida que se passa a considerar as disposições específicas da Constituição de 1988 (GABAN, 2011, p. 215).

Tem-se que há entendimento doutrinário que acompanha os argumentos indicados pela primeira corrente, sendo ressaltado o aspecto de atividade econômica e de não se ferir a livre iniciativa e livre concorrência com a manutenção do regime de monopólio dos serviços postais prestados pela Empresa de Correios e Telégrafos.

A segunda e majoritária corrente foi encabeçada pelo Ministro Eros Grau, e seguida pelos Ministros Ellen Gracie, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, César Peluso e Carlos Ayres Brito.

O Ministro Eros Grau ressaltou em seu voto que, em verdade, o serviço postal é serviço público e não atividade econômica em sentido estrito, motivo pelo qual não há que se falar em livre iniciativa e livre concorrência, mas sim em competência do ente público. A atuação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos quando do exercício da atividade de serviço postal é em regime de privilégio, pois não se concebe que haja concorrência com o particular no serviço público postal, com as definições que a limitam de acordo com a legislação do ordenamento pátrio.

O próprio Ministro Eros Grau, em obra sobre a ordem econômica, já explanou anteriormente a diferença entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito:

[...] serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social. [...] Daí por que diremos que, ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de imperativo da segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao interesse social, o Estado desenvolve serviço público (GRAU, 2010, p. 128-129).

Já em seu voto, o Ministro Eros Grau sustentou que por ser o serviço postal um serviço público ele é regulado pelo regime de privilégio (ou de exclusividade) e não monopólio (que é relacionado à atividade econômica em sentido estrito), ressaltando que tem

[...] reiteradamente insistido na necessidade de apartarmos o regime de privilégio, de que se reveste a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito. Já a exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Ruy Barbosa afirmava a necessidade de distinguirmos entre o monopólio da atividade econômica (em sentido estrito) e a situação, “absolutamente diversa, nos seus elementos assim materiais como legais, de outros privilégios, que não desfalcando por modo algum o território do direito individual, confiam a indivíduos ou corporações especiais o exercício exclusivo de certas faculdades, reservadas,

de seu natural, ao uso da administração, no País, no Estado, ou no Município, e por ela delegados, em troca de certas compensações, a esses concessionários privativos”. E, adiante, completa: “Num ou noutro caso, pois, todos esses serviços hão de ser, necessariamente, objeto de privilégios exclusivos, quer os retenha em si o governo local, quer os confie a executores por ele autorizados. De modo que são privilégios exclusivos, mas não monopólios na significação má e funesta da palavra”. Por quê? Porque se trata da exclusividade da prestação de serviço público, que é atividade distinta da atividade econômica em sentido estrito. Por isso digo que o serviço público está para o Estado assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado.

Interessante ponderar que o regime de privilégio do serviço postal indicado no voto é entendido pelo viés de que o serviço prestado é serviço público e não atividade econômica *stricto sensu* que seria apta à livre concorrência. O regime adotado para os correios se refere à “impossibilidade material ou econômica de desempenho do serviço público em regime de competição” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 896). Destacando que o serviço público é entendido como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público” (DI PIETRO, 2017, p. 138).

Igualmente, tem-se que a atividade econômica *lato sensu* envolve a atividade econômica *stricto sensu* e o serviço público, sendo que o regime de monopólio difere do de privilégio na medida em que o privilégio se refere acerca da atuação de forma exclusiva pelo Estado em atividade relacionada ao serviço público.

Ainda, a questão de a atividade de serviço postal ser considerada serviço público, de acordo com o entendimento do STF e extraída da intenção da legislação, diz respeito que o serviço público não buscaria o lucro, mas sim a prestação de atividade condizente com o interesse público, ponderando-se que ao se manter a prestação com exclusividade da União se evitaria eventual prática abusiva de preço e buscar aumentada de lucro (SCHWANZ; MARIA, 2019, p. 519).

Posteriormente, filiando-se à mesma tese, o Ministro Joaquim Barbosa asseverou que, em seu entendimento, o serviço postal é serviço público, diante de sua extensão territorial, com vistas a atender o interesse de toda a coletividade:

[...] uma análise pormenorizada do que consubstanciaria o serviço postal conduz inafastavelmente à constatação de que o interesse primordial em jogo é o interesse geral de toda a coletividade. É do interesse da sociedade que, em todo e qualquer Município da Federação, seja possível enviar/receber cartas pessoais, documentos e demais objetos elencados na legislação, com segurança, eficiência, continuidade e tarifas módicas. Não é mera faculdade do poder público colocar esse serviço à disposição da sociedade, e muito menos deixar sua completa execução aos humores do mercado, informado por interesses privados e econômicos. A Constituição é clara no art. 22, X, ao afirmar que “compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”. Entendo que, ao falar em “manter o serviço postal”, a Constituição determinou que cabe à União assegurar sua execução em todo o território nacional, não apenas por abarcar um interesse coletivo significativo, mas também por ser fator importante de integração nacional.

Em mesmo sentido, doutrinariamente, Celso Antônio Bandeira de Melo entende que o serviço postal é serviço público, acrescentando que deve ser prestado diretamente pela União, haja vista que

[...] há duas espécies de serviços que só podem ser prestados pelo próprio Estado, isto é, que não podem ser prestados por concessão, permissão ou autorização. São eles os de serviço postal e correio aéreo nacional, como resulta do art. 21, X.

Isto porque, ao arrolar no art. 21 competências da União quanto à prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras “a” a “f”) diversos serviços. A respeito deles esclarece que a União os explorará diretamente “ou mediante autorização, concessão ou permissão”. Diversamente, ao referir no inciso X o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, é visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou (MELO, 2015, p. 712-713).

Isso até mesmo diante da diferenciação entre serviço público e a atividade econômica em sentido estrito, que, nas palavras do supracitado professor,

[...] se está em pauta atividade que o Texto Constitucional atribuiu aos particulares e não atribuiu ao Poder Público, admitindo, apenas, que este, excepcionalmente, possa empresá-la quando movido por “imperativos da segurança nacional” ou acicatado por “relevante interesse coletivo”, como tais “definidos em lei” (tudo consoante dispõe o art. 173 da Lei Magna), casos em que operará, basicamente, na conformidade do regime de Direito Privado, é evidente que em hipóteses quejandas não se estará perante atividade pública, e, portanto, não se estará perante serviços públicos. (MELO, 2015, p. 709).

Destaca-se que o serviço postal deve ser prestado pela União, exclusivamente pelo poder público, não sendo possível a delegação à iniciativa privada haja vista trata-se de regime de privilégio, não havendo que se falar em monopólio, pois tal “expressão é utilizada para exploração de atividades econômicas”, sendo que o “serviço postal é serviço no qual a fazenda pública goza de exclusividade” (CARVALHO, 2021, p. 225).

Na mesma linha de pensamento José Afonso da Silva indica que

além da exploração e execução de serviços públicos decorrentes de sua natureza de entidade estatal, a Constituição conferiu à União, em caráter exclusivo, a competência para explorar determinados serviços que reputou públicos, tais como: a) manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (SILVA, 2005, p. 497-498).

Ainda, ponderando acerca da natureza de serviço público do serviço postal e de sua classificação do regime de privilégio, tem-se que o serviço postal não se caracteriza como monopólio por a atividade não se encontrar no rol do art. 177, da Constituição Federal, bem como por a atividade não ser de produção de bens e sim de prestação de serviços, de serviço público. O serviço postal também não é entendido como atividade econômica em sentido estrito, em que a atuação estatal seria em regime de competição com os particulares. Tem-se que, seguindo a lógica dos argumentos indicados, o julgamento do STF pela recepção da Lei foi condizente com os parâmetros constitucionais (SCHWANZ; MARIA, 2019, p. 524).

O serviço postal é serviço público, sendo que se extrai da redação da Constituição Federal, “especificamente das competências atribuídas à União (art. 21, X), essa natureza jurídica do serviço. A partir da repartição de competências entre os entes federativos, o serviço postal seria um serviço público por determinação/definição constitucional” (MESQUITA, 2012, p. 84).

Igualmente,

verifica-se que a lei afastou do particular a possibilidade de exercer o serviço postal por meio de permissão, concessão ou autorização. Da mesma maneira, os entes federativos não têm legitimidade para dispor de referida matéria. Portanto, o serviço postal deve ser prestado por meio de serviço público, de competência exclusiva da União para decidir como fazê-lo, desde que respeitado os seus próprios limites constitucionais (COSTA; RIBEIRO, 2017, p. 1007).

Ainda, de se ponderar que o serviço postal exercido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é entendido como serviço público exclusivo do Estado, não sendo possível a concorrência com o particular nesse ponto. Destacando-se que a Constituição Federal de 1988 “não abarcou o serviço postal no rol de suas atividades monopolizadas conforme dispõe o art. 177 devido ao fato de não ser atividade exercida em concorrência com os particulares. Ou seja, não é possível vislumbrar a competição no que tange ao serviço postal” (MOLLICA; SILVA, 2017, p. 241-242).

Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa ressalta que a Lei 6.538/1978, no seu artigo 9º, estabelece as atividades que devem ser desenvolvidas pelos Correios em regime de privilégio, quais sejam, transporte de cartas e cartão postal e de correspondência agrupada e ainda fabricação de selos. Igualmente, ressaltou que a Lei 6.538/1978, no artigo 47, define o que é carta e que tal definição inclui as de caráter comercial:

[...] a Lei 6.538/1978 define claramente o que seja “carta”, nos seguintes termos: “objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário” (art. 47). Não há como excluir desse conceito legal de carta os boletos bancários e notificações para cobrança de débitos, faturas de consumo de gás, luz e outras, bem como qualquer correspondência que contenha informação de interesse específico do destinatário, como o são quaisquer cobranças de débitos (BRASIL, 2009, p. 90).

Os demais Ministros que seguiram a tese majoritária endossaram os mesmos fundamentos acerca da natureza de serviço público dos serviços postais.

Uma terceira corrente foi orientada pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, em uma posição intermediária, compreendendo que o serviço postal é serviço público e não atividade econômica em sentido estrito, porém deveria haver a delimitação da definição de carta para retirar do alcance a distribuição de boletos e impressos comerciais.

Esta tese ou corrente intermediária também foi seguida pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, sendo igualmente destacada a necessidade de delimitar a definição de carta para abarcar somente as correspondências de caráter pessoal.

O Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que

[...] a competência privativa da União para manter o serviço postal, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal, não engloba a correspondência comercial e a entrega de encomendas. Esses serviços não estão, a meu ver, abrangidos pelo monopólio estatal, que se limita ao serviço postal *stricto sensu*, ou seja, à entrega de correspondência pessoal, inclusive ligada à garantia que a Constituição estabelece relativamente à inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, e à emissão de selos, etc., enquanto serviço público.

Houve a exposição de três correntes quando do julgamento da ação, porém não se conseguiu enfrentar a situação de se ressaltar e delimitar o alcance da atuação de privilégio do serviço postal. O STF se limitou a ressaltar que a legislação já explanava o que seria o objeto do monopólio ou privilégio postal, entretanto tal entendimento não coaduna com a realidade posta. Tem-se que não se consegue pacificar e esclarecer as atividades que seriam englobadas no regime de privilégio e aquelas que seriam aptas à iniciativa privada.

Apesar das discussões durante o julgamento da ADPF, não houve consenso ou delimitação da definição de carta, mantendo as incertezas sobre o alcance do monopólio ou privilégio dos serviços postais.

3. INDEFINIÇÕES E AÇÕES ATUAIS ACERCA DO SERVIÇO POSTAL

A principal questão que não restou pacificada no julgamento diz respeito à definição da expressão “carta”. Alguns Ministros apenas se limitaram a indicar ou reiterar os argumentos e expressões da Lei 6.538/78.

Destaca-se que

Como a posição prevalecente foi aquela em que não se abordou os limites do monopólio postal, o STF não conseguiu, no julgamento da ADPF 46, esclarecer de forma exaustiva as questões suscitadas e sanar os conflitos existentes. Ao focar na definição da natureza jurídica do serviço postal e na distinção entre monopólio e exclusividade, as discussões no STF adotaram uma racionalidade bastante formalista e distante da realidade do setor e dos potenciais impactos econômicos da questão levada a exame. A Corte deixou, com isso, de aclarar aspectos controversos da questão que impactavam e continuam a impactar diversas atividades econômicas no País, que se valem de serviços cuja qualificação como postal ou extrapostal não foi definida (MORGULIS, 2015, p. 15).

O artigo 9º, da Lei 6.538/78, em seu inciso I, indica que “são exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal”. Por sua vez, o artigo 47, da mesma Lei expressa que:

Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições: CARTA - objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

Ressalta-se que quando do julgamento da ADPF 46, o monopólio foi garantido no que tange “às atividades do art. 9.º da Lei 6.538/1978, quais sejam: o recebimento, transporte, entrega e expedição para o exterior de carta, cartão-postal e de correspondência agrupada, bem como a fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal” (ROSENBLATT; VALADARES, 2016, p. 10).

Como se nota, a definição legal de “carta” é extremamente abrangente, englobando as correspondências de natureza comercial, possibilitando, por vezes, dificuldades na atividade empresarial, pois se obriga a utilização dos serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em detrimento de outras empresas de logística ou até mesmo do próprio remetente proceder à entrega de documentos de cunho comercial.

Conforme ensino de Leonardo Vizeu Figueiredo,

[...] ainda que a decisão narre que a ADPF n. 46-7 foi julgada improcedente, a Corte Suprema deu interpretação conforme à Constituição no sentido de restringir a tipicidade penal do artigo 42 da Lei n. 6.538/1978 às atividades de recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e à expedição, para o exterior, de carta, cartão-postal e de correspondência agrupada, além da fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal. Portanto, a contrario sensu, as demais atividades econômicas exploradas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos estão abertas à livre-iniciativa, podendo ser exploradas pelos demais agentes competidores, a saber, a remessa de valores, encomendas e objetos (FIGUEIREDO, 2014, p. 125).

Apesar de não ter havido delimitação para restringir o serviço postal a cartas de cunho pessoal, sem natureza comercial, o serviço de entrega de encomendas não é englobado no dito privilégio postal. Em tal atividade há o exercício de concorrência entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as demais empresas de logística.

3.1 AÇÕES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Outras duas ações, uma no Supremo Tribunal Federal e uma no Superior Tribunal de Justiça discutem questões que tangenciam a definição de carta. Trata-se do Recurso Extraordinário 667.958 e do Recurso Especial 1.322.133.

O Recurso Especial 1.322.133 iniciou sua tramitação no Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2012 e diz respeito à situação de entrega de boletos ou faturas de energia diretamente pela concessionária de energia ao consumidor.

Apesar de o STJ por maioria não ter conhecido o recurso, deve-se destacar o voto do relator da ação Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o qual ponderou que a entrega de faturas de energia não seria serviço postal e sim um serviço subsequente à leitura do medidor e à sua fiscalização. Destacou que

[...] não há como entender o serviço postal (de competência exclusiva da União) como uma dessas ações isoladas, ou seja, somente receber, expedir ou entregar objeto de correspondência. A atividade postal explorada em regime de monopólio pela União, por meio da ECT, abrange as três ações conjuntas (recebimento, transporte e entrega). A simples entrega de carta, definição na qual estão incluídas as contas ou faturas de energia (art. 16 do Decreto 83.858/79), sem a realização das demais ações (recebimento do remetente e transporte da carta), não caracteriza serviço postal.

O Recurso Especial está pendente de julgamento de embargos de declaração interpostos em relação ao acórdão, haja vista que se busca que haja a análise e julgamento do mérito para se aclarar a situação.

Por sua vez, o Recurso Extraordinário 667.958, protocolado no Supremo Tribunal Federal em 2011, teve reconhecida a existência de repercussão geral, atual Tema 527: “Serviço de entrega de guias ou boletos de cobrança realizado diretamente pelo ente federativo interessado em face do monopólio da União”.

O recurso teve origem em ação que discute a possibilidade de o município efetuar a entrega dos boletos de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) diretamente ao contribuinte, sem a necessidade de contratação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Frise-se que as instâncias inferiores reconheceram a possibilidade de entrega dos carnês de IPTU pela municipalidade sem a contratação dos Correios, porém não houve ainda julgamento do recurso no STF.

3.2 SHAM LITIGATION E OS CORREIOS

Sham Litigation é entendida como a conduta de litigar, com abuso de direito, visando prejudicar a concorrência. Não se confunde com a litigância de má-fé, instituto eminentemente processual,

[...] pois trata da litigância (*litigation*) e do embuste, falsificação (*sham*), com vistas à obtenção da eliminação ou mitigação da concorrência, uma quase litigância predatória, notadamente, simulada. Com esta nomenclatura foge-se da pecha de direito processual, visto que se deve ter um isolamento da avaliação do que constitui uma conduta errônea no campo do direito processual daquela mesma conduta em sua versão linguística (fato jurídico) no direito concorrencial. Este abuso processual pode ocorrer de várias formas, quer sejam diretas, ou seja, litigando diretamente com a outra parte, quer sejam indiretas, com estímulo de processos (de terceiros) que envolvem a outra parte, com processos que afetem indiretamente a outra parte e, também, o Lobby congressional ou mesmo administrativo.

[...]

Obviamente o que está no centro das especulações deste instituto é o abuso de posição processual, notadamente quando sem fundamento ou inoportuna a causa, e o nexos causal com um dano concorrencial, obviamente deixando de lado a necessidade de se ter uma dominância no mercado para que se avalie tal situação, mas, meramente, um juízo de impacto no mercado (VITA, 2015, p. 176).

Ainda, define-se *Sham Litigation* como “uma litigância predatória ou fraudulenta com efeitos anti-concorrenciais - isto é, o uso indevido dos tribunais e outros órgãos governamentais contra rivais com o objetivo de atingir efeitos contra a livre concorrência” (RENZETTI, 2017, p. 157).

Pode-se notar que a *Sham Litigation* tem a finalidade de prejudicar a concorrência com a utilização de petições a órgãos governamentais, sendo que o prejuízo é causado não necessariamente pela resposta final do órgão, mas pelo próprio procedimento em si (RENZETTI, 2017, p. 158).

Igualmente,

mediante a litigância predatória o agente consegue impor aos seus rivais novos custos. Estes podem ser tanto custos diretos de litigar quanto custos indiretos, tais como: dificuldade (ou até impossibilidade) de obtenção de crédito pelos concorrentes acionados; desvio de clientes ao ameaçá-los com a

propositura de ações; bloqueio da produção ou prestação dos serviços e vendas dos concorrentes a partir da obtenção de ordens cautelares ou liminares, até a decisão judicial final (MORGULIS, 2015, p. 23).

Diante da indefinição quando do julgamento da ADPF 46-7 quanto ao alcance do termo carta, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos iniciou uma avalanche de processos contra as empresas de logísticas, municípios e concessionárias de energia e água, sob o pretexto de que tais entes estariam violando o monopólio postal.

A situação foi levada ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que iniciou procedimento administrativo para apuração da conduta dos Correios, sendo que a Superintendência-Geral entendeu que houve prática de *Sham Litigation*, pois

[...] analisou os resultados de mais de 200 processos judiciais envolvendo a empresa nos quais se discute a extensão do monopólio postal. Os Correios perderam a maioria das ações relativas a produtos como boletos de tributos e faturas de água e luz impressas na hora.

Para a Superintendência, a prática indicaria a realização de *sham litigation* por parte da ECT. O fato de os Correios insistirem em um alto número de ações e pedidos de liminar potencialmente sem fundamento representaria um custo significativo para os clientes e demais empresas que atuam neste setor, trazendo consequências danosas para a concorrência, como a retirada de players do mercado, redução da competição, imposição de barreiras à entrada, preços mais elevados, menor qualidade e velocidade de prestação do serviço, e menor variedade de opções para a base consumidora.

Ainda de acordo com a Superintendência, a estratégia da litigância não seria tão onerosa para a estatal em função de uma série de fatores inerentes a ela, como privilégios processuais e corpo fixo de advogados para sua defesa (CADE, 2017).

Com a conclusão do procedimento houve a realização de Termo de Compromisso de Cessação em que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos se comprometeu ao pagamento de quantia no importe de R\$ 21,9 milhões ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, a título de contribuição pecuniária, bem como evitar a prática de condutas lesivas à concorrência (CADE, 2019).

4. CONCLUSÕES

Como cediço, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é cabível para reparar lesão a preceito fundamental, compreendido como norma da constituição que exprime relação de princípio e que serve de base para interpretação e análise do sistema constitucional, e havendo controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo, inclusive pré-constituição. Na prática, em razão da subsidiariedade do instrumento, ele acaba operando para o combate de normas municipais ou prévias a 1988.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46-7 teve por fundamento o pedido de reconhecimento da não recepção da Lei 6.538 de 1978 (que trata dos serviços postais), bem como a alegação de que o monopólio dos Correios fere os preceitos fundamentais da livre iniciativa e livre concorrência.

Durante o julgamento da ADPF 46-7 surgiram três teses: a) uma primeira, do relator, afirmou que o monopólio dos Correios não fora recepcionado e, por isso, julgava procedente a ADPF; b) uma segunda, que se tornou majoritária, direcionou-se no sentido de que os serviços postais são serviço público e, por isso, não haveria se falar em monopólio e sim em exclusividade ou privilégio; c) a terceira corrente ou tese mantinha a posição de serviço público dos serviços postais, mas indicava a necessidade de delimitar a definição de carta.

Com a ausência de delimitação da abrangência de “carta” para fins de privilégio do serviço postal no julgamento, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos entendeu que serviços de entrega de fatura de energia e água, bem como entrega de boletos de IPTU também estariam incluídos em seu privilégio, sendo que a situação pende de julgamento nos Tribunais Superiores em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral.

Após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46-7, e diante da imprecisão conceitual, os Correios passaram a ingressar com diversas ações contra empresas de logísticas, municípios e concessionárias e energia e água, sendo reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica a situação de *Sham Litigation* por parte da EBCT, resultando na assinatura de Termo de Compromisso de Cessação e obrigação ao pagamento de R\$ 21,9 milhões ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos e o compromisso de evitar condutas lesivas   concorrência.

REFERÊNCIAS

BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. A Empresa Pública no Contexto Sócio-Econômico Atual e Suas Perspectivas. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 24, p. 96-109, dez. 2013.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **CADE firma acordo com Correios em investiga o de condutas anticompetitivas**, 2019. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-firma-acordo-com-correios-em-investigacao-de-condutas-anticompetitivas>. Acesso em 10 jan. 2020.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Superintendência-Geral do CADE recomenda condena o dos Correios**, 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/superintendencia-geral-do-cade-recomenda-condenacao-dos-correios>. Acesso em 10 jan. 2020.

CARNEIRO, Adenele Garcia. **Livre Concorrência na Ordem Econômica Constitucional: desafios e perspectivas da regula o postal brasileira**. 117p. Disserta o (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília, Marília, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

COSTA, Juliana Miranda Alfaia da; RIBEIRO, Maria de Fátima. Considera es sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e suas diversas atividades. **RJLB**. n. 05, p. 991-1021, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/5/2017_05_0991_1021.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A Questão do Monopólio na Constitui o da República Federativa do Brasil e o Setor Postal. **Revista da AGU**, n. 21, p. 233-265, jul./set. 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GABAN, Eduardo Molan. **Monopólio postal à luz do direito constitucional e do direito antitruste: um estudo comparado das experiências europeia e norte-americana**. 325p. Tese (Doutorado em Direito) – PUC São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5662/1/Eduardo%20Molan%20Gaban.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constitui o de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo. **O Regime Jurídico do Setor Postal**: desafios contemporâneos e perspectivas para o setor. 235p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-15052013-152156/publico/Dissertacao_mestrado_completa_Clarissa_Ferreira_de_Melo_Mesquita.pdf. Acesso em: 29 set. 2021.
- MOLLICA, Rogério; SILVA, Tiago Nunes da. O monopólio postal dos correios e a concorrência no serviço de entrega pode ser considerado como serviço público? **RVMD**. n. 01, p. 235-248, jul./dez., 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/8373>. Acesso em: 29 set. 2021.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MORGULIS, Maria Clara de Azevedo. **Monopólio Postal e Litigância Predatória pelos Correios**. 115p. Dissertação (Mestrado em Economia) – Escola de Economia de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: https://biblioteca-digital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13431/Dissertacao_MariaClaraMorgulis_20150223_completa.pdf. Acesso em: 28 set. 2021.
- QUEIROZ, Julian Nogueira de. A Questão do Monopólio dos Correios e a ADPF 46-7. **Revista Direito e Desenvolvimento**, n. 5, p. 191-210, jan./jun., 2012.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**. São Paulo: Método, 2016.
- RENZETTI, Bruno Polonio. Tratamento do Sham Litigation no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Jurisprudência do CADE. **Revista de Defesa da Concorrência**. n. 1, p. 145-177, mai. 2017.
- ROSENBLATT, Paulo; VALADARES, Victor David de Azevedo. A imunidade recíproca dos correios e a necessidade de superação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. n. 130, p. 01-14, set./out., 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bo_2006/RTFPub_n.130.05.PDF. Acesso em: 29 set. 2021.
- SCHWANZ, Hermann Hand; MAIA, Alexandre C. Aguiar. Privilégio postal dos correios: uma análise histórica e constitucional do serviço postal no Brasil. **Revista Derecho y Cambio Social**. n. 56, p. 504-531, abr./jun., 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6967921>. Acesso em: 29 set. 2021.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- VITA, Jonathan Barros. Dois estudos de caso das relações entre direito concorrencial, direito tributário e direito processual: As mudanças de fato de uma causa julgada e a possibilidade de sua revisão e o Sham Litigation. **Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario**, n. 73, p. 167-186, nov. 2015.
- XAVIER, Emanuella Moreira Pires. **Exploração do serviço postal pelas empresas privadas**: inexistência de monopólio da União. 176p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4233/1/arquivo5145_1.pdf. Acesso em: 30 set. 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 17/07/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/08/2021
- Avaliação 1: 23/08/2021
- Avaliação 2: 02/09/2021
- Decisão editorial preliminar: 02/09/2021
- Retorno rodada de correções: 04/10/2021
- Decisão editorial/aprovado: 21/11/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2