



UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

REVISTA DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE FUMEC

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 Zandoná 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 Zandoná Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM:

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

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

REVISOR E TRADUTOR DE INGLÊS

Profa. Marina Araújo Campos Cardoso

Prof. Ronan Cardoso Naves Neto

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

Rodrigo Tito Moura Valadares

Leonardo Ferreira Costa

EDITORAÇÃO

Tecnologia da Informação / Produção Multimídia

Creative Commons License

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC /
Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde. – v. 15, no. 1 (jan./abr. 2020)-. Belo
Horizonte: Universidade FUMEC, 2006-

v. ; 21 x 29,7cm

Quadrimestral

ISSN 2238-6939

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
Arno Dal Ri Jr, Universidade Federal de Santa Catarina
César Augusto Baldi, Universidad Pablo Olavide, 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, Pisa, Itália
Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Prof^a Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe
Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC
Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo
Jan Peter Schmid, Instituto Max Planck, Alemanha
Jean-Christophe Merle, Faculdade de Filosofia da Universidade de Saarbrücken, Alemanha
José Filomeno de Morais Filho, Universidade de Fortaleza
Joaquim Carlos Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais
Jorge Renato dos Reis, Universidade de Santa Cruz do Sul
Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais
Kennedy Kihangi Bindu, Université Libre des Pays des Grands Lacs, República Democrática do Congo
Manuel David Masseno, Instituto Politécnico de Beja, Universidade de Porto, Universidade Federal de Santa Catarina
Nattan Nisimlat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia
Otavio Luiz Rodrigues Junior, Instituto de Educação Superior de Brasília
Paula Nunes Correia, Universidade de Macau, Macau, China
Raymundo Juliano Rego Feitosa, Universidade Federal de Pernambuco

EDITORIAL

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC (mestrado) apresenta a Revista *Meritum* à comunidade acadêmica, com a missão de ser um 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", "Esfera Pública, Legitimidade, Controle".

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

A Revista *Meritum*, nesse contexto de qualidade da produção acadêmica, é periódico tradicional e referência no Direito, sendo classificado com o extrato B1 pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, através do conjunto de procedimentos denominado Qualis Periódicos.

Portanto, se caracteriza por divulgar o conhecimento gerado de investigações 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 científicos, filosóficos, histórico, sociológico e político.

A partir de Volume 15, Número 1, de 2020, a Revista *Meritum* terá novo formato de capa e diagramação das páginas. Passou a adotar a periodicidade quadrimestral (3 números por ano), com recebimento de artigos para avaliação em fluxo contínuo. Além disso, está internacionalizada, por meio do DOI, ou seja, possui identificador de objeto digital, que permite que a publicação seja identificada de forma única e persistente no ambiente Web.

A Revista *Meritum* tem o prazer de anunciar, também, que introduziu a versão em inglês dos artigos escritos em língua portuguesa e a versão em áudio MP3. Foi criada nova seção permanente Dissertações do PPGD FUMEC com o objetivo de dar visibilidade às dissertações defendidas pelos mestrandos.

Os artigos submetidos à Revista *Meritum* vol. 15, n. 1, foram avaliados pela Coordenação Editorial, que examinou a adequação à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre 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.

De maneira crítica, autônoma e plural, neste vol. 15, n. 1, são abordados diversos temas e problemas do universo jurídico relacionados ao Estado Democrático de Direito e a efetivação de direitos. Busca-se analisar e debater perspectivas que auxiliem a interpretar criticamente nossa contemporaneidade e os desafios que dela advêm.

Boa leitura a todos!

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

SUMÁRIO

Artigos

- A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: CONTEÚDO, NATUREZA JURÍDICA, FUNDAMENTOS NORMATIVOS E IMPACTOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO9
THE UNAVAILABILITY OF PUBLIC INTEREST: CONTENT, LEGAL NATURE, NORMATIVE FOUNDATION AND IMPACTS ON BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW
 Luzardo Faria
- DESJUDICIALIZAÇÃO: AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL PELO PROCEDIMENTO DE USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL30
DISCHARGING: ACQUISITION OF PROPERTY IMPOSED BY THE EXTRAJUDICIAL USUCATION PROCEDURE
 Gilberto Ferreira Marchetti Filho
 Ana Julia Muniz Lemes
- A AUTOPOIESE DO DIREITO E A TRANSPARÊNCIA DAS FONTES DE FINANCIAMENTO DO BNDES51
THE AUTOPOIESE OF LAW AND THE TRANSPARENCY OF THE SOURCES OF FINANCING OF THE BNDES
 Gabriela Eulalio de Lima
- EL CUIDADO COMO ESTRATEGIA DE SUPERVIVENCIA HUMANA69
 Discapacidad, género y salud69
CUIDADOS COMO ESTRATÉGIA DE SOBREVIVÊNCIA HUMANA: Deficiência, gênero e saúde
 Daniela Verónica Maza
- RESPONSABILIDADE CIVIL DO PERSONAL TRAINER81
PERSONAL TRAINER'S CIVIL LIABILITY
 Fabrício Germano Alves
 Mayara Vívian de Medeiros
- PRECEDENTES: ENTRE NUVENS E RELÓGIOS95
PRECEDENTS: BETWEEN CLOUDS AND CLOCKS
 Luís Gustavo Reis Mundim
- PHISHING E ENGENHARIA SOCIAL: ENTRE A CRIMINALIZAÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE MEIOS SOCIAIS DE PROTEÇÃO116
PHISHING AND SOCIAL ENGINEERING: BETWEEN CRIMINALIZATION AND THE USE OF SOCIAL MEANS OF PROTECTION
 Mateus de Oliveira Fornasier
 Norberto Milton Paiva Knebel
 Fernanda Viero da Silva
- O ATIVISMO JUDICIAL E O ENFRAQUECIMENTO DO PODER POLÍTICO: CRISE EFETIVA OU MUDANÇA PARADIGMÁTICA?130
THE JUDICIAL ACTIVISM AND THE WEAKNESS OF POLITICAL POWER: EFFECTIVE CRISIS OR PARADIGMATIC CHANGE?
 Celio Roberto Correa
 Doacir Gonçalves de Quadros

O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONAIS INDÍGENAS NA REGIÃO SUL DO BRASIL: UMA ANÁLISE DOS OBSTÁCULOS JURÍDICOS E POLÍTICOS	149
<i>THE PROCESS OF DEMARCATION OF TRADITIONAL LANDS IN THE SOUTHERN BRAZIL REGION: AN ANALYSIS OF LEGAL AND POLITICAL OBSTACLES</i>	
Pedro Luis locks Justi Daniel Ribeiro Preve	
ACESSO À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA NOS CONFLITOS COMPLEXOS: CONTRIBUIÇÃO DA EXPERIÊNCIA ROMANA A SOLUÇÕES POR AUDIÊNCIA PÚBLICA JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DELIBERATIVA	165
<i>ACCESS TO THE JURISDICTION OF JUSTICE IN COMPLEX CONFLICTS: CONTRIBUTION OF THE ROMAN EXPERIENCE TO SOLUTIONS BY DELIBERATE JUDICIAL OR EXTRAJUDICIAL PUBLIC HEARING</i>	
José Isaac Pilati Orides Mezzaroba	
EUTANÁSIA SOCIAL, DIREITO À SAÚDE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UM OLHAR SOBRE A POBREZA EXTREMA	179
<i>SOCIAL EUTHANASIA, RIGHT TO HEALTH AND PERSONALITY RIGHTS: A LOOK AT EXTREME POVERTY</i>	
Dirceu Pereira Siqueira Bruna Caroline Lima de Souza	
HERMENÊUTICA DA USUCAPIÃO FAMILIAR: ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR A PARTIR DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA	200
<i>INTERPRETATION OF FAMILY "USUCAPIÃO": ANALYSIS OF THE REQUIREMENTS OF FAMILY "USUCAPIÃO" ACCORDING TO A JOINT INTERPRETATION</i>	
Hugo Rios Bretas	
UMA INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	215
<i>AN INTRODUCTION TO ECONOMIC ANALYSIS OF LAW</i>	
Rogerio Borba Rafael de Oliveira Mônaco	
FOMENTO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS INOVAÇÃO POR MEIO DOS CONTRATOS DE INVESTIMENTO-ANJO	226
<i>INNOVATION PROMOTION OF MICRO AND SMALL ENTERPRISES THROUGH ANGEL INVESTORS CONTRACTS</i>	
Elisa Mara Coimbra	
ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E BRASIL: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO SOBRE AS IMBRICAÇÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	242
<i>UNITED STATES OF AMERICA AND BRAZIL: A STUDY OF COMPARATIVE LAW ON IMBRICATIONS IN THE JUDICIAL REVIEW</i>	
Alexandre Coutinho Pagliarini Amanda Viega Spaller	
PRÁXIS, REDES SOCIAIS E PROCESSO DE POLITIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS NOVAS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS PERANTE AS DEMOCRACIAS LIBERAIS	261
<i>PRAXIS, SOCIAL MEDIA AND POLITIZATION PROCESS: AN ANALYSIS OF THE NEW SOCIAL MANIFESTS BEFORE LIBERAL DEMOCRACIES</i>	
Elísio Augusto Velloso Bastos Bruna Luísa Batista de Barros	
ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO	280
<i>CRITICAL ANALYSIS OF THE POSSIBILITY OF APPLYING RESTORATIVE JUSTICE BY THE LABOR PROSECUTION OFFICE</i>	
Sandoval Alves da Silva	

Camille de Azevedo Alves
João Renato Rodrigues Siqueira

ONTOLOGIA DA PRIVACIDADE.....302

PRIVACY ONTOLOGY

Sthéfano Bruno Santos Divino

O PLANO DIRETOR E A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO DESENVOLVIMENTO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CIDADE322

THE DIRECTING PLAN AND DEMOCRATIC PARTICIPATION IN DEVELOPING CITY PUBLIC POLICIES

Juliana Castro Torres

Juvêncio Borges Silva

Paula Martins da Silva Costa

A TÉCNICA EXECUTIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS LIMITES337

EXECUTIVE TECHNIQUE IN THE CIVIL PROCESS CODE AND ITS LIMITS

Mateus Schwetter Silva Teixeira

Dissertações do PPGD–FUMEC

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA TEORIA DE JEREMY WALDRON362

Marcelo Matos de Oliveira

O CONTRATO DE NAMORO NA FAMÍLIA EMPRESÁRIA COMO INSTRUMENTO
DE GOVERNANÇA 363

Uyara Vaz da Rocha Travizani

A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE
E PERICULOSIDADE 364

Vítor Ricardo Bhering Braga Junior

A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: CONTEÚDO, NATUREZA JURÍDICA, FUNDAMENTOS NORMATIVOS E IMPACTOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

THE UNAVAILABILITY OF PUBLIC INTEREST: CONTENT, LEGAL NATURE, NORMATIVE FOUNDATION AND IMPACTS ON BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW

LUZARDO FARIA¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é realizar uma análise verticalizada do princípio da indisponibilidade do interesse público. Para tanto, inicialmente será explorado o conteúdo jurídico desse princípio, a fim de identificar do que trata a indisponibilidade do interesse público. Na sequência, será examinada a natureza jurídica da indisponibilidade (isto é, se ela de fato se constitui como um princípio ou se deve ser encarada como uma regra). Diante das críticas quanto à suposta ausência de amparo a este princípio no Direito brasileiro, demonstra-se os seus fundamentos normativos em nível constitucional e infraconstitucional. Ao final, por se tratar de uma das normas-chave do regime jurídico-administrativo, analisa-se os principais impactos da indisponibilidade do interesse público para o Direito Administrativo brasileiro. O artigo utiliza-se de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, amparado no método hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse público. Indisponibilidade. Conteúdo jurídico. Natureza jurídica. Fundamentos normativos.

ABSTRACT

The purpose of this article is to conduct a vertical analysis of the principle of unavailability of the public interest. Therefore, it starts analyzing the legal content of this principle, in order to identify what it really means. In the sequence, the legal nature of the unavailability will be examined (that is, if it is in fact constituted as a principle or if it should be seen as a rule). Once there is a relevant criticism regarding the alleged lack of support for this principle in Brazilian law, the article demonstrates its normative foundations at the constitutional and infraconstitutional level. In the end, considering that this is one of the key norms of the

¹ Mestre e Bacharel em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Editor-Adjunto da Revista de Investigações Constitucionais. Diretor Administrativo-Adjunto do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogado. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7330-2649>. fariacruzardo@hotmail.com

Como citar esse artigo/How to cite this article:

FARIA, Luzardo. *A indisponibilidade do interesse público: conteúdo, natureza jurídica, fundamentos normativos e impactos no Direito Administrativo brasileiro*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 9-29, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7459>.

legal-administrative regime, the main impacts of the unavailability of the public interest for Brazilian Administrative Law are analyzed. The article uses national and foreign bibliographic research, supported by the hypothetical-deductive method.

KEYWORDS: Public interest. unavailability. Legal content. Legal nature. Normative foundation.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da indisponibilidade do interesse público é tido, ao lado na noção de supremacia do interesse público, como uma das normas fundamentais e estruturantes de todo o regime jurídico-administrativo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, isso ocorre não tanto por possuírem, por si próprios, virtudes que os imponham como tal, mas porque é possível constatar que o Direito Administrativo como um todo encampou esses princípios como seu norte jurídico e, a partir disso, validou-se como “fonte-matriz do sistema” (MELLO, 2015, p. 57). Afinal, é facilmente perceptível que as duas normas – que refletem, em solo brasileiro, o clássico binômio de prerrogativas e sujeições que contorna o Direito Administrativo por todo o mundo – é o que dá uma consistência lógica uniforme ao regime jurídico-administrativo.

No entanto, apesar de, ao menos em tese, ser relegada imensa importância ao princípio da indisponibilidade, na prática muito pouco se escreveu sobre ele, restando ainda como um tema praticamente intocado pela ciência do Direito Administrativo no Brasil.

Nesse sentido, Mariana de Siqueira constata que no estudo da categoria de interesse público pelo Direito Administrativo brasileiro “preponderam os trabalhos destinados a repensar a supremacia do interesse público sobre o privado, sendo demasiado escassos aqueles destinados a refletir especificamente sobre a indisponibilidade do interesse público”. A indisponibilidade, reforça a autora, “costuma aparecer nas obras sobre a supremacia a título de ‘carona’ nas arguições teóricas ali construídas, não como objeto principal a constar do título, mas sim como elemento teórico analisado internamente ao longo dos escritos, de maneira pontual e a título acessório” (SIQUEIRA, 2016, p. 202). Há até mesmo que sustente que a indisponibilidade é uma mera decorrência do princípio da supremacia.²

Essa circunstância acaba, frequentemente, por gerar aplicações equivocadas do referido princípio. Em qualquer caso, saber qual é o real conteúdo jurídico de um determinado princípio do qual se pretende fazer uso, conhecer as normas do sistema que respaldam sua existência e os elementos que o compõe são etapas primordiais e inescusáveis para a sua adequada interpretação e aplicação nos casos concretos. A ausência do conhecimento desses fatores pela doutrina e pelos operadores do direito, então, é o problema que justifica a presente pesquisa.

Essas constatações – é importante que fique claro – não se aplicam apenas ao princípio da indisponibilidade do interesse público. No entanto, é no mínimo curioso que a doutrina,

2 Nesse sentido é o posicionamento de MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 108; e de MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Princípio do interesse público*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 511.

a despeito do reconhecimento honroso com que menciona o princípio da indisponibilidade, não tenha até o momento se dedicado de modo aprofundado a identificar cada uma dessas peculiaridades em seu regime jurídico.

Ao relegar ao princípio da indisponibilidade um tom quase que de "obviedade", a comunidade acadêmica abriu espaço para que pouco ou quase nada se conhecesse a respeito desse princípio. E, em última análise, autorizou a Administração Pública e o Poder Judiciário a lançarem mão da noção de indisponibilidade do interesse público como um conceito chavão que serve de amarra à Administração quando eles quiserem.

Buscando combater esse cenário, o objetivo do presente artigo é realizar uma análise verticalizada do princípio da indisponibilidade do interesse público. Para tanto, inicialmente será explorado o conteúdo jurídico desse princípio, a fim de identificar do que trata a indisponibilidade do interesse público. Na sequência, será examinada a natureza jurídica da indisponibilidade (isto é, se ela de fato se constitui como um princípio ou se deve ser encarada como uma regra). Diante das críticas quanto à suposta ausência de amparo a este princípio no Direito brasileiro, demonstra-se os seus fundamentos normativos em nível constitucional e infraconstitucional. Ao final, por se tratar de uma das normas-chave do regime jurídico-administrativo, analisa-se os principais impactos da indisponibilidade do interesse público para o Direito Administrativo brasileiro. O artigo utiliza-se de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, amparado no método hipotético-dedutivo.

2 O CONTEÚDO JURÍDICO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Assim como ocorreu com o princípio da supremacia e com a própria noção de interesse público, o reconhecimento quase que honorífico do princípio da indisponibilidade no Direito Administrativo brasileiro concretiza-se principalmente a partir da difusão dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello. Uma vez que o autor elege esses conceitos como a base estrutural de todo o regime jurídico-administrativo no Brasil e que sua obra foi, sem sombra de dúvidas, a que mais impactou a academia e a jurisprudência em matéria de Direito Administrativo nas últimas décadas, não haveria como o princípio da indisponibilidade não receber tamanha importância.

Como marco inicial para a análise do conteúdo jurídico da indisponibilidade do interesse público, portanto, toma-se emprestada a lição de Bandeira de Mello. Segundo o administrativista, o significado da indisponibilidade reside no fato de que "sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, eles não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis." De acordo com ele, "o próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que pre-dispuser a *intentio legis*" (MELLO, 2015, p. 76).

Apesar da profusão da definição de Celso Antônio e da influência que teve na obra de diversos outros autores que se enveredaram pelo tema, o fato é que não existe um consenso

na doutrina brasileira a respeito do conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público – e isso talvez exatamente por conta de que os escritos sobre o tema via de regra nunca o enfrentaram com a especificidade necessária para compreendê-lo adequadamente.

Em preciosa pesquisa, Natalia Pasquini Moretti (2012, p. 460) identifica que a indisponibilidade é tratada a partir de pelo menos quatro facetas pela doutrina nacional: **(i) indisponibilidade da finalidade legal; (ii) indisponibilidade do dever de agir; (iii) indisponibilidade de bens e serviços públicos; (iv) indisponibilidade das competências administrativas.**

(i) A indisponibilidade da finalidade legal é a faceta à qual o princípio em questão é mais comumente relacionado. Como visto, desde as lições clássicas dos autores mais tradicionais que foram elencados acima entende-se que na atividade administrativa pública "o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir" (LIMA, 2007, p. 37), a qual é encontrada exatamente na legislação.

Por essa perspectiva, à Administração Pública é vedada a tomada de qualquer decisão que não destinada à satisfação dos objetivos impostos ao Estado pela legislação. Isto é, a Administração não pode se desvencilhar dos comandos e direcionamentos que lhe foram impostos pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais. Afinal, o interesse público, em termos jurídicos, é aquilo definido pelo legislador como tal.

É interessante observar que nem mesmo em casos de conflitos de interesses públicos a Administração poderá dispor da finalidade legal. Em um primeiro momento, isso poderia parecer impossível nos casos em que duas normas com finalidades opostas se chocam em um determinado caso concreto. No entanto, deve-se lembrar que a finalidade máxima protegida pela indisponibilidade do interesse público é aquela das normas constitucionais, interpretadas e aplicadas sistematicamente, como um corpo homogêneo de diretrizes a serem seguidas pela Administração Pública. Assim, quando, diante de uma situação específica, a Administração se vir obrigada a deixar de concretizar a finalidade pretendida por determinada norma legal, é imprescindível que isso seja feito apenas na medida em que for adequado, necessário e proporcional. Assim se estará garantindo a realização do interesse público em uma visão mais ampla.

(ii) A indisponibilidade do dever de agir é o que faz com que a Administração Pública deva estar incessantemente empreendendo todos os seus esforços em prol da concretização do interesse público. Não pode o Estado deliberadamente deixar de agir quando enxerga, no caso concreto, a presença de um interesse público,³ ainda que não exista disposição normativa específica exigindo aquela conduta concreta da Administração. Se isso ocorrer, são cabíveis medidas judiciais de caráter mandamental, impondo à Administração uma obrigação de fazer destinada à satisfação do interesse público. É a partir dessa noção que se desenvolve, por exemplo, o princípio da continuidade dos serviços públicos.

É importante ressaltar que a indisponibilidade do dever de agir também deve ser encarada por um prisma inverso, em relação aos deveres de omissão da Administração Pública. Nessas situações, esse mandamento possui a finalidade de impedir o Estado de tomar deter-

3 Nesse sentido, Edmir Netto de Araújo ressalta que "a atividade administrativa é compulsória para a Administração e exigível pelo administrado, se o exercício da competência é obrigatório, pois do interesse público o agente não pode dispor ao seu alvedrio, mas cumprir seu dever, usando do poder que a lei lhe atribuiu." ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74-76.

minada atitude quando se vislumbrar que esse ato importará na violação a um interesse público.⁴ Assim, exige-se que o Estado adote uma posição omissiva. É o que ocorre quando se demanda da Administração o respeito à função de defesa dos direitos fundamentais, a qual assegura aos particulares um espaço de liberdade preservado da ingerência estatal arbitrária.

(iii) A indisponibilidade de bens e serviços públicos relaciona-se com a ideia de que o administrador, por não ser proprietário da coisa pública, não pode dela dispor, senão nas estritas hipóteses previstas na legislação e desde que seguindo os procedimentos lá estabelecidos.⁵ É a lógica que impede a Administração Pública, por exemplo, de vender livremente seus imóveis ou de relegar à iniciativa privada a prestação de um determinado serviço público sem prévio processo licitatório.

(iv) A indisponibilidade das competências administrativas, por sua vez, é o que impede a Administração Pública de deixar cumprir com os deveres que lhe são impostos pelo ordenamento e de utilizar-se das prerrogativas que o regime jurídico-administrativo a mune com o objetivo de instrumentalizar a persecução do interesse público. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes seja atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder por omissão".⁶

Está expressamente positivado no art. 2º, parágrafo único, II da Lei nº 9.784/99, que prevê que a Administração Pública deverá observar os critérios de "atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei". É o que fundamenta, por exemplo, as clássicas posições de que a Administração não pode dispor da aplicação das sanções administrativas ou do gozo das prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública.

Seu conteúdo é bastante semelhante ao sentido atribuído à *indisponibilidade do dever de agir*, com a única diferença que quando se refere à *indisponibilidade das competências administrativas* existe alguma previsão normativa (constitucional, legal ou mesmo administrativa) imbuindo à Administração de uma prerrogativa a ser utilizada em hipóteses objetivamente descritas pela legislação para a persecução do interesse público. No primeiro caso, a *indisponibilidade atua de modo mais genérico* – isto é, ainda que não haja previsão de competência específica –, como forma de direcionar a atividade *praeter legem* da Administração à realização do interesse público.

Ao todo, trata-se de divisão meramente didática, que cumpre sua função ao sistematizar os diversos âmbitos de incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público no Direito Administrativo brasileiro. O problema, porém, reside no fato de que frequentemente, diante de situações concretas, administradores públicos tomam suas decisões movidos por

4 Como lembra Luis de la Morena y de la Morena, "en ausencia de ese interés público, la Administración no podría actuar por cese o desaparición de su único (pero suficiente) soporte justificativo". MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 100-102, p. 847-880, ene./dic. 1983. p. 847.

5 É a definição sobre o princípio da indisponibilidade que se extrai da doutrina de Diógenes Gasparini, desde as edições iniciais de seu Curso. Para ele, "não se acham, segundo esse princípio, os bens, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos da Administração Pública, a quem cabe curá-los, ou do administrador, que os representa". GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 10.

6 É a posição histórica ostentada pela autora, desde as edições iniciais de sua obra: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 67.

apenas uma dessas facetas mencionadas acima, esquecendo, intencionalmente ou não, dos outros ângulos desse princípio.

E, ao fazerem isso, desvirtuam o real conceito da indisponibilidade do interesse público, dando azo a posições conservadoras e intransigentes, que na prática não são capazes de tutelar o interesse público de maneira verdadeiramente adequada. Afinal, uma vez que o interesse público é uma categoria de conteúdo mutável (de acordo não apenas com a legislação, mas até mesmo com o contexto fático de cada caso concreto), visões estanques do princípio da indisponibilidade jamais serão capazes de corresponder à complexidade dessa noção.

É o que acontece, por exemplo, quando autoridades públicas, pretensamente em nome da indisponibilidade do interesse público, se veem obrigadas a contestar ações ou de recorrer de decisões judiciais que lhe sejam desfavoráveis, ainda que se identifique que o postulante, de acordo com as normas vigentes e com o entendimento jurisprudencial dominante, está com a razão. Nesse caso, utiliza-se da indisponibilidade das competências administrativas, sem se preocupar devidamente com a indisponibilidade das finalidades legais, uma vez que claramente não é para isso que o ordenamento jurídico fornece à Fazenda Pública instrumentos de defesa processual.

Assim, uma adequada compreensão do conteúdo jurídico do princípio da indisponibilidade do interesse público deve levar em consideração todas as múltiplas consequências que envolvem o âmbito de proteção dessa norma.

Além disso, é essencial ressaltar a função de "contra-peso" exercida pela indisponibilidade em relação à supremacia do interesse público, como forma de condicionar o agir administrativo no caminho da perseguição de uma determinada finalidade pública, não permitindo que as prerrogativas administrativas sejam utilizadas para qualquer outro fim que não o de interesse público. Nesse ponto se constata que os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público são, no Direito Administrativo brasileiro, condensações do que a doutrina administrativista tradicionalmente coloca como sendo a oposição entre, respectivamente, as prerrogativas e as sujeições da Administração Pública (MELLO, 2015, p. 57), característica mais marcante desse ramo do Direito.

Dessa forma, a relação de complementariedade entre os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público mostra-se patente. Enquanto que o primeiro mune a Administração de prerrogativas tidas como necessárias para que o Poder Público possa realizar as complexas atividades que são de sua incumbência, o segundo atua como uma limitação a essas mesmas prerrogativas, condicionando a atividade administrativa ao atingimento das finalidades legais, o que faz através da imposição de uma série de sujeições que, assim como ocorre com as prerrogativas, também não são vistas nas relações privadas (HACHEM, 2011, p. 106).

E é exatamente o princípio da indisponibilidade que possibilita esse segundo ângulo de se encarar a função do interesse público no Direito Administrativo, fazendo com que "o bem comum seja, ao mesmo tempo, um fundamento e um limite para a atuação estatal" (HAE-BERLIN, 2017, p. 65).

A indisponibilidade, portanto, muito mais do que simplesmente dizer o óbvio (como criticam alguns autores), possui importante função de direcionamento da atividade jurídico-administrativa. Deve-se compreender que é a indisponibilidade do interesse público a

reposta, existente no próprio regime jurídico-administrativo, para frear os excessos indesejáveis que a Administração poderia vir a cometer caso lhe fossem outorgadas apenas prerrogativas (ESCOLA, 1989, p. 13). Afinal, esse princípio, "ao acentuar o dever estatal de servir aos anseios da coletividade, objetivou imprimir uma roupagem democrática ao Direito Administrativo pátrio," (HACHEM, 2011, p. 29) servindo como baliza jurídica do caminho que a Administração Pública, sob a égide da Constituição Federal de 1988, deve perseguir, a fim de alcançar a concretização dos objetivos delineados pela Lei Maior.

3 A NATUREZA JURÍDICA DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: PRINCÍPIO OU REGRA?

Explanados os fatores que compõem o conceito jurídico do princípio da indisponibilidade do interesse público, cumpre agora analisar qual a natureza da referida norma para o Direito. Isto é, qual a forma através da qual ela se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, isso também impacta fortemente no modo como ela será aplicada na prática pelos operadores do Direito.

O termo "princípio" é um dos mais polissêmicos de toda a ciência jurídica.⁷ Dois desses sentidos, porém, são utilizados com muito maior frequência para designar determinada norma jurídica como um princípio e, por tal razão, merecem maior atenção. São os sentidos extraíveis das teorias que classificam uma norma como princípio em razão da *função exercida por ela no ordenamento jurídico e da forma de sua aplicação*.

A primeira compreensão, tida como a mais tradicional,⁸ consideram os princípios as normas fundamentais do sistema, aquelas que conferem racionalidade a todo o sistema jurídica, aquela nas quais todo o ordenamento jurídico se estrutura e baseia.⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello, principal desenvolvedor, como visto, da tese de que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público ostentam caráter de *verdadeiros princípios jurídicos*, segue essa linha. Na definição do administrativa, os princípios represen-

7 Apenas para se ter noção da diversidade de sentidos que se atribui à expressão "princípios jurídicos", vale registrar que Ana Paula de Barcellos, em obra específica sobre a eficácia jurídica dos princípios constitucionais, identificou a existência de pelo menos sete diferentes compreensões para esse termo. T tamanha discordância decorre da diferença dos critérios utilizados pelos autores para classificarem determinada norma jurídica como um princípio. E apenas na pesquisa de Barcellos foram identificados os seguintes critérios: (i) o conteúdo da norma; (ii) a origem e a validade da norma; (iii) o compromisso histórico envolvido em torno da norma; (iv) a função exercida pela norma no ordenamento; (v) a estrutura linguística da norma; (vi) o esforço interpretativo exigido para compreensão do alcance e aplicação da norma; (vii) a forma de aplicação da norma. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 53-56.

8 A constatação é feita por Virgílio Afonso da Silva em: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003. p. 612. É importante registrar que, para além dos autores aqui citados, vários outros doutrinadores afixam-se a essa corrente, como, por exemplo, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 49), Cármen Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 23-25), José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 91), entre outros. Daí a razão por esse ser considerado o modelo "tradicional" no Direito brasileiro.

9 Geraldo Ataliba, por exemplo, um dos nomes mais consagrados do Direito Tributário brasileiro na segunda metade do século XX, manifesta-se no seguinte sentido: "os princípios são a chave e essência de todo o direito. Não há direito sem princípios. As simples regras jurídicas de nada valem se não estiverem apoiadas em princípios sólidos". ATALIBA, Geraldo. *Mudança da Constituição*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 86, p. 181-186, abr./jun. 1988. p. 181.

tam os mandamentos nucleares do sistema jurídico. Em passagem que se tornou bastante conhecida, o autor se refere aos princípios jurídicos como uma "disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico". E, por essas razões, conclui que "violiar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma" (MELLO, 2015, p. 54).

O outro modelo bastante comum de diferenciar os princípios das regras jurídicas é a partir da sua forma de aplicação. Essa corrente, que ganhou grande atenção por parte da doutrina brasileira nas últimas décadas, é liderada pelas lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy. É importante ressaltar que, apesar de quase sempre serem citados em conjunto, como se tratassem de uma mesma linha de pensamento, as teorias construídas por Dworkin e Alexy possuem alguns pontos de divergência entre si.¹⁰ No entanto, como dito, ambas adotam a estrutura lógico-normativa do comando jurídico em questão como critério para defini-lo como regra ou como princípio jurídico.

Para Dworkin, serão consideradas regras aquelas normas que se aplicam na lógica do "tudo-ou-nada". Isto é, uma vez prevista no ordenamento, se a norma for válida e forem preenchidos os requisitos para sua aplicação, ela incidirá inevitavelmente no caso concreto. Por outro lado, se ela for, por algum motivo, inválida (inconstitucional, por exemplo) ou se, no caso concreto, não tiverem sido preenchidos os requisitos necessários para sua incidência, ela não será aplicada. Não há gradação ou meio-termo. A regra se aplica ou não se aplica. Os princípios, por sua vez, seriam caracterizados por possuírem uma em sua estrutura uma dimensão de peso, que não permite a sua aplicação na lógica do "tudo-ou-nada". A aplicação de um determinado princípio, assim, deve levar em consideração a sua importância naquele caso concreto. Quanto mais importante for aquele princípio no caso concreto (em relação a outros que estiverem com ele colidindo), mais intensa será sua incidência (também em relação a esses outros princípios colidentes). Há, portanto, uma gradação inevitável, que só pode ser identificada conforme as peculiaridades de cada caso concreto (DWORKIN, 2010, p. 39-44).

A visão de Alexy, como dito, é bastante parecida com a de Dworkin, porém se distancia dela em algumas questões pontuais. Em relação às regras, a definição de Alexy praticamente coincide com a de Dworkin, afirmando que "as regras são normas que apenas podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos". Uma das diferenças pontuais a que se referiu anteriormente é sentida na definição de princípios, os quais são tidos como "mandados de otimização", "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto". Diferentemente do que ocorre no caso de conflito de regras - quando se busca alguma cláusula de exceção ou se verifica a invalidade de uma delas e se aplica somente a outra -, na hipótese de colisão de princípios a solução será a restrição de um dos direitos fundamentais em prol do outro, sendo que essa restrição deverá ser adequada, necessária e proporcional para ser considerada válida (ALEXY, 2012, p. 64-71).

10 A esse respeito, remete-se novamente ao artigo de Virgílio Afonso da Silva, que traz uma análise aprofundada e detalhada sobre essas diferenças: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

Dito isso, deve-se buscar compreender, agora, a partir de qual dessas duas principais formas o princípio da indisponibilidade se apresenta. Isto é, a indisponibilidade do interesse público é um princípio jurídico por conta do seu *grau de fundamentalidade* ou em razão de sua *forma de aplicação*? Ou atenderia a ambos os critérios?

Em relação ao seu grau de fundamentalidade não são cabíveis maiores discussões. Não apenas porque é esse o critério utilizado para embasar a noção de princípio jurídico pelo autor que pioneiramente desenvolveu a ideia de indisponibilidade do interesse público, mas também – e principalmente – porque: **(i)** é uma das normas que traz a fundamentação axiológica de todo o regime jurídico-administrativo, apontando, como diretiva geral, o caminho republicano e solidário que deve ser percorrido pela Administração Pública de acordo com a Constituição Federal de 1988; **(ii)** confere o respaldo constitucional exigido para legitimar juridicamente as sujeições a que é submetida a Administração Pública no Brasil; **(iii)** serve como cânone hermenêutico-interpretativo das demais normas do Direito Administrativo, imprimindo um tom de homogeneidade a todo esse sistema jurídico.¹¹

A dúvida, porém, pode surgir quando se tenta verificar se a indisponibilidade do interesse público também poderia ser encaixada como um princípio jurídico nos termos de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Ainda não foi feita pela doutrina qualquer análise nesse sentido em relação à indisponibilidade.

Do ponto de vista da natureza jurídica da norma, não se entende possível afirmar que a indisponibilidade do interesse público pode ser vista como um princípio, que pode ser aplicado em maior ou menor grau, a depender do caso concreto. Afinal, isso poderia levar à conclusão de que, dependendo das situações fáticas e jurídicas do caso concreto, a Administração Pública poderia estar mais ou menos vinculada à realização do interesse público. Admitir-se-ia, nesse sentido, que em alguns casos a Administração deliberadamente deixasse de atender ao interesse público.

Contudo, não é esse obviamente o conteúdo jurídico extraível do princípio da indisponibilidade, o que por dedução lógica inviabilizaria que sua forma jurídica fosse apresentada dessa maneira. Dessa maneira, *a indisponibilidade do interesse público possui a estrutura lógico-normativa de regra no Direito Administrativo brasileiro*.

Isso, contudo, não impede que interesses individuais ou coletivos *stricto sensu* possam ser perseguidos pela Administração, desde que estejam respaldados pelo ordenamento jurídico e desde que sua concretização corresponda, ainda que indiretamente, à satisfação do interesse público da coletividade em si mesmo considerada. A atividade de fomento estatal, já há muito consolidada na prática administrativa, apresenta-se como um bom exemplo disso, uma vez que, de modo geral, aceita-se sem contestações a sua validade em relação à indisponibilidade do interesse público.

Referida constatação se mostra relevante quando, por exemplo, examina-se acordos firmados pela Administração Pública com particulares tomando como base referencial o princípio da indisponibilidade do interesse público. Isso fica muito claro nos casos em que se discute a validade de acordos reconhecendo o direito dos indivíduos que estão litigando con-

11 Daniel Wunder Hachem também parte desses critérios para identificar a supremacia do interesse público como princípio jurídico no sentido de norma fundamental do sistema. Cf. HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 147.

tra a Fazenda Pública na esfera judicial. *A priori*, o interesse da coletividade seria no sentido de que a advocacia pública envidasse todos os esforços necessários para que a entidade pública participante do conflito se sagrasse vencedora. Entretanto, em situações específicas o acordo com o particular litigante está autorizado. Mais uma vez: não somente para atender ao seu interesse individual, mas principalmente porque, em determinados casos (e serão apenas nesses casos que os acordos serão permitidos) não mais existirá o interesse coletivo de adversariedade da Fazenda Pública.

4 OS FUNDAMENTOS NORMATIVOS QUE JUSTIFICAM A EXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Uma vez expostos o que se entende pelo conteúdo e pela natureza jurídica do princípio da indisponibilidade do interesse público, deve-se agora demonstrar que a referida norma de fato existe no ordenamento jurídico, não se tratando de mera criação doutrinária. Afinal, é evidente que para que um determinado conceito ou valor seja aceita como norma jurídica ele deve possuir, explícita ou implicitamente, um fundamento identificável no ordenamento jurídico.¹² Assim, deve-se buscar em que dispositivos jurídico-normativos do Direito brasileiro o princípio da indisponibilidade pode fundamentar sua existência enquanto norma jurídica.

Nesse sentido, é muito comum encontrar textos que, na tentativa de demonstrar o amparo constitucional do princípio da indisponibilidade do interesse público, apontam os dispositivos que impõem restrições aos administradores no tocante à venda de bens públicos, à realização de concurso público, à exigência de licitação, às reformas em patrimônio público, entre outros, como prova da existência jurídica desse princípio. No entanto, a metodologia empreendida parece estar equivocada por inverter os polos da equação: esses institutos não são a demonstração da existência do princípio da indisponibilidade, senão no máximo consequências dele (isso, se ele de fato for extraível da Constituição). Ou seja, ainda que a conclusão final a que se chegue seja a mesma, discorda-se do caminho percorrido por essa linha argumentativa.

Além disso, também se reconhece que muitos dos "subprincípios" decorrentes da indisponibilidade do interesse público foram constitucionalizados na Carta de 1988, a qual oferece um grande plexo de garantias aos cidadãos em face do Estado (HACHEM, 2011, p. 166). É o caso, por exemplo, dos princípios da impessoalidade e da publicidade. A identificação desses reflexos do princípio da indisponibilidade é bastante fácil.

12 Humberto Ávila, nesse sentido, que deve haver um "fundamento de validade no direito positivo, de modo expresso ou implícito," para que uma determinada disposição seja considerada como uma "norma-princípio". Cf. ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 181.

O que pouco se fala, entretanto, é sobre quais são os *fundamentos desse princípio*. Isto é, para além daquilo que são considerados como frutos da indisponibilidade, o que de fato pode ser tomado como a base que sustenta a existência desse princípio no Direito brasileiro?

Na tentativa de se identificar uma resposta a essa pergunta, o primeiro e mais fácil caminho a ser perseguido é buscar no próprio texto constitucional alguma menção explícita ao princípio da indisponibilidade do interesse público. O esforço, entretanto, seria inócuo. Não há nenhum dispositivo constitucional que expressamente vincule a Administração Pública a um "princípio da indisponibilidade do interesse público" ou a qualquer outro com redação semelhante.

O fato, entretanto, de não haver dispositivo constitucional expresso nesse sentido de modo algum pode ser visto como um obstáculo definitivo à defesa da existência jurídica do princípio da indisponibilidade do interesse público no Direito brasileiro. Nessa linha, o administrativista espanhol Alejandro Nieto (1991, p. 2225) lembra que se – diferentemente do que ocorre em seu país – não existe previsão expressa de que a Administração deve seguir o interesse público em todas as Constituições, isso se deve simplesmente ao fato de que tal vinculação é uma conclusão óbvia.

É prudente recordar que na mesma situação do princípio da indisponibilidade do interesse público estão outros princípios constitucionais de extrema relevância como a segurança jurídica, a proporcionalidade e a razoabilidade – nenhum deles encontrado de modo explícito em um dispositivo constitucional. Apesar de tal situação, não se faz nenhum grande questionamento a respeito da existência de tais princípios, amplamente reconhecidos pela doutrina e aplicados pela jurisprudência nacional. A razão para isto é a de que tais normas podem facilmente ser deduzidas do texto constitucional. Idêntica, mais uma vez, é a situação do princípio da indisponibilidade, que, sendo extraível de um amplo conjunto de normas constitucionais, apresenta-se como um princípio constitucional *implícito* do Direito Administrativo brasileiro.

Nesse sentido, Mariana de Siqueira (2016, p. 195) concorda que, apesar de não ser "texto expresso nas disposições da Constituição de 1988, nem por isso, todavia, carece de proteção jurídica" o princípio da indisponibilidade do interesse público. Daniel Wunder Hachem (2011, p. 118), na mesma linha, chega a afirmar que "não há dúvidas que a *indisponibilidade dos interesses públicos, como ideia-síntese das sujeições especiais da Administração Pública em prol do cidadão, pode ser identificada como um princípio implícito no tecido constitucional*", sendo que o "dever da Administração de obedecer a todos os seus desdobramentos (...) resulta diretamente da sua submissão à Constituição".

O caminho, então, é buscar identificar no texto constitucional quais são os dispositivos que servem de base para justificar a existência do princípio da indisponibilidade do interesse público no Direito Administrativo brasileiro.

Logo no preâmbulo já se encontra a determinação (ainda que não de uma forma vinculativa, mas como uma importante orientação hermenêutica) de que o Estado brasileiro é instituído com o destino de assegurar o bem-estar da população (entre outros valores supremos como a liberdade, a igualdade e a justiça).¹³ Em sentido semelhante – e aí com força vincu-

13 Constituição da República Federativa do Brasil. Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e

lante em face da atividade administrativa – propugna o art. 3º, IV que se tratam de objetivos fundamentais da República a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.¹⁴

Ora, como ensina Héctor Jorge Escola (1989, p. 31), na Argentina a persecução do interesse público é considerado um princípio constitucional exatamente por conta da expressão “bem-estar geral” no preâmbulo da Constituição, de modo muito semelhante como acontece no Brasil. Em âmbito nacional, Juarez Freitas (2009, p. 54) é um dos autores que adota posição semelhante ao afirmar, baseando no dispositivo constitucional citado acima, que “o princípio do interesse público prescreve que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima (o ‘bem de todos’ no dizer do art. 3º da CF) sobre a vontade egoisticamente articulada ou facciosa”.

Além dos dispositivos citados acima, uma interpretação sistemática das normas constitucionais também é capaz de demonstrar a fundamentação implícita do princípio da indisponibilidade no texto constitucional em outras normas de conteúdo semelhante ao preâmbulo e ao art. 3º, IV. Quando a Constituição, em diversos de seus artigos, parágrafos e incisos, prevê um dever do Estado de promover a justiça social, a solidariedade e a harmonia entre os cidadãos, percebe-se que ela está a vincular a atividade administrativa ao combate às desigualdades, à inclusão dos indivíduos marginalizados e à luta contra as opressões de toda espécie. Em resumo, há a “impossibilidade de se permitir a primazia de interesses exclusivamente particulares sobre bens jurídicos tutelados constitucionalmente” (HACHEM, 2011, p. 125).

Desse modo, o fato de o preâmbulo e de o art. 3º, IV, da Constituição (entre tantos outros que, de maneira menos direta, apontam para o mesmo sentido) determinarem a realização do bem-estar geral como um objetivo basilar da Administração Pública já seria justificativa normativa suficiente para se reconhecer a existência do princípio da indisponibilidade do interesse público no ordenamento jurídico brasileiro.

Há, entretanto, um dispositivo que vincula de maneira ainda mais consistente a atividade administrativa à plena e incessante concretização do interesse público. Trata-se do art. 1º da Constituição Federal, que define o Estado brasileiro como uma *República*.¹⁵ Muito mais do que uma mera “abstrata declaração de intenções a figurar no texto constitucional”, essa expressão se constitui como “um comando objetivo aplicável e exigível a toda aplicação do sistema normativo brasileiro, constitucional e infraconstitucional”, sendo que “o princípio republicano, aliado à condição de Estado Democrático de Direito, é pois, *impositivo a todas as relações entre o Estado e seu povo*” (LIMA, 2013, p. 108-109).

Tradicionalmente, a República é enxergada como uma forma de governo que se opõe à Monarquia, por constituir um Estado no qual o poder público é exercido por representantes do povo, especificamente eleitos para essa função e com diversas limitações em sua atua-

individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

14 **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **IV** - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

15 **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.

ção – e não por mandatários absolutistas levados ao poder por razões teológicas e hereditárias (DALLARI, 2012, p. 225-227). Tal diferenciação, entretanto, apesar de sua importância para fins didáticos e de seu valor histórico, não pode ser acatada integralmente na sociedade contemporânea, tendo em vista que a maioria das Monarquias no mundo hoje estão inseridas em regimes democráticos (BARCELLOS, 2018, p. 118).

Na busca de uma definição para o termo, Ana Paula de Barcellos (2018, p. 118-119) ressalta que, em que pese existirem inúmeras posições divergentes sobre o real significado do princípio republicano, o que faz ser impossível a tarefa de encontrar “um sentido histórico unívoco e simples”, analisando todas essas concepções é possível “identificar uma ideia essencial comum: trata-se da noção, de alguma forma associada à ideia de república, de restrição do poder absoluto, de governo justo e do exercício do poder político orientado para o bem da coletividade”. Em outro trecho, a constitucionalista reforça que a expressão “república” encontra-se “associada às noções de governo justo, de Estado de Direito, primazia do interesse público e, principalmente, controle do poder”. A partir daí já é possível começar a se compreender a relação entre o republicanismo e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Em uma República, a atividade dos agentes públicos, enquanto representantes da sociedade e detentores de poderes públicos, deve se pautar por um critério de neutralidade (GABARDO, 2009, p. 363), sem se utilizar das prerrogativas disponibilizadas pela máquina administrativa para privilegiar ou prejudicar pessoas ou grupos sociais em específicos por razões pessoais.¹⁶ Na ordem constitucional brasileira, esse valor foi positivado no art. 37 através do princípio da impessoalidade. Mas também é evidente sua relação intrínseca com a concepção de que a Administração deve agir em prol de interesses públicos – e não privados –, algo que reforça a tese de que a indisponibilidade do interesse público pela Administração é um princípio jurídico implícito extraível do modelo republicano de Estado expressamente adotado pela Constituição Federal de 1988.

Assim, é possível afirmar que a indisponibilidade do interesse público é um reflexo indiscutível do ideal de republicanismo que permeia a Constituição brasileira. A partir disso, o que se pode discutir são no máximo as consequências práticas do princípio da indisponibilidade, mas o fato de que a Administração Pública de uma República deve perseguir interesses públicos, que digam respeito a toda a coletividade e não apenas a determinados grupos de indivíduos que os detentores do poder quiser privilegiar, é indiscutível. Afinal, como ensina Emerson Gabardo (2009, p. 363), “uma república em que não se tome como ponto de partida que deve ser priorizado o interesse comum em face dos interesses de caráter particular certamente não será uma república verdadeira”.

Outro dispositivo constitucional que também fundamenta a existência do princípio da indisponibilidade, ainda que de maneira mais discreta que os anteriores, é o art. 66, §1º, que prescreve que “se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente [...]”.

A bem da verdade, nesse momento a Constituição parece estar se referindo a um conceito mais político de interesse público, principalmente porque coloca essa hipótese de veto

¹⁶ Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos registra que “o ideal republicano impõe a separação entre interesses privados dos agentes públicos e o interesse público que lhes cabe defender ou promover”. BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 119.

ao lado daquela em que o Presidente identifica alguma inconstitucionalidade no projeto legislativo. Ainda assim, tal dispositivo não deixa de servir como mais um indicativo do rumo que a Constituição pretende impor à Administração Pública. Dele se extrai que a vinculação da atividade estatal à realização do interesse público é tamanha que o Presidente da República está autorizado a vetar uma lei aprovada regularmente pelos representantes democráticos do povo, caso considere que a norma irá importar afronta ao interesse da coletividade.

O mesmo ocorre com o art. 57, §6º,¹⁷ com o art. 93, VIII,¹⁸ com o art. 95, II¹⁹ e com o art. 231, §6º.²⁰ São todos dispositivos constitucionais que servem de exemplo para comprovar a tese de que quando verificada a presença de um dado interesse público a Administração Pública está instada a agir de um determinado modo, através de atos que não poderia praticar caso tal prática não fosse estritamente necessária para a tutela do interesse público.

Embora não diretamente em âmbito constitucional, também é interessante trazer à baila nesse momento o art. 2º, "e)" e parágrafo único, "e)" da Lei nº 4.171/65.²¹ Diz-se que apenas não diretamente constitucional, pois é bom lembrar que embora anterior à Constituição atualmente vigente, referida legislação possui, no presente cenário, a função de regulamentar o art. 5º, LXXIII da Lei Maior.²² Pois bem. Tal dispositivo prevê a possibilidade de anulação, através do instrumento da Ação Popular, de atos administrativos editados com finalidade diversa daquela prescrita em lei para tal competência.

Principalmente antes das teorizações de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito da matéria, o dever da Administração de buscar a concretização do interesse público era veiculado pela doutrina não pelo princípio da "indisponibilidade do interesse público", mas normalmente como algo atrelado ao atributo da finalidade dos atos administrativos. Paradigmática nesse sentido é a lição de José Cretella Júnior (1966, p. 240) ao pontuar que "se o agente, levado por móveis outros que o interesse público, edita o ato administrativo, este leva um vício grave de origem, informado que foi por finalidade incompatível com aquela que impulsiona o pessoal do Estado".

Desse modo, se, à época, o atributo da finalidade dos atos administrativos era visto como o principal que vinculava a Administração Pública à satisfação do interesse público,

17 Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 57. §6º. A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á: II - pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante, em todas as hipóteses deste inciso com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

18 Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 93. VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa.

19 Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VII.

20 Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 231. §6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

21 Lei nº 4.171/65. Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

22 Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

é correto compreender que ao prescrever no art. 2º, "e)" da Lei de Ação Popular que serão nulos os atos em que se verificar algum tipo de desvio de finalidade, o legislador nesse momento reforçou a antijuridicidade de qualquer atuação da Administração Pública que se distanciasse do atendimento do interesse público.

Sendo assim, é visível a previsão de diversos dispositivos normativos no direito positivo brasileiro que justificam a existência do princípio da indisponibilidade do interesse público no Direito Administrativo **pátrio**.

5 OS IMPACTOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Acima viu-se os principais dispositivos normativos que fundamentam o princípio da indisponibilidade do interesse público no ordenamento jurídico pátrio. Das explicações tecidas sobre eles, percebe-se ser inquestionável a existência jurídica de tal norma no Direito Administrativo brasileiro. Deve-se agora, então, compreender quais os impactos que a indisponibilidade do interesse público, uma vez devidamente reconhecida como princípio jurídico, traz para o regime jurídico-administrativo.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 77), as principais consequências jurídicas do princípio da indisponibilidade do interesse público são: (i) o princípio da legalidade e suas decorrências como a finalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, a motivação e a responsabilidade do Estado; (ii) a obrigatoriedade do desempenho da atividade pública/continuidade dos serviços públicos; (iii) o controle (interno e externo) dos atos administrativos; (iv) o tratamento isonômico dos cidadãos em face da Administração; (v) publicidade; (vi) inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos. Passa-se agora a analisar, pois, cada uma dessas características.

(i) Nas palavras de Bandeira de Mello (2015, p. 78), o *princípio da legalidade administrativa* é "uma decorrência natural da indisponibilidade do interesse público". Ora, uma vez que o interesse público está consagrado na legislação positiva, é lógico que do dever da Administração de promover este interesse público decorra o dever de respeitar a legislação, subordinando toda sua atividade às normas jurídicas consagradas no ordenamento. O mais interessante desse ponto, então, parece estar naquilo que Celso Antônio considera como as decorrências do princípio da indisponibilidade: (i.1) a finalidade; (i.2) a razoabilidade e a proporcionalidade; (i.3) a motivação e (i.4) a responsabilidade do Estado

(i.1) O atributo da *finalidade* dos atos administrativos, como já dito, está intimamente relacionado à noção de indisponibilidade do interesse público. É certo que "não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado" (MELLO, 2015, p. 80). Assim, o dever de todos os atos jurídicos que correspondam a manifestações de vontade da Administração Pública sejam editados objetivando o cumprimento de determinada finalidade prevista em lei (e não qualquer finalidade que deseje, pessoal e subjetivamente, a autoridade pública) é uma decorrência do princípio da indisponibilidade. É

esse elo que vincula a atividade administrativa, sob pena de invalidade jurídica, à permanente busca de realização do interesse público.

(i.2) Principalmente nos casos em que a Administração goza de certa margem de discricionariedade para identificar um dado interesse público e, assim, tomar a decisão que lhe compete, a indisponibilidade do interesse público exige que essa decisão seja *razoável e proporcional* em relação aos direitos e interesses que estão em jogo. Não se poderia considerar como de interesse público um ato administrativo que destoasse dos padrões jurídicos de razoabilidade ou que não fosse adequado, necessário e proporcional ao fim a que ele supostamente se destina.

(i.3) O dever de *motivação* dos atos administrativos não apenas é um requisito essencial para que a categoria jurídica do interesse público possa ser adequadamente aplicada em qualquer caso, como também se mostra como uma consequência do princípio da indisponibilidade. Ora, uma vez que os bens e direitos são *públicos* e não próprios do administrador, a autoridade deve demonstrar fundamentadamente todas as razões que a levaram a tomar determinada decisão. Apenas assim os cidadãos e os órgãos de controle poderão verificar se o ato administrativo realmente foi editado visando a consecução de uma finalidade pública ou se, por outro lado, ao fazê-lo a Administração destoou do seu dever de realização do interesse público.

(i.4) Apenas em relação ao regime de responsabilidade civil do Estado, ousa-se discordar de Bandeira de Mello, por não se vislumbrar tal característica como uma decorrência do princípio da indisponibilidade. Diferentemente do que se passa com os outros fatores analisados acima, a responsabilidade civil não é uma sujeição típica ou extraordinária do regime administrativo. Todas as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, estão submetidas a algum sistema de responsabilização civil. Ainda que o regime da responsabilidade civil do Estado destoe daquele que, em regra, é aplicado aos particulares,²³ isso não é capaz de justificar uma relação entre tal característica e o princípio da indisponibilidade.

Atualmente, a modalidade objetiva de responsabilização civil já vem sendo adotada também para particulares que se encontram inseridos em determinados contextos. Um exemplo patente disso são empresas privadas cuja atuação de algum modo impacte em temas afetos ao Direito Ambiental. Nesses casos, as empresas são objetivamente responsáveis pelos danos que causarem ao meio-ambiente. Assim, entende-se que a sujeição ao regime de responsabilização civil na modalidade objetiva é uma opção legislativa que decorre da situação de fato da atividade que determinado ente executar, não sendo algo próprio e exclusivo do regime jurídico-administrativo.

(ii) O dever de *continuidade* de execução das atividades administrativas é uma clara decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, uma vez que, não sendo proprietário da coisa pública, não pode o administrador dar-se à possibilidade de deliberadamente deixar de cumprir determinada competência administrativa.²⁴ Como já defendido em

23 Sobre o regime de responsabilização civil do Estado no Brasil, ver: FÁRIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo de responsabilização civil do Estado no Brasil e a necessidade de prevenção de danos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 117-136, jul. 2017. p. 118-119.

24 Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, "uma vez que a administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 84.

outra oportunidade, "no momento que o Estado toma para si a titularidade da prestação de determinado serviço, parece lógico deduzir que dele se espera uma prestação contínua, sob pena de, não satisfazendo as necessidades presentes naquela situação, violar a dignidade dos cidadãos atingidos" (FARIA, 2015, p. 121). O comentário, desenvolvido tendo por base o âmbito dos serviços públicos, nos quais o princípio da continuidade é mais comumente estudado, aplica-se sem grandes diferenciações a qualquer outra atividade administrativa.

(iii) A *submissão da atividade administrativa ao controle externo e interno* é mais uma típica consequência jurídica do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Sua relação com o princípio da indisponibilidade do interesse público é algo indissolúvel, pois apenas através do controle é que se poderá verificar se os atos editados pela Administração Pública de fato foram expedidos com vistas à realização do interesse público. O controle exerce importância ímpar para possibilitar o pleno atendimento ao princípio da indisponibilidade, pois sem ele outras decorrências desse postulado (como a legalidade, a finalidade e a motivação, por exemplo) seriam inócuas. É a possibilidade de controle que permite, através de diversas técnicas, a correção de atos administrativos que destoarem do cumprimento do interesse público, impondo coercitivamente à Administração a obrigação de executar apenas as decisões que derem efetividade a esse mandamento e descartar aquelas que dele se distanciarem.

(iv) O *tratamento isonômico dos cidadãos em face da Administração* e o *princípio da impessoalidade administrativa*, do qual é expressão direta, também possuem amparo na indisponibilidade do interesse público. Essa relação já foi ressaltada quando se demonstrou que o principal dispositivo jurídico que fundamenta no plano normativo a existência do princípio da indisponibilidade no Direito Administrativo pátrio é o art. 1º da Constituição Federal, ao classificar o Estado brasileiro como sendo uma República. É que "sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa" (MELLO, 2015, p. 86). Com efeito, se o administrador é, segundo o princípio da indisponibilidade, mero *gestor da res publica* (FARIA, 2013, p. 69), obviamente não pode geri-la de modo a privilegiar ou prejudicar alguém por razões de índole pessoal.

(v) Por fim, a *inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos* é a última das decorrências do princípio da indisponibilidade do interesse público identificada por Celso Antônio Bandeira de Mello. A razão para isso, segundo o administrativista, é a de que "sendo a administração atividade serviente, desenvolvida em nível infralegal, não pode alienar ou ser despojada dos direitos que a lei consagrou como internos ao setor público" (MELLO, 2015, p. 88). De modo semelhante, Hely Lopes Meirelles (2012, p. 105) defende que a Administração "não pode renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado".

A posição, entretanto, deve ser encarada com muita cautela. De fato, os bens e direitos da Administração Pública não estão à "livre" disposição do administrador. Ocorre, porém, que em determinadas situações o ordenamento jurídico poderá *exigir* – caso essa seja a melhor resposta que se ofereça para resolver o conflito verificado no caso concreto – que a Administração disponha de algum bem ou direito em específico. Novamente: isso não passa por uma apreciação livre e subjetiva dos desejos pessoais do administrador, mas sim pelos indicativos que forem extraíveis do corpo de normas jurídicas a que ele estiver vinculado.

Verifica-se, assim, que muitas vezes a posição pré-formatada e estanque de indisponibilidade de bens e direitos titularizados pela Administração Pública poderá corresponder, em última análise, a uma violação ao princípio da indisponibilidade. Como destacado anteriormente, é comum que *supostos* interesses públicos gerais (devidamente garantidos pelo ordenamento jurídico) percam a sua real qualidade de interesse público em determinadas situações concretas, inclusive possibilitando o atendimento, nesse sentido, de interesses individuais ou coletivos *stricto sensu*. Ou seja, é perfeitamente possível que, diante de um contexto fático e jurídico específico, a Administração esteja autorizada a dispor de parcela de seus bens ou direitos, caso essa se mostre a opção que melhor atenderá ao interesse público identificado naquele caso concreto.

Esse é apenas um dos exemplos aptos a justificar que é chegado o momento de realizar uma releitura do princípio da indisponibilidade, a fim de “permitir, conforme a ordem jurídica e à luz das circunstâncias fáticas, a utilização de instrumentos consensuais para a densificação do conceito de interesse público, bem como para a solução de conflitos administrativos” (MORETTI, 2012, p. 465-466).

De um modo geral, todas essas consequências advindas da incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público sobre o regime jurídico-administrativo são “mecanismos hábeis a compelir o administrador pública à satisfação dos interesses da coletividade, afastando comportamentos personalistas ou vinculados a manifestações de sua vontade própria, e direcionando-o à consecução do interesse público” (HACHEM, 2011, p. 49). Assim, sua principal função é a de retirar qualquer margem de livre atuação na atividade administrativa. Por óbvio que ficam preservados os espaços de discricionariedade, no entanto esses devem ser explorados pela Administração de uma forma condicionada à realização do interesse público. Isto é, “a Administração não pode *desistir* de agir para a satisfação dos interesses que lhe foram confiados, embora isso não a tolha de *escolher*, nos limites da própria lei e do Direito, como, quando e de que modo fazê-lo” (MOREIRA NETO, 2006, p. 90).

6 CONCLUSÕES

Não existe um consenso na doutrina brasileira a respeito do conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público – e isso talvez exatamente por conta de que os escritos sobre o tema via de regra nunca o enfrentaram com a especificidade necessária para compreendê-lo adequadamente.

No presente artigo defendeu-se que o conteúdo jurídico do princípio da indisponibilidade representa o dever inafastável da Administração Pública de evitar absolutamente toda a sua atividade em prol da satisfação do interesse público juridicamente definido. Por força do princípio da indisponibilidade, não pode haver ato administrativo que se destine a realização de qualquer objetivo que não coincida com o interesse público. Se assim não o fizer, deverá ser decretado inválido.

O princípio da indisponibilidade do interesse público funciona como uma amarra à atividade administrativa. Trata-se da outra face da moeda composta pelo princípio da suprema-

cia. É ele que justifica (teoricamente) as prerrogativas exorbitantes que a legislação confere à Administração Pública ao condicionar o seu manejo à satisfação do interesse público.

A indisponibilidade, portanto, muito mais do que simplesmente dizer o óbvio (como criticam alguns autores), possui importante função de direcionamento da atividade jurídico-administrativa. É a indisponibilidade do interesse público a reposta, existente no próprio regime jurídico-administrativo, para frear os excessos indesejáveis que a Administração poderia vir a cometer caso lhe fossem outorgadas apenas prerrogativas.

Quanto à sua natureza jurídica, viu-se que de acordo com o critério de grau de fundamentabilidade *não há dúvidas que a indisponibilidade do interesse público se apresenta como princípio. Trata-se de norma central do Direito Administrativo, que, ao lado da supremacia, dá o tom de todo o regime jurídico-administrativo.*

Já com base no critério da estrutura lógico-normativa, defendeu-se que a indisponibilidade do interesse público apresenta-se, nesse ponto de vista, como regra. Afinal, supor que a indisponibilidade do interesse público pudesse ser vista como um mandado de otimização poderia levar à conclusão de que, dependendo das situações fáticas e jurídicas do caso concreto, a Administração Pública poderia estar mais ou menos vinculada à realização do interesse pública. Admitir-se-ia, nesse sentido, que em alguns casos a Administração deliberadamente deixasse de atender ao interesse público, o que vai exatamente na contramão daquilo que se reputou como sendo o conteúdo jurídico da indisponibilidade.

Na sequência, demonstrou-se que a indisponibilidade do interesse público é norma que encontra fundamento no Direito positivo brasileiro. Não de modo expresso, mas, sim, implicitamente no texto constitucional, a partir de diversos dispositivos normativos que atrelam a atividade administrativa à consecução do interesse público. Também se viu que em sede infraconstitucional são diversos os dispositivos que vinculam a Administração Pública à realização do interesse público, havendo-se destacado, nesse ponto, a Lei nº 4.171/65.

Ao final, identificou-se as principais implicações trazidas pelo princípio da indisponibilidade ao regime jurídico-administrativo, analisando-as uma a uma, especificadamente. Trata-se: **(i)** do princípio da legalidade e de suas decorrências como a finalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, a motivação e a responsabilidade do Estado; **(ii)** da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública/continuidade dos serviços públicos; **(iii)** do controle (interno e externo) dos atos administrativos; **(iv)** do tratamento isonômico dos cidadãos em face da Administração; **(v)** da publicidade; e **(vi)** da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

AMARAL, Diogo de Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ATALIBA, Geraldo. Mudança da Constituição. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 86, p. 181-186, abr./jun. 1988.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Prefácio. In: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm.

BRASIL. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo: Teoria do ato administrativo*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público: como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo de responsabilização civil do Estado no Brasil e a necessidade de prevenção de danos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 117-136, jul. 2017.

FARIA, Luzardo. Suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do usuário: o interesse público entre eficiência e dignidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coords.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*. Curitiba: Íthala, 2015.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAEBERLIN, Mártin. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado Meritocrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 125-143, abr./jun. 2005.

LIMA, Martonio Mon'Alverne Barreto. Comentários ao art. 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio do interesse público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEILAN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro, 2006.

MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 100-102, p. 847-880, ene./dic. 1983.

MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

NIETO, Alejandro. La administración sirve con objetividad los intereses generales. In: BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. v. 3. Madrid: Civitas, 1991.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TAVEIRA NETO, Francisco. A evolução da Administração Pública e de seus mecanismos de controle na Constituição Federal. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 135-144, jan./mar. 2006.

Recebido/Received: 20.11.2019

Aprovado/Approved: 25.05.2020

DESJUDICIALIZAÇÃO: AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL PELO PROCEDIMENTO DE USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

DISCHARGING:
ACQUISITION OF PROPERTY IMPOSED BY THE
EXTRAJUDICIAL USUCATION PROCEDURE

GILBERTO FERREIRA MARCHETTI FILHO¹
ANA JULIA MUNIZ LEMES²

RESUMO

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015), originou-se a possibilidade da usucapião extrajudicial, ou seja, do interessado buscar a declaração da usucapião da propriedade imobiliária diretamente nas serventias extrajudiciais, sem a necessidade de se recorrer ao Judiciário. Trata-se, em verdade, da busca pelo novo processo civil da adequação dos meios de solução de conflito, a fim de se promover a pacificação social com acesso à justiça efetiva, justa, eficiente e adequada. Nessa ideia, a usucapião extrajudicial visa exatamente essa desjudicialização dos conflitos, facilitando a aquisição da propriedade imóvel. Contudo, passado alguns anos da sua vigência, cabe analisar, por uma revisão bibliográfica e de legislação específica, o instituto sob uma visão de aplicabilidade prática e apontar possíveis questões que possam prejudicar sua atuação efetiva na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Pacificação social. Adequação nos meios de solução de conflito. Desjudicialização. Usucapião extrajudicial.

ABSTRACT

With the entry into force of the Code of Civil Procedure (Federal Law n. 13.105/2015), originated the possibility of adverse possession, that is, of the interested party seeking the declaration of the possession of real estate property directly in the extrajudicial services, without the necessity of if you turn to the Judiciary. It is, in fact, the search for the new civil procedure to adapt the means of conflict resolution, in order to promote social pacification with access to effective, just, efficient and adequate justice. In this idea, the adverse possession aims at exactly this misjudicialization of the conflicts, facilitating the acquisition of the immo-

1 Mestre em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR em 2018. Bacharel em Direito em 2004 e pós-graduado lato sensu em Direito Civil e Processo Civil em 2006, pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. Assessor Jurídico do Gabinete da 6a Vara Cível de Dourados - MS desde 2005. Professor de Direito Civil no Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN desde 2006 e Direito Processual Civil em cursos de pós-graduação. gilberto.marchetti@unigran.br.

2 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. anajuliamunizlemes@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira. LEMES, Ana Julia Muniz. *Desjudicialização: aquisição da propriedade imóvel pelo procedimento de usucapião extrajudicial*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 30-50, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7172>.

vable property. However, after a few years of its validity, it is necessary to analyze, through a bibliographic and specific legislation review, the institute under a vision of practical applicability and to point out possible issues that may hinder its effective action in society.

Keywords: Social pacification. Adequacy in means of conflict resolution. Disqualification. Adverse possession.

1 INTRODUÇÃO

O cenário jurídico atual tem trazido a grande importância do estudo e criação de novas formas de solução de conflitos com a finalidade de se promover uma solução adequada em tempo razoável e de forma justa e efetiva.

Nesse sentido, a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 trouxe, dentre outros fatores, a desjudicialização do procedimento de declaração da usucapião da propriedade imobiliária.

Entretanto, passado alguns anos de sua vigência, tem-se em evidência a questão da aplicabilidade prática do instituto, ou seja, se ele efetivamente está atendendo sua finalidade e, se não está, quais os fatores que podem influenciar nessa (in)aplicabilidade.

Dessa forma, este artigo possui como finalidade analisar o procedimento da usucapião extrajudicial, a causa do seu surgimento e sua aplicabilidade (ou não) prática dentro da proposta que lhe foi dada.

Com base nessa problematização e traçado esse objetivo, observando metódica dedutiva, sistêmica e axiológica, serão pontuadas considerações sobre a propriedade e a usucapião, dentro do seu fundamento constitucional, assim como a ideia da pacificação social dos conflitos dentro de uma visão de adequação dos meios de solução, apresentando, nisso, a desjudicialização dos conflitos.

Ao depois, tratar-se-á da usucapião extrajudicial, seu procedimento e sua aplicabilidade, bem como se realizará, por meio de uma revisão bibliográfica e de legislação específica, alguns apontamentos de possíveis causas para a inefetividade do instituto.

2 A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

O legislador brasileiro não ofereceu o conceito de propriedade, limitando-se apenas a elencar, no artigo 1.228 do Código Civil, os poderes inerentes a condição de proprietário como a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e seu direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (BRASIL, 2002).

Trata-se de direito real por excelência, o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas. É, assim, o "mais completo dos direitos subjetivos, a matriz dos direitos reais e o núcleo dos direitos das coisas" (GONÇALVES, 2018, p. 223).

Dessa forma, o conceito de propriedade, embora não aberto, há de ser indispensavelmente dinâmico. Deve-se reconhecer “que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária” (GONÇALVES, 2018, p. 223).

Dentro desse campo, o princípio da função social da propriedade é, sem dúvida, um dos maiores fatores de limitação do direito da propriedade. Isso porque na evolução histórica de seu conceito, a propriedade que era plena, exclusiva e ilimitada passa a ser submetida ao interesse público e social, dentro de um fenômeno chamado pela doutrina e jurisprudência como publicização do direito privado³.

Diante disso, tem-se que a Constituição Federal garante a todos o direito de propriedade em seu artigo 5º, inciso XXII. Porém, logo em seguida, no inciso XXIII, relativiza-o ao determinar que a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, 1988).

Essa noção também está inserida no próprio Código Civil ao dispor no artigo 1.228, § 1º, que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais” (BRASIL, 2002).

Contudo, analisar a função social não é uma tarefa simples. “Trata-se de expressão que a própria doutrina reconhece ser de conteúdo vago. Porém, ainda que genericamente, pode ser interpretada como a subordinação de certo instituto ao seu interesse social ou coletivo, dentro de uma determinada sociedade” (MARCHETTI FILHO, 2018b, p. 99).

No aspecto geral, função, guarda a “noção de um poder de dar destino determinado a um objeto ou a uma relação jurídica, de vinculá-los a certos objetivos; o que, acrescido do adjetivo ‘social’, significa dizer que esse objetivo ultrapassa o interesse do titular do direito – que, assim, passa a ter um poder-dever – para revelar-se como de interesse coletivo” (GODOY, 2004, p. 111).

Portanto, em linhas simples, “falar-se em função social de um direito, significa dizer sua atuação ou reflexão de seus efeitos dentro do seio da sociedade em que está inserido, deixando de lado seu aspecto exclusivamente individualista, e observando uma noção coletiva de sua incidência” (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 78).

Diante disso, trazendo essa ideia para o campo da propriedade, a função social relativiza a propriedade, transformando o conceito do *jus abutendi* do direito romano, no sentido de que hoje o proprietário não pode mais, dentro do direito de dispor, fazer o que quiser. “A disposição da coisa deve se dar à luz da Constituição Federal, dentro da função social da propriedade” (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 76).

Assim, o direito de propriedade continua sendo um direito fundamental, representando a característica máxima da “individualidade e patrimonialidade humana, mas que, no seu exercício, deve observar uma função dentro da sociedade em que está inserido, em flagrante contrariedade ao individualismo extremo do século XIX, com um conceito absoluto de propriedade” (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 78).

3 “Aliás, há ‘tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado [...] e, por outro lado, a privatização do Direito Público’. De conseqüente, dentro da ideia de solidarismo social, já mencionada, necessária ao Estado Constitucional de Direito, ‘o princípio da dignidade da pessoa humana culmina por descortinar a nova vocação do Direito Privado, qual seja, a de redirecionar o alcance de suas normas para a proteção da pessoa, sem prejuízo dos mecanismos reguladores da proteção ao patrimônio” (MARCHETTI FILHO, 2018b, p. 94-95).

Enfim e sinteticamente, a função social da propriedade pode ser compreendida como o conjunto de requisitos mínimos estabelecidos pelo legislador para que se considere que o exercício do domínio atende ao interesse coletivo, sob pena de adoção das medidas sancionatórias previstas no ordenamento.

3 BREVES NOÇÕES SOBRE A USUCAPIÃO

Descritas entre os artigos 1.238 a 1.274 do Código Civil (BRASIL, 2002), os modos de aquisição da propriedade móvel e imóvel pode se dar de forma originária ou derivada. Na primeira, a aquisição se dá de forma que não se vincula com a propriedade anterior. É dizer, não há ato de transmissão da propriedade de um sujeito para o outro. Já na segunda, existe vinculação, decorrente de um ato de transmissão da propriedade. Esse ato resulta de uma relação entre dois sujeitos, como um negócio jurídico, por exemplo.

Nesses termos, a doutrina majoritária tem compreendido a usucapião como modo de aquisição originária da propriedade⁴, estritamente ligada ao tempo. "De fato, o tempo pode provocar a extinção de um direito, ou sua aquisição. Trata-se da prescrição, como gênero em que tem como espécie a prescrição extintiva, tratada no artigo 189 do Código Civil, e a prescrição aquisitiva, aqui tratada como usucapião" (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 88).

Modernamente tem se compreendido que, no âmbito constitucional, a usucapião tem por fundamento a função social da propriedade. Isso porque busca dar a propriedade àquele que efetivamente está trazendo a ela uma utilidade social e econômica à propriedade (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 88).

Deveras, a função social da propriedade "contempla, ao mesmo passo, um conjunto de faculdades e um conjunto de deveres positivos e negativos, não mais expressando pura e simplesmente uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada" (CHALHUB, 2000, p. 12).

Nessa linha de pensamento, pela usucapião, dentro da função social, "premia-se aquele que dá efetivamente utilidade à coisa, em detrimento do proprietário que, diante de sua desídia, deixa passar tempo suficientemente considerável sem dar qualquer destinação social ou econômica a ela" (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 88).

Compreendido isso, tem-se que a usucapião deve atender pressupostos de natureza pessoal, real e formal. Os de natureza pessoal são requisitos acerca da legitimidade ativa e passiva.

Nesse aspecto, dentro da perspectiva do artigo 1.241 do Código Civil⁵, "a legitimidade ativa é do possuidor com posse *ad usucapionem*, ou seja, com intenção de usucapir. E a legitimidade passiva é da pessoa que figura como proprietário na matrícula do imóvel" (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 89).

4 Caio Mario da Silva Pereira (2008, p. 138) entende que a usucapião é modo de aquisição derivada da propriedade.

5 Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel. (BRASIL, 2002)

Demais disso, deve-se observar as limitações impostas por força do artigo 1.244 do Código⁶, que impedem certas pessoas de usucapir por não contar o respectivo prazo, tais como “entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar” e “entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela” (BRASIL, 2002), na forma do artigo 197, inciso II e III.

Por sua vez, os requisitos reais referem-se aos bens e direitos suscetíveis de serem usucapidos, visto que nem todas as coisas podem ser objeto da usucapião. Isso porque alguns bens são insuscetíveis de serem usucapidos em razão de sua natureza (como o ar e a luz), ou porque estão fora do comércio, ou ainda por ser bem público⁷.

Já os pressupostos formais possuem relação com os requisitos gerais indispensáveis e costumeiros da usucapião, como a posse, o lapso temporal e o *animus domini*, bem como os específicos de cada modalidade, como o justo título e a boa fé, ou o tamanho da área do imóvel, ou ainda, a forma de sua utilização.

É de se considerar ainda que a posse *ad usucapionem*, isto é, “a que se prolonga no tempo, a tal ponto que é capaz de gerar a aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva” (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 54), deve condizer com o *animus domini*, ser mansa e pacificamente, contínua e publicamente, ao longo do prazo definido na lei. A ausência disso impede a usucapião.

A título de parêntese, vale lembrar que a posse mansa e pacífica é a praticada sem a oposição do proprietário contra quem pretende usucapir. Logo, observado que o dono da coisa se opôs de alguma forma à posse do possuidor, essa deixará de ter a qualidade de incontestada e passará a não preencher os requisitos básicos para usucapir (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 51). E compreende contínua a posse desempenhada sem interrupções.

Do mesmo modo, a posse também não pode prejudicar o proprietário que está na defesa de seu domínio. Por conseguinte, para caracterizar isso, é preciso que o possuidor não viole os direitos do proprietário da coisa e esse seja inerte, passivo em relação a essa situação fática, sem tentar recuperar a coisa para si.

Ainda referente ao tema, é reconhecida possibilidade da sucessão na posse para fins de contagem do prazo da usucapião, na forma do artigo 1.243 do Código Civil. Nessa linha de contada, “o possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (artigo 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do artigo 1.242, com justo título e de boa-fé” (BRASIL, 2002).

Cumprir notar que a posse há de ser justa, sem os vícios da violência, clandestinidade ou precariedade, na medida em que se a situação de fato for resultante desses meios, não induzirá a posse enquanto os efeitos não cessarem. E, se for adquirida a título precário, não se modificará em posse justa de forma alguma.

6 Art. 1.244. Estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião. (BRASIL, 2002)

7 A despeito de existir alguma divergência sobre a possibilidade de usucapião em relação a bens públicos dominiais, o entendimento ainda dominante na doutrina e jurisprudência é no sentido de que “os bens públicos não estão submetidos à possibilidade de prescrição aquisitiva ou, em uma palavra, os bens públicos não se sujeitam a usucapião” (MAZZA, 2015, p. 711).

Diante disso, entende-se por posse mansa ou pacífica, para os efeitos da usucapião, aquela alcançada sem a oposição do proprietário do bem. É dizer, o proprietário tem conhecimento de que sua posse foi violada. Entretanto, permanece inerte, nada fazendo para possibilitar sua recuperação, seja de forma judicial ou extrajudicial.

Isto é, não afasta o invasor, não propõe o remédio possessório correspondente. Simplesmente “conforma-se com a perda. Ora, proprietário que assim age, omitindo-se revela desinteresse pelo bem e, com isso, abre espaço para que outro a ocupe e utilize. Quem, diante de uma agressão à posse, conserva-se inerte, revela seu descaso para com ela” (MARQUESI, 2018, p. 30).

De outro norte, por se tratar de prescrição aquisitiva, o lapso temporal é uma das exigências para a consumação da usucapião. Com efeito, em seus fundamentos, observa-se que “o tempo exerce uma força aquisitiva, embora seja também causa de perda da propriedade ou do direito real do antigo titular” (MARQUESI, 2018, p. 26). Esse lapso pode variar a depender da modalidade do instituto.

Enfim. É certo que, num olhar superficial, há o pressentimento de que a usucapião ofende o direito de propriedade, a partir do momento em que o possuidor passa a ocupar a coisa, perdendo o direito de *dominus*.

Contudo, como vimos, dentro do aspecto da função social da propriedade, existe um motivo por trás dessa situação jurídica que fundamenta esse fato. Sobre esse tema, há duas correntes explicativas: a subjetiva e a objetiva.

A primeira, chamada de subjetiva, está representada na ideia da passividade do proprietário. Por ela, presume-se o ânimo da renúncia ao direito da propriedade, ou seja, considera-se que ele deixou de se interessar pelo bem, dele abrindo mão.

Por outro lado, a corrente objetiva tem base na função social da propriedade, reconhecida constitucionalmente como dever do proprietário no exercício da sua propriedade. Trata-se da corrente modernamente aceita, na visão constitucional, como observado anteriormente.

Dessa forma, a partir do momento em que o possuidor confere ao bem uma utilidade, “dando-lhe uma função socioeconômica, particularidade que, como se sabe, é o fundamento do instituto em comento” (MARQUESI, 2018, p. 31), a usucapião não ofende a propriedade. Pelo contrário, a fortalece na visão constitucional.

4 A NECESSIDADE DA PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Estado possui o poder-dever de, por meio da tutela jurisdicional, proporcionar a pacificação dos conflitos sociais e, não menos, desempenhar o papel da justiça. Deveras, o acesso à justiça não é apenas o direito fundamental de se ingressar com uma ação. Vai muito além. Representa, dentro do Estado Constitucional de Direito, o acesso à justiça efetiva, justa, eficiente e adequada, na promoção da pacificação do conflito, não apenas no aspecto jurídico, mas no social e no psíquico (MARCHETTI FILHO, 2018c).

Contudo, o que se pode verificar ao longo desse processo, é que o Judiciário não tem contribuído de forma efetiva, com justiça e eficiência no que concerne à resolução das lides, restando prejudicada exatamente essa ideia da pacificação do conflito.

Mesmo porque "pacificar, antes de ser uma tarefa simples, implica uma complexidade ímpar. 'Por envolver o alcance de um estado de espírito humano, abrange aspectos não apenas jurídicos, mas sobretudo psicológicos e sociológicos'" (MARCHETTI FILHO, 2018c, p. 203).

Nesse sentido, é necessário ressaltar "ao mesmo tempo em que o legislador assegura o acesso irrestrito à justiça, preconiza também as virtudes da solução consensual dos conflitos, atribuindo ao Estado o encargo de promover essa prática pacificadora, sempre que possível" (THEODORO JÚNIOR, 2015, v. 1, p. 76).

Não se trata de desacreditar a Justiça estatal, mas de combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como única via pacificadora de conflitos, elevando a um número tão gigantesco de processos aforados, que supera a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas do serviço judiciário disponível. Em diversos países, a cultura tem desviado grande parte dos conflitos para mecanismos extrajudiciais, como a mediação e a conciliação, que além de aliviar a pressão sobre a justiça pública, se apresentam em condições de produzir resultados substancialmente mais satisfatórios do que os impostos pelos provimentos autoritários dos tribunais. (THEODORO JÚNIOR, 2015, v. 1, p. 76)

Demais disso, há que se considerar que, nos dias de hoje, existe certa "priorização de certos aspectos do processo, para os quais o sistema tradicional não dava solução. Os casos mais evidentes são relacionados ao acesso à justiça e à lentidão dos processos, bem como a distribuição dos ônus decorrentes da demora na solução dos conflitos" (GONÇALVES, 2017, p. 44).

Mas não é só. "Há ainda a questão da socialização da justiça, relacionada ao fato de muitos conflitos de interesses deixarem de ser levados a juízo, seja em virtude do custo que isso demanda, seja porque o interesse não tem lesado direito, pois o dano se pulveriza entre toda a sociedade" (GONÇALVES, 2017, p. 44).

Importante destacar, nessa linha de raciocínio, que o Código de Processo Civil de 2015 tem como norte "uma valoração do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de solução de conflitos", tendo em vista a pacificação" (MARCHETTI FILHO, 2018c, p. 213).

Com efeito, busca, dentro dessa visão de solução de conflitos, propiciar um "um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido" (MARCHETTI FILHO, 2018c, p. 213).

Diante disso, é possível destacar "basicamente quatro fatores para se colocar a Codificação de 2015 como instrumento de pacificação social: a) a boa-fé objetiva; b) a cooperação; c) modernização do contraditório; e d) a adequação dos meios de resolução de conflitos" (MARCHETTI FILHO, 2018c, p. 213).

Nesse sentido, inaugura-se com a vigência do atual Código de Processo Civil a tendência de meios adequados para as soluções de conflito. A sua pacificação deve ser incentivada

pelos operadores do direito, para que a cada dia seja mais aplicada caso a caso, dentro da ideia de solução adequada de conflitos.

5 OS MECANISMOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Como dito, o quarto fator que promove a pacificação social é a adequação dos meios de solução conflitos oferecidos pela legislação processual. E nesse ponto, o Código de Processo Civil ganhou destaque.

Isso porque, por ele, os meios disponíveis para a resolução de um conflito, seja pela autocomposição (conciliação ou mediação), seja pela heterocomposição (arbitragem ou processo em específico), "devem ser considerados pela seguinte premissa: o meio deve ser adequado à solução do conflito posto para a promoção da pacificação social" (MARCHETTI FILHO, 2018c, p. 224).

Logicamente que, nesse enfoque, a mediação, a conciliação e a arbitragem ganham destaque, exatamente por, dentro de suas especificidades, retirarem do Estado o poder de decidir o conflito.

Ante a ineficiência na prestação estatal da tutela jurisdicional, especialmente pelo perfil contencioso e pela pequena efetividade em termos da pacificação real das partes, os meios diferenciados vêm deixando de ser considerados "alternativos" para passar a integrar a categoria de formas "essenciais" de composição de conflitos (jurídicos e psicológicos), funcionando como efetivos equivalentes jurisdicionais ante a substituição da decisão do juiz pela decisão conjunta das partes. (TARTUCE, 2018, p 149)

Diante dessa realidade, constata-se um interesse maior do próprio Estado na busca de medidas menos formais, que viabilizem a garantia de reparar o bem jurídico lesado, promovendo a solução do conflito de forma adequada e, assim, a pacificação social⁸.

Para cada espécie de conflito deve ser adotada a via adequada para a sua abordagem, considerando-se vários fatores, como, por exemplo, a intenção das partes, o perfil da controvérsia e as possibilidades inerentes a cada mecanismo que pode ser aplicado caso a caso.

É nesse contexto que surge o fenômeno da desjudicialização do conflito, a se tratar a seguir.

8 "A proposta da política judiciária que incentiva o desenvolvimento de vias diversas é criar, paralelamente à administração da justiça tradicional, novas vias de solução de litígios, preferencialmente por meio de instituições leves, relativa ou totalmente desprofissionalizadas (algumas vezes, até vedando a participação de advogados); a utilização deve ser barata – senão mesmo gratuita – e localizada de modo a facilitar (e maximizar) o acesso aos serviços, operando de forma simplificada e pouco regulamentada para obter soluções mediadas entre as partes" (TARTUCE, 2018, p 176).

6 ONDAS DE APERFEIÇOAMENTO DA JUSTIÇA: A TÉCNICA DA DESJUDICIALIZAÇÃO

A técnica processual prevista do Código de Processo Civil de 1973 era essencialmente de judicialização dos conflitos. Isso porque essência era baseada no individualismo e patrimonialismo que imperavam no Século XIX na Europa e que vieram para o Brasil por Enrico Tulio Liebman.

Por isso, a tutela processual do Código de 1973 era extremamente rígida, buscando satisfatividade pela decisão judicial definitiva de mérito. E, decorrente desse rigorismo científico, é que não se tinha a previsão original de tutelas provisórias ou a abertura para outros meios de solução de conflitos.

Logicamente que, em tempos modernos, essa visão de processo e de judicialização de conflitos não atendia mais os anseios da sociedade, notadamente porque o próprio Poder Judiciário já não dá conta de se pronunciar satisfatoriamente e em tempo razoável em toda a demanda processual que recebe diariamente. A necessidade de uma mudança era premente.

Seguindo essa linha, entende-se a razão do Código de Processo Civil de 2015, além de abolir determinados institutos previstos no Código de 1973 e modernizar outros, permitiu a opção da extrajudicialização na usucapião imobiliária.

Nesse sentido, a expressão "desjudicialização" diz respeito ao fenômeno legislativo que traz às partes a possibilidade de solucionarem seus conflitos fora da esfera judicial, desde que possuam capacidade jurídica e que tenham por objeto direitos disponíveis. Trata-se da busca de soluções de conflitos sem intervenção dos tribunais.

No campo mais específico ao tema aqui proposto, a desjudicialização aponta a transferência facultativa de algumas atividades que, até então, eram atribuições específicas do Poder Judiciário, para o âmbito das serventias extrajudiciais, admitindo que estes órgãos possam solucionar o conflito por meio de procedimentos administrativos.

De fato, o Código de Processo Civil de 2015 não muda "o panorama na hipótese de o processo de usucapião perfazer-se em juízo, malgrado tenha suprimido algumas etapas antes necessárias. Mas abre a possibilidade do manejo pela via extrajudicial, certamente para evitar a complexidade e delonga da judicialidade" (MARQUESI, 2018, p. 51).

Esse processo legislativo de transferência da solução de alguns conflitos e de certas questões para os cartórios extrajudiciais - que antes só o Judiciário teria competência para fazê-lo - tem como propósito priorizar a celeridade na sua resolução, notadamente quando não se tem litígio.

Dentro de uma visão de meios adequados de solução de conflitos, proposto pelo Código de Processo Civil atual, tem-se que o fim é justamente diminuir a crescente pressão sobre os tribunais, que estão repletos de processos.

Em verdade, a atual formação da sociedade, com informação abundante e o conhecimento de seus direitos, aliado ao acesso à justiça como garantia fundamental, tornou imprescindível se buscar meios que promovam soluções adequadas de conflitos à vista da pacificação social, deixando-se de lado a ideia do processo como meio exclusivo e des-

concentrando-se a atuação da máquina do Judiciário, notadamente das questões de menor complexidade.

Consequentemente, a desjudicialização busca evitar a intervenção judicial nas situações em que isso não se faz necessário.

A tendência que se esboça, e isso num horizonte não muito distante, é a de deixar ao Judiciário somente os casos de pretensão resistida, em que o juiz atuará como mediador e substituto da vontade das partes. A desjudicialização será cada vez mais frequente naqueles casos em que as partes estiverem concordes, os interesses forem disponíveis e a lei autorizar a solução extrajudicial. (MARQUESI, 2018, p. 62)

Por conseguinte, é primordial se utilizar de instrumentos que assegurem ao cidadão a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, de maneira que possa atender ao direito fundamental de acesso à Justiça. Nessa hipótese, o prazo satisfatório para a entrega da tutela exerce papel essencial, sendo pressuposto da satisfação das contendas derivadas das mudanças do mundo moderno.

Diante dos obstáculos enfrentados pelo Poder Judiciário em atender com agilidade as demandas judiciais que a sociedade produz todos os dias, bem como da necessidade de encontrar soluções eficazes, a desjudicialização, pouco a pouco, começou a se tornar uma realidade no país.

De fato, seja por meio de leis ou por resoluções do Conselho Nacional de Justiça, a busca pela desjudicialização dos conflitos é uma realidade. E uma das formas que favorecem e incentivam a composição de situações sociais se dá exatamente por meio dos serviços extrajudiciais, buscando desta forma a possibilidade em desafogar o Poder Judiciário.

Exemplo disso está na separação e divórcio extrajudicial, inventário extrajudicial, a retificação da matrícula do imóvel diretamente no cartório, possibilidade de retificação do nome no registro civil para adequação à identidade de gênero diretamente no cartório, e a usucapião extrajudicial, tema do estudo.

Tais exemplos simbolizam uma preciosa cooperação do legislador para atenuar, a carga de processos e proporcionar soluções mais rápidas para as ações pretendidas, além de atestarem progresso no direito pátrio.

7 A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL DE BENS IMÓVEIS EM LINHAS GERAIS

De praxe, a usucapião é, em regra, declarada mediante processo judicial que, atualmente, segue o procedimento comum do Código de Processo Civil de 2015, tendo em conta que a nova legislação, pôs fim ao procedimento especial da ação de usucapião.

Em verdade, essa estrutura processual é facilmente notada nos artigos que tratam da usucapião, como por exemplo, o artigo 1.238, que se refere à usucapião extraordinária. Por ele, adquire a propriedade aquele que possuir como seu por quinze anos sem interrupção, nem oposição, determinado imóvel, independentemente de título e boa-fé, "podendo requerer

ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis” (BRASIL, 2002).

Observa-se, portanto, que o procedimento regra é o judicial. Mas, a partir de 2009, estabeleceu-se a possibilidade da usucapião ser obtida extrajudicialmente ou de forma administrativa.

De fato, a Lei Federal n. 11.977/2009, conhecida como Lei do Programa Minha Casa Minha Vida, já trazia, em seu art. 60º, a possibilidade do reconhecimento da aquisição originária da propriedade por possuidores de imóveis em locais suscetíveis a programas de regularização fundiária, sem qualquer intervenção judicial (BRASIL, 2009).

Mais atual, o Código de Processo Civil de 2015, dentro do seu espírito inovador de melhor resolver os conflitos, o que se verá mais adiante, trouxe uma grande alteração e atualização na possibilidade de reconhecimento extrajudicial ou administrativa da usucapião.

Deveras, o artigo 1.071 do Código de Processo Civil introduziu o artigo 216-A na Lei dos Registros Públicos (LF n. 6.015/1973), admitindo a usucapião extrajudicial, que será processada diretamente no Cartório de Registro de Imóveis da comarca em que o imóvel esteja localizado.

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. (BRASIL, 1973)

Observa-se que a ideia do legislador foi, de fato, criar uma nova forma de se reconhecer a usucapião, extrajudicialmente ou administrativamente. E o fez de maneira “completamente distinta e sem dúvidas mais eficaz da prevista na Lei 11.977 de 07/07/2009” (HABERMANN JUNIOR; HABERMANN, 2018, p. 100).

Agora, atendendo os requisitos da lei material e do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, o interessado, reunindo os documentos que comprovam sua posse, bem como suas circunstâncias e o lapso temporal e, ainda, a “ausência de ação reivindicando o imóvel, apresenta a documentação ao tabelião da localidade, do qual, após examiná-la, lavra uma

9 A redação original do artigo trazia que “sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do artigo 183 da Constituição Federal” (BRASIL, 2009).

ata notarial, documento pelo qual atesta publicamente a existência da posse e suas características" (HABERMANN JUNIOR; HABERMANN, 2018, p. 100).

Esse procedimento extrajudicial "pode ocorrer em qualquer espécie de usucapião, desde que tenha como objeto bens imóveis e que não haja litígio" (BOCZAR; ASSUNÇÃO, 2018, p. 78). Contudo, como se observa da própria redação do artigo 216-A, "apesar de se tratar de jurisdição voluntária, a lei exige que o interessado esteja, obrigatoriamente, representado por advogado. Tal exigência se justifica para dar maior efetividade ao procedimento" (BOCZAR; ASSUNÇÃO, 2018, p. 79).

Anote-se que a usucapião extrajudicial será reconhecida mediante requerimento perante o Registro de Imóveis, com a apresentação de todos os documentos exigidos pelos incisos do artigo citado e ainda, instituídos por uma ata notarial lavrada pelo tabelião de notas.

Essa ata nada mais é do que uma narrativa de forma objetiva de um fato que foi verificado ou presenciado pelo notário, sem emitir juízo de valor. Poderá ela "ser feita em qualquer cartório de notas do país, sendo, posteriormente, encaminhada ao competente Cartório de Registro de Imóveis – juntamente com os documentos exigidos nos incisos I a IV do mencionado artigo – para o seu processamento" (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2017, p. 1.420).

Outro ponto de destaque para o procedimento administrativo em cartório é a necessidade de instruí-lo com a "planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes". Isso, logicamente, para garantir segurança ao procedimento e certeza naquilo que está sendo objeto de usucapião.

Todavia, na forma do art. 216-A, § 2º, se na planta e memorial descritivo faltar assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais ou de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e dos imóveis confinantes, "esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o silêncio como concordância" (BRASIL, 1973).

Fica claro, pelo texto da lei, que o silêncio de tais pessoas ao não assinar a planta e memorial descritivo, permanecendo inertes, significa concordância em relação aos seus termos. Logo, aqui quem cala consente¹⁰.

Importante destacar que a redação original do artigo era no sentido contrário, ou seja, o silêncio importava em discordância, o que causava uma série de empecilhos. Essa redação foi alterada pela Lei Federal n. 13.465, de 2017.

A presença desse requisito "revela a natureza consensual da usucapião" (MARQUESI, 2018, p. 79), pois exige a anuência do proprietário do imóvel usucapiendo, assim como a dos proprietários dos imóveis confinantes, podendo, no caso deles, ser tácita.

10 Sobre esse tema, "é conhecido o aforismo de que 'quem cala consente'. Mas, na verdade, quem cala nada diz. Cuida-se da aplicação do artigo 111 do Código Civil, que, a respeito da manifestação de vontade, enuncia que o 'silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa'" (MARQUESI, 2018, p. 105).

Aquela Lei Federal de 2017 incluiu ainda algumas situações excepcionais. Primeiro, na forma do § 11, em se tratando de imóvel em unidade autônoma de condomínio edilício, como um apartamento, por exemplo, “fica dispensado consentimento dos titulares de direitos reais e outros direitos registrados ou averbados na matrícula dos imóveis confinantes e bastará a notificação do síndico para se manifestar na forma do § 2º deste artigo” (BRASIL, 1973).

Além disso, como manda o § 12, “se o imóvel confinante contiver um condomínio edilício, bastará a notificação do síndico para o efeito do § 2º deste artigo, dispensada a notificação de todos os condôminos” (BRASIL, 1973).

Outro ponto importante acrescentado está no § 13, pelo qual se a pessoa a ser notificada não foi encontrada ou se ela estiver em lugar incerto, não se sabendo seu atual endereço, “tal fato será certificado pelo registrador, que deverá promover a sua notificação por edital mediante publicação, por duas vezes, em jornal local de grande circulação, pelo prazo de quinze dias cada um, interpretado o silêncio do notificando como concordância” (BRASIL, 1973). Esse edital poderá ser feito por meio de em meio eletrônico, se assim regulamentado pelo órgão de correição das serventias, “caso em que ficará dispensada a publicação em jornais de grande circulação” (BRASIL, 1973), na forma do § 14.

Demais disso, a Lei traz também como requisito no inciso III as “certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente” (BRASIL, 1973). De conseguinte, “se a lei manda extrair certidões dos distribuidores, fica claro que se quer apurar a existência de processos judiciais que possam influir na aquisição do imóvel pela usucapião. É de entender que as certidões referem-se tanto à pessoa do proprietário como à do requerente” (MARQUESI, 2018, p. 89).

Outro requisito, presente no inciso IV é a prova do “justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel” (BRASIL, 1973).

Esse requisito deve “ser entendido como necessário somente na usucapião ordinária de imóveis, cediço que ante a falta de previsão legal, as demais espécies de usucapião não exigem” (MARQUESI, 2018, p. 90).

Nesse tocante, a Lei Federal n. 13.465, de 2017 acrescentou o § 15 no art. 216-A, facilitando a produção da prova exigida no inciso IV. Agora, se ausente ou insuficiente tais documentos, “a posse e os demais dados necessários poderão ser comprovados em procedimento de justificação administrativa perante a serventia extrajudicial” (BRASIL, 1973).

Trata-se de mais uma inovação da Lei, agora extrajudicializando o procedimento da justificação que “obedecerá, no que couber, ao disposto no § 5º do art. 381 e ao rito previsto nos arts. 382 e 383 da Lei no 13.105, de 16 março de 2015” (BRASIL, 1973).

Compreendido seus requisitos, importante destacar que essa forma de procedimento extrajudicial é facultativa, como o próprio legislador destacou no início do artigo 216-A. Logo, a parte interessada “poderá optar pela propositura da ação judicial ainda que não haja litígio, e integra o fenômeno da desjudicialização do direito, no qual se inserem, por exemplo, dentre outros, o inventário e o divórcio extrajudiciais” (GONÇALVES, 2018, p. 223). Mesmo porque, ante a garantia fundamental do acesso à justiça e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, presente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Tendo o interessado optado por ele e formulado o requerimento, mediante representação de advogado e instruído com os documentos mencionados, na forma do artigo 216-A, § 1º, "o pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido" (BRASIL, 1973).

Em sequência, cumprindo o § 3º daquele artigo, "o oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido" (BRASIL, 1973).

Empós, "o oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias" (BRASIL, 1973).

Transcorrido esse prazo e estando a documentação em ordem e não havendo qualquer impugnação, "o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso" (BRASIL, 1973), como dispõe o § 6º daquele artigo.

Entrementes, o § 8º estabelece que "se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido" (BRASIL, 1973), sendo possível, em qualquer caso, ao "interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei" (BRASIL, 1973).

Sempre bom lembrar que, na forma do § 9º, "a rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião" (BRASIL, 1973). Como dito, "entendimento contrário disso importaria em violação à garantia do acesso formal à justiça, inculpada no art. XXXV, da Constituição Federal" (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 99).

8 A APLICABILIDADE PRÁTICA DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL

Esgotada a discussão sobre os meios adequados de solução de conflitos, compreendido um pouco sobre o fenômeno da desjudicialização e a disciplina legal da usucapião extrajudicial com seu procedimento, deve-se analisar a aplicabilidade prática desse instituto.

Nesse aspecto, a doutrina tem destacado que diante de algumas situações apresentadas dentro do procedimento administrativo e também na cultura da sociedade, a aplicabilidade da usucapião extrajudicial tem sido mitigada.

É dizer, casos que poderiam ser facilmente resolvidos no procedimento da usucapião extrajudicial, deixam de ser por vários aspectos e acabam tornando-se um processo contencioso no Judiciário.

Os obstáculos para a ampla adoção do modelo consensual de abordagem de conflitos são muitos, podendo ser aduzidos como centrais os seguintes óbices: 1. a formação acadêmica de operadores do Direito, que não contempla tal sistemática; 2. a falta de informação sobre a disponibilidade de meios consensuais; 3. o receio da perda de poder de autoridade das instituições tradicionais de distribuição de justiça. (TARTUCE, 2018, p. 110)

Nessa linha de contada, apontar-se-á, a seguir, alguns fatores que tornam ineficaz a aplicação prática da usucapião extrajudicial.

8.1 A CULTURA LITIGIOSA

A mudança de mentalidade e o esforço da comunidade jurídica relativamente ao fomento dos meios adequados de solução de litígios para a pacificação do conflito é imprescindível na sociedade moderna, notadamente no Estado Constitucional de Direito, dentro da visão de um acesso à justiça efetivo, justo, eficiente e adequado.

Nesse tocante, foram materializadas relevantes inovações legislativas nos últimos anos, notadamente em 2015, com o novo Código de Processo Civil (Lei Federal n. 13.105/2015), a reforma pontual da Lei de Arbitragem (Lei Federal n. 13.129/2015) e a Lei da Mediação (Lei Federal n. 13.140/2015).

Interessante notar que, replicando a Constituição Federal, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe, no art. 3º, que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (BRASIL, 2015). Mas, dentro desse aspecto, traz para dentro do processo civil a ideia dos meios adequados de solução de conflitos ao consignar que o processo não é o único caminho a seguir.

Por isso, enfatiza, nos §§ 1º a 3º, que “é permitida a arbitragem, na forma da lei” (BRASIL, 2015) e “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015). Mas essa promoção não é dever apenas do Estado. “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015).

Assim sendo, o novel diploma processual determina aos Tribunais a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, com a capacitação de conciliadores e mediadores para atender a demanda de conflitos presentes no judiciário.

Mas não é só. Trouxe também aspectos importantes relativos à solução extrajudicial do conflito por meio de procedimentos administrativos diretamente no cartório, como no inventário extrajudicial (CPC, art. 610, §§ 1º e 2º), no divórcio, separação e extinção de união estável de forma consensual pela via extrajudicial (CPC, art. 733) e a usucapião extrajudicial, inserida mediante a criação do artigo 216-A na Lei de Registros Públicos (CPC, art. 1.071).

Contudo, a aplicabilidade prática desses institutos, notadamente da usucapião extrajudicial é mínima. E um dos fatores está exatamente na cultura da litigiosidade arraigada na sociedade brasileira, fator esse que se reflete no próprio ensino jurídico e na atuação do profissional.

Em verdade, a despeito de a lei exigir a participação de um advogado no procedimento da usucapião extrajudicial, o fato é que os operadores do direito, não só nos bancos escolares, mas também em sua vida profissional, não são incentivadores da adoção de medidas de soluções adequadas e solução de conflitos de forma extrajudicial, seja por desinteresse próprio, ou por descrença da parte que atende.

Na formação do bacharel em Direito, a ênfase do estudo acaba sendo prioritariamente centrada no exercício da jurisdição estatal contenciosa, o que gera certa negligência no trato de meios consensuais. Reforçados os fundamentos do processo como instrumento de Direito público, acabou-se consolidando o entendimento de que, a partir da atuação do Estado e de seu elemento capaz de submeter uma das partes à pretensão da outra, justo é o que o Estado determina e faz cumprir. (TARTUCE, 2018, p 112)

Isso é, pois, reflexo da cultura da litigiosidade e da espera de resultados apenas de sentenças judiciais que está impregnada na sociedade brasileira. “Nessa linha de contada, a inexistência de formação dos operadores do direito voltada aos meios adequados de solução de conflitos, ‘sobretudo de bases consensuais, constitui um grande empecilho a ser superado no desenvolvimento de uma cultura de paz” (MARCHETTI FILHO, 2018c, p. 247)

Assim, apesar de todos os avanços legislativos que incentivam a aplicabilidade das medidas adequadas das soluções de conflito e a busca pelo processo de desjudicialização, os operadores do direito estão em descompasso com essa prática.

Nessa trajetória relacional, a simples mudança legislativa não importará qualquer transformação no quadro atual se não acompanhada da quebra do paradigma social que se vive no Brasil. A modificação na forma de pensar da sociedade em geral, desde o cidadão comum até os operadores do direito e responsáveis pela administração pública em geral e da justiça, principalmente, é imprescindível. (MARCHETTI FILHO, 2018c, p. 242).

Portando, não há falar apenas em mudança da lei para se ter o incentivo na adoção de meios adequados de conflitos, principalmente a solução de conflitos pelo procedimento extrajudicial. É imprescindível também a mudança cultural, a transformação social para se levar a adoção desses meios.

8.2 OS EMOLUMENTOS DEVIDOS

Além da problemática envolvendo a cultura da litigiosidade e a falta de preparo ou desinteresse para se promover a solução adequada do conflito do profissional do direito, tem-se ainda obstáculos na própria linha procedimental. E um deles se refere ao valor dos emolumentos cobrados no serviço notarial, ou seja, o custo de um procedimento extrajudicial.

A Lei Federal n. 10.169, de 2000, estabelece as normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Dessa forma, nos termos do artigo 1º, “os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta Lei” (BRASIL, 2000), sendo que, pelo parágrafo único, esse valor “deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados” (BRASIL, 2000).

Para além disso, o art. 2º da Lei estabelece os parâmetros que devem ser utilizados para a fixação dos emolumentos, destacando:

Art. 2º Para a fixação do valor dos emolumentos, a Lei dos Estados e do Distrito Federal levará em conta a natureza pública e o caráter social dos serviços notariais e de registro, atendidas ainda as seguintes regras:

I – os valores dos emolumentos constarão de tabelas e serão expressos em moeda corrente do País;

II – os atos comuns aos vários tipos de serviços notariais e de registro serão remunerados por emolumentos específicos, fixados para cada espécie de ato;

III – os atos específicos de cada serviço serão classificados em:

a) atos relativos a situações jurídicas, sem conteúdo financeiro, cujos emolumentos atenderão às peculiaridades socioeconômicas de cada região;

b) atos relativos a situações jurídicas, com conteúdo financeiro, cujos emolumentos serão fixados mediante a observância de faixas que estabeleçam valores mínimos e máximos, nas quais enquadrar-se-á o valor constante do documento apresentado aos serviços notariais e de registro. (BRASIL, 2000)

Ademais, a Lei veda expressamente, no art. 3º, inciso II, a fixação de “emolumentos em percentual incidente sobre o valor do negócio jurídico objeto dos serviços notariais e de registro” (BRASIL, 2000).

Assim, basicamente e no campo prático, cada Tribunal de Justiça estadual é responsável pela tabela de preços dos serviços notariais e de registro do seu respectivo Estado. Os valores de cada atividade são calculados e, se houver necessidade de algum reajuste, um Projeto de Lei com a nova tabela de preços é encaminhado para o legislativo estadual para aprovação, observando-se o princípio da anterioridade.

Entrementes, na prática, esses valores se mostram muito superiores ao custo de uma demanda judicial. Seja porque no procedimento extrajudicial não há os benefícios da justiça gratuita; seja porque, mesmo no tocante à “justiça paga”, não são poucas às vezes em que as custas do processo se mostram muito inferiores ao valor dos emolumentos cobrados pelo serviço notarial.

Apenas a título exemplificativo, no Estado de Mato Grosso do Sul, a Lei n. 3.003, de 2005, não traz qualquer previsão das custas para o procedimento de usucapião extrajudicial. Mas, para se registrar uma sentença declaratória de usucapião, os emolumentos são de R\$ 92,00 (tabela III.C, anexo à Lei ¹¹).

Ademais, a simples análise da Tabela I do Anexo da Lei Estadual mostra a cobrança de emolumentos escalonados conforme o valor declarado no negócio para a lavratura de escrituras públicas, podendo chegar a R\$ 7.847,00, o que, por óbvio, é muito dispendioso e desestimula a prática do procedimento extrajudicial, considerando que as custas do processo de usucapião não chega nem a metade desse valor. Isso quando não se tem os benefícios da justiça gratuita.

8.3 A RECUSA DO REGISTRADOR

O último ponto que se destaca nesse estudo e que gera o desestímulo para o uso do procedimento extrajudicial da usucapião está exatamente no próprio procedimento. Isso porque, nos termos do § 8º, do artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos, “ao final das dili-

11 A Lei Estadual n. 3.003/2005 e as tabelas anexas à ela estão disponíveis em: <https://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=21119>.

gências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido" (BRASIL, 1973).

Traduzindo isso e dentro da ideia do procedimento do art. 216-A, a falta de concordância expressa de alguma das pessoas indicadas no inciso II – seja por interesse conflituoso, ou por desinteresse no assunto, ou ainda por maldade ou vingança – gera, impreterivelmente, a rejeição do requerimento administrativo.

E mais, como dispõe o § 9º, "a rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião" (BRASIL, 1973). Não que isso esteja errado. Pelo contrário. É correto, mesmo porque a lei não pode excluir qualquer assunto da apreciação do Poder Judiciário, na forma do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Porém, o efeito prático e lógico disso é que se, depois de todo o trabalho e custo, há o risco de rejeição pelo simples fato de se ter uma impugnação infundada, então melhor é ingressar diretamente com a ação de usucapião.

Demais disso, o § 10¹² consigna que havendo impugnação ao reconhecimento extrajudicial, o oficial deverá remeter os autos ao Juízo da comarca onde o imóvel esteja localizado. E, convertido em ação de usucapião, a parte deverá emendar a inicial para adequá-la ao procedimento comum do Código de Processo Civil.

Em outras palavras, ao final de todo o trabalho, em razão de uma simples impugnação, às vezes completamente sem fundamento, o que era para ser um simples procedimento extrajudicial, acaba se tornando um contencioso civil, um processo de usucapião.

Isso tudo faz com que o requerente volte à estaca zero, estando obrigado a enfrentar, além do tempo perdido no procedimento extrajudicial, a demora do processo. Isso, por óbvio, acaba por tornar a usucapião extrajudicial inviável.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a propriedade é um direito fundamental da pessoa, garantido constitucionalmente. Mas, ao contrário do que era outrora, hoje seu exercício não é mais absoluto. Isso porque, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal a garante como direito fundamental, também traz o ônus de que o exercício dessa propriedade deve atender uma função social.

Diante disso, tem-se que o instituto da usucapião evoluiu sobremaneira, ganhando nova base de fundamentação, agora constitucional, voltada para a função social. É dizer, a usucapião busca entregar a propriedade da coisa para aquele que efetivamente está exercendo a função social da propriedade, pelo menos no exercício básico de seus poderes.

12 "Art. 216-A. [...]"

§ 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum" (BRASIL, 1973).

De outro norte, sabe-se que, em regra, a declaração da usucapião deve se dar por sentença judicial, que será levada à registro, após a tramitação de um processo que seguirá, pela atual sistemática do Código de Processo Civil de 2015, o procedimento comum.

Entrementes, sabe-se que o Poder Judiciário, na sociedade moderna, não tem condições de atender a grande carga de demandas que diariamente ingressam por seus sistemas virtuais, o que gera uma lentidão para a prestação jurisdicional.

Isso, logicamente, gera um prejuízo para o acesso à justiça efetivo, justo e eficiente, que devem permear o processo sob a visão constitucional do Estado de Direito, notadamente para aquelas causas que são de simples solução e não tem litígio manifesto.

Foi nesse intuito que o Código de Processo Civil de 2015 buscou, dentro de uma moderna visão de pacificação dos conflitos sociais, afastar a ideia de processo como único meio de solução de conflito.

Em verdade, o Código partiu da premissa de que o processo é apenas mais um meio, dentre vários disponíveis para a solução dos conflitos sociais. Nessa pegada, trouxe a ideia da adequação dos meios de solução de conflito para se promover a pacificação social.

Diante disso, além de trazer a conciliação, a mediação e a arbitragem para dentro do processo civil, também firmou o fenômeno da desjudicialização dos conflitos, dando aos serviços notariais a possibilidade de solucionar conflitos, notadamente os que envolvem separação, divórcio, dissolução de união estável, inventário e, agora, a usucapião extrajudicial, por meio da criação do artigo 216-A na Lei de Registros Públicos.

Tal artigo traz todo o procedimento administrativo que deve ser seguido no serviço notarial, desde os requisitos do requerimento, os documentos e assinaturas necessárias e seu desfecho, com o registro da usucapião ou sua rejeição, além da possibilidade de conversão para processo judicial, caso haja impugnação.

Entrementes, algumas questões colocam em risco a efetividade desse procedimento. Aqui, foram apontados três pontos principais. Primeiro, a cultura do litígio e a falta de confiança dos profissionais do direito e da própria sociedade em outros meios de solução de conflitos que não o processo. E isso atinge a aplicabilidade da desjudicialização dos conflitos.

Em segundo, tem-se o custo dos serviços notariais no Brasil que é elevado e, por vezes, supera o custo do processo, notadamente quando nele se tem a possibilidade da gratuidade da justiça, enquanto que no procedimento administrativo extrajudicial os emolumentos sempre são cobrados. Logo, ainda que mais rápido, o valor para se obter a solução acaba tornando mais atraente o processo, ainda que a tutela jurisdicional demore para ser obtida.

Por fim, em terceiro, destaca-se um problema no próprio procedimento. Isso porque, a despeito de todas as melhorias vindas no procedimento administrativo com a Lei Federal n. 13.465, de 2017, ainda há a dificuldade apontada no sentido de que a existência de impugnação, ainda que manifestamente infundada, faz com o que oficial de registro encaminhe o procedimento para o Judiciário.

Em outro falar, seja como for, havendo rejeição ou impugnação, será necessário o processo para dirimir o conflito. E o raciocínio para a parte é simples: apenas perdeu-se tempo e dinheiro.

Nessa ordem de ideais, apesar de interessante e com o objetivo de promover a solução do conflito de forma mais simples e rápida, o fato é que, em relação à usucapião, o procedimento acaba não tendo a aplicabilidade que poderia ter pelos fatores apresentados.

De conseguinte é imprescindível, para uma melhor aplicação, promover-se a propagação, na sociedade e nos profissionais, da importância da adequação do meio de solução de conflito com o fim de se ter a pacificação social, retirando-se a ideia de que o processo é o único meio de solução.

Ademais, é preciso promover uma desoneração do procedimento para, do ponto de vista econômico, se tornar mais interessante, além de realizar-se, no campo legislativo, uma adequação do procedimento para viabilizar ainda mais a sua materialização.

REFERÊNCIAS

- ASSIS NETO, S.; JESUS, M. de; MELO, M. I. *Manual de direito civil*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- AZEVEDO, A. G. de (Org.). *Manual de mediação judicial*. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015.
- BOCZAR, A. C. A. A.; ASSUNÇÃO, L. F. M. *Usucapião extrajudicial: questões notariais e tributárias*. São Paulo: JH Mizuno, 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2017.
- _____. Lei Federal n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000. Regula o § 2º do art. 236 da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 dez. 2000.
- _____. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 jan. 2002.
- _____. Lei Federal n. 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 8 jul. 2009.
- _____. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 mar. 2015.
- _____. Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 31 dez. 1973.
- CHALHUB, M. N. *Propriedade imobiliária – Função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GODOY, C. L. B. de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5.
- GONÇALVES, M. V. R. *Direito processual civil esquematizado*. 8. ed. Saraiva: São Paulo, 2017.
- HABERMANN JUNIOR, C.; HABERMANN, R. T. *Usucapião judicial e extrajudicial no novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Habermann, 2018.
- MARCHETTI FILHO, G. F. *Estudos de direito – Direito Civil: Direito das coisas*. Campo Grande: Contemplar, 2018a.
- _____. *Estudos de Direito – Direito Civil: teoria geral dos contratos*. Campo Grande: Contemplar, 2018b.

_____. *Os Direitos Fundamentais, a pacificação dos conflitos sociais e o Código de Processo Civil: O novo paradigma do Processo Civil em vista do acesso à justiça efetiva, justa, eficiente e adequada*. Campo Grande: Contemplar, 2018c.

MARQUESI, R. W. *Usucapião extrajudicial*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

MAZZA, A. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 4.

TARTUCE, F. *Mediação dos Conflitos Cíveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Forense, Rio de Janeiro, 2015. v. 1.

Recebido/Received: 23.07.2019

Aprovado/Approved: 07.05.2020

A AUTOPOIESE DO DIREITO E A TRANSPARÊNCIA DAS FONTES DE FINANCIAMENTO DO BNDES

THE AUTOPOIESE OF LAW AND THE TRANSPARENCY OF THE SOURCES OF FINANCING OF THE BNDES

GABRIELA EULALIO DE LIMA¹

RESUMO

O artigo objetivou evidenciar a importância da transparência na atuação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), peculiarmente, no critério das suas fontes de financiamento, ponderando que este instituto, tende a criar um ambiente jurídico favorável a consolidação da confiabilidade para com a sociedade brasileira. Isto em razão da transparência conformar uma espécie de regulação para o sistema financeiro público. Como referencial teórico, o trabalho se valeu da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, com ênfase na autopoiese do direito e no alcance do código binário "lícito/ilícito", propondo que a não execução dos preceitos normativos do instrumento da transparência pelo Banco, derivaria numa crise sobre o subsistema do direito da ilicitude, com implicações negativas para os cidadãos nacionais e empobrecimento do sistema jurídico com a ineficácia da norma. Como resultados prévios, o artigo destacou que a transparência traduz ao BNDES maior credibilidade no mercado financeiro nacional e internacional, capaz de reverter a imagem negativa marcada pela corrupção. Para tanto, o debate se construiu a partir da pesquisa documental e bibliográfica, com base no método dedutivo, procedendo com a apreciação da transparência dentro de uma relação lógica com a sua aplicação às fontes de financiamento do BNDES, compreendendo os aspectos constitucionais e infraconstitucionais da sua regulação.

PALAVRAS-CHAVE: Autopoiese. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Código binário. Teoria dos Sistemas. Transparência.

ABSTRACT

The article was aimed at highlighting the importance of transparency in the operations of the National Bank of Economic and Social Development, uniquely on the criterion of their sources of funding, noting that the institute is creating a legal environment favorable to the consolidation of the trust with the people of Brazil.

1 Doutoranda e Mestre em Direito, com a área de concentração Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas pela Universidade de Marília - UNIMAR (2016). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP (2015). Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, campus de Frutal (2010). Autora do livro "O Consumo Colaborativo no Contexto da Sociedade Líquida: uma análise sociológica, econômica e jurídica" (2017). Coordenadora e Docente Superior de curso de graduação em Direito. Associada do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI desde 2014. Editora de Seção na Revista Científica da Faculdade de Educação e Meio Ambiente - FAEMA, área de conhecimento Direito. Advogada. Bolsista na qualidade de pesquisadora, pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais - FAPEMIG, com o trabalho de iniciação científica "Dignidade da Pessoa Humana sob a Incumbência do Estado" (2009/2010). <http://orcid.org/0000-0003-2319-8390>. gabrielaeulalio.adv@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

LIMA, Gabriela Eulalio de. *A autopoiese do direito e a transparência das fontes de financiamento do BNDES*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 51-68, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7369>.

This is on the grounds of transparency, to conform to a kind of regulation for the financial system to the public. As a theoretical framework, the work made use of the systems theory of Niklas Luhmann, with focus on the autopoiesis of law and the reach of the binary code of lawful/unlawful, suggesting that the non-implementation of the provisions of the normative instrument of transparency for the Bank, derived on the crisis in the sub-system of the law of illegality, with negative implications for the country's citizens and the decline of the legal system and the inefficiency of the law. As the previous results, the article pointed out that transparency translates to the BNDES, the greater the credibility on the financial market, the national and international level, is able to reverse the negative image that is marked by corruption. To this end, the discussion was built from a survey and interviews, based on the deductive method, which is the assessment of transparency within a logical relationship with the application of the sources of financing of the BNDES, consisting of the aspects of constitutional and infra-constitutional from your system.

KEY-WORDS: Autopoiesis. National Bank of Economic and Social Development. Binary Code; Systems Theory. Transparency.

INTRODUÇÃO

A pesquisa que será apresentada no presente artigo, refletirá a eficácia do instrumento da transparência para as fontes de financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), fazendo uma análise sócio jurídica acerca dos elementos teóricos e normativos para a sua regulação.

Para tanto, o debate se justifica, na necessidade de transpor a transparência como um importante instrumento disponível no sistema jurídico nacional, capaz de enobrecer o relacionamento do Banco com a sociedade brasileira, então marcada pela desconfiança, dado o caos político, econômico e social instalados na atual conjuntura do país.

Nessa linha, a propósito do instrumento da transparência, não é imprudente afirmar que este pode ser conectado com vários outros embates sociais e jurídicos, mas no cerne das atividades desempenhadas pelo BNDES, possui uma característica básica na sua atuação, a natureza pública. Esta assertiva, revela a imprescindibilidade do cumprimento dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais, pois que, a sua não observância ou mera escusa de cumprimento, resultará numa gama de problemas perenes, marcados pela insegurança jurídica, que impõe aos cidadãos ambiguidades sobre as operações que são realizadas com os recursos captados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, e que, em tese, devem ser devolvidos às suas fontes originárias.

Referenciada a problemática, o objetivo do artigo se dedicará a análise desta à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, materializando a *autopoiesis* do direito como um dos subsistemas indispensáveis para a sociedade, seguindo a lógica estabelecida no núcleo da teoria, que possui por código binário, o lícito/ilícito. O escopo, portanto, será relevar que a materialização da transparência pelo BNDES nas suas atividades de financiamento – captação e devolução –, sobressai do papel que o Estado possui sobre a ordem econômica nacional, sendo-lhe própria a responsabilidade de interferir, legitimamente, nas condutas dos agentes econômicos, com o destaque para os financiamentos públicos.

A fim de contextualizar esses elementos, a pesquisa iniciará abarcando a importância do Banco para o Brasil, que partindo de uma apreciação normativa, poderá desde a sua cria-

ção até as metamorfoses ocorridas com o tempo, considerando a integração de preocupações sociais as políticas ao desenvolvimento das suas atividades; na sequência, ingressará na discussão das fontes de financiamento, buscando aclarar o rol das fontes de recursos que subsidia à concretização das atividades do Banco, bem como os valores específicos sobre as captações e as devoluções ao longo do tempo; por fim, a pesquisa tratará de forma dedicada da pujança legal da transparência do BNDES, buscando sedimentar cientificamente as dicotomias e/ou os conflitos entre os princípios envolvidos no tema.

Para tanto, o método a ser utilizado no trabalho será o dedutivo, que procedendo da análise geral da discussão, abalizando o tema transparência dentro de uma relação lógica com a sua aplicação as fontes de financiamento do BNDES, buscará compreender os aspectos constitucionais da regulação. A consolidação do artigo se dará pela pesquisa exploratória, observando que apesar do aglomerado normativo que envolve o instrumento da transparência, a sua eficácia sobre as fontes de financiamento do BNDES, sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, indica que a não execução dos preceitos relativos as normas vigentes do instrumento, tende a suscitar uma crise sobre o código binário lítico/ilícito do subsistema do direito, refletindo resultados negativos à sociedade brasileira, por se empobrecer com a ineficácia do sistema jurídico em debate.

1 O PONTO DE PARTIDA DO BNDES

Criado pela Lei Federal n.º 1.628, de 20 de junho de 1952, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), foi jurisdicionado ao Ministério da Fazenda com o objetivo fundamental de operar como um órgão formulador e executor de políticas nacionais direcionada ao desenvolvimento econômico (BRASIL, 1952), que num primeiro estágio dedicou-se aos investimentos de infraestrutura, mas que com a criação de estatais, aos poucos passou a investir também na iniciativa privada e na indústria e, posteriormente, no setor agropecuário, e nas pequenas e nas médias empresas, chegando às décadas de 80 e 90 com outras linhas de investimentos, foco ábdito do presente trabalho. (BNDES, [ca. 2010])

Em 1971, através da Lei Federal n.º 5.662, de 21 de junho, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, originalmente criado como uma autarquia federal, passou por uma importante transformação, sendo enquadrado na categoria de empresa pública, dotado de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio, vinculado ao Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, o que lhe admitiu uma maior flexibilidade na contratação de pessoal, liberdade nas operações de captação e de aplicação dos recursos, e menor interferência política. (BRASIL, 1971).

Já no tocante ao foco, intrinsecamente, econômico, com o Decreto-Lei Federal n.º 1.940, de 25 de maio de 1982, revelou um grande marco para as nuances da atuação do Banco, com a integração de preocupações que iam do social ao político do seu desenvolvimento, destaques que inclusive refletiram no nome jurídico, passando de Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) para denominar-se Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), como é conhecido e reverenciado atualmente. (BRASIL, 1982)

Todas estas transformações, distinguem o BNDES como uma instituição singular, ou seja, o descaracteriza de ser uma instituição anômala. Este diagnóstico é auferido da atuação das instituições privadas que por seu *modus operandi*, não conseguem operar perante riscos e o horizonte de longo prazo necessário para algumas atividades decisivas o desenvolvimento. Igualmente, não abonam recursos eficientes e satisfatórios para a intermediação financeira de atividades veementes em externalidades. (PEREIRA; MITEFHOF, 2018, *n.p.*)

Somada às distintas mutações produzidas pela norma que do Banco, a Era da Globalização, tonificada no século XXI, apresentou ao BNDES um desafio ainda mais pontual, de materializar o aclave social na missão do Banco, justificando a preocupação na necessidade de se promover a competitividade da economia brasileira em consonância aos aspectos da sustentabilidade, da geração de emprego e de renda, e da redução das desigualdades sociais e regionais; apoiando, para tanto, projetos que apresentassem como um ponto peculiar, o desenvolvimento local e regional, atrelado ao compromisso socioambiental e a capacidade de inovação, questões cada vez mais urgentes, no contexto do dinamismo e das constantes transformações advindas na contemporaneidade. (BNDES, [ca. 2010])

O fato é que é, historicamente, isto é, durante a maior parte da existência do BNDES, existe uma crítica que o aponta como o banco que opera em prol, ou pelo menos, com maior inclinação, para o desenvolvimento da indústria nacional, isto por considerar que foi e ainda é, o setor mais beneficiado com a concessão de crédito pela instituição. (BARBOZA; FURTADO; GABRIELLI, 2019, *n.p.*)

Deste modo, pode-se afirmar que o BNDES se consagra no século XXI, como uma empresa pública federal, que partindo das fontes de financiamento – como será adiante destacado com os pormenores –, atua como agente econômico público, destinado a apoiar a realização de investimentos nos mais variados segmentos da economia brasileira, com destaque para a concessão de financiamentos a longo prazo no País, objetivando a promoção do aumento da competitividade e do fortalecimento do desenvolvimento nacional – dentro dos quadrantes econômicos e sociais –, apoiando o avanço social e o cultural, a fim de cooperar para a eficácia dos propósitos constitucionais, com a ampliação do acesso aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, condições para uma vida melhor, com mais educação, saúde, emprego e cidadania.

E possuindo como característica básica na sua atuação, a natureza pública, é intrínseco ao BNDES a existência de alguns deveres que os bancos privados não têm e essas obrigações de forma muito simples, mas ao mesmo tempo, muito impactantes são direcionadas pelas diretrizes jurídicas em vigor no Brasil: a começar pela Constituição da República de 1988, que no seu o artigo 37, definiu com clareza quais são os princípios da administração pública – e todos eles se aplicam ao BNDES enquanto banco público –. Destarte, essa é a forma de operacionalização que o Banco deve destacar nas suas atividades internas e esperar que o externo tenha sobre o exercício das suas atividades, o que vem a colaborar para a discussão da regulação a partir da transparência, como se discutirá de forma dedicada no terceiro capítulo.

Pois bem, a compreensão de que ao BNDES aplicam-se os princípios da administração pública e observados estes à luz das atividades essenciais do BNDES, pelo menos aparentemente, cogita-se haver um conflito, isso levando em consideração o direito à intimidade do tomador de recursos do Banco – também garantida pela Lei Complementar Federal n.º

105, de 10 de janeiro de 2001 – (BRASIL, 2001); e sendo o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social uma instituição financeira pública, adstrito ao cumprimento dos princípios da administração pública, tem-se a proeminência do princípio da publicidade, que restou melhor direcionado quando do advento da Lei Federal n.º 12.527/2011, viabilizando a sociedade e a imprensa, a possibilidade real de ter acesso às informações dos órgãos públicos e das entidades controladas direta ou indiretamente pela União, estados, Distrito Federal e municípios.

Diante dessa dicotomia, o BNDES se empenhou em operar para encontrar um equilíbrio entre os princípios da administração pública e a sua atuação bancária, tendo chegado ao resultado que é necessário ter uma percepção clara acerca do que efetivamente constitui sigilo bancário, considerando-o o contexto de informações e de documentos entregues pelos tomadores de recursos, com a finalidade de convencer o BNDES a liberar os recursos, como *v.g.*, planos de negócios, segredos industriais, estratégias de enfrentamento à concorrência de mercado, enfim, todo o conjunto de informações que correspondam aos segredos comerciais e industriais que o Banco recebe dos seus tomadores. Portanto, são essas as informações que devem ser mantidas em confidencialidade, em obediência aos preceitos transcritos no texto da Lei Complementar Federal n.º 105/2011, que, tangentemente, veda a publicidade.

Num segundo plano, recebidas referidas informações, o Banco faz uma análise sobre a capacidade de pagamento dos tomadores sobre um crédito pretendido e esta análise, tal como ocorre nas demais instituições financeiras destinadas a financiamentos – com a única diferença do BNDES não cuidar de uma empresa privada, que vende seus serviços com o objetivo singular na obtenção de lucros –, é desempenhado como uma forma instrumental para repor os ativos utilizados pelo Banco, para que esse prossiga colaborando com o desenvolvimento de outros tomadores de recursos e essas informações também não devem ser divulgadas, pois representa apenas uma apreciação subjetiva que o BNDES faz sobre a capacidade de pagamento dos tomadores. (BNDES, 2018).

E por fim, a vedação da publicidade também circunda o cerne do sigilo bancário, que seguindo a legislação apropriada sobre o assunto – citada Lei Complementar Federal n.º 105/2011 –, figura exatamente a percepção sobre o *status* de adimplência e de inadimplência dos tomadores dos recursos, e qual viria a ser o saldo devedor dos seus tomadores com a instituição, que são possíveis através das fontes de financiamento do BNDES como se verá a seguir.

2 FONTES DE FINANCIAMENTO DO BNDES E O PAPEL SOCIAL

Antes de ingressar na discussão propriamente dita, necessário frisar que em território brasileiro, o BNDES é consagrado como o ofertante responsável de capital a longo prazo às empresas, de modo a colaborar para o movimento da economia do país (TARANTIN JUNIOR; VALLE, 2015, p. 333). O papel das fontes de financiamento, para tanto, neste processo de

composição estrutural do capital, possui significativa expressividade para o mercado de capitais.

Neste contexto, para a concretização dos financiamentos de projetos de investimentos, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social necessita de fontes de recursos, a fim de subsidiar a concretização das suas atividades e é sobre esse destaque que se abrirá a discussão a seguir.

Primeiramente, destaca-se o Tesouro Nacional, que desde a sua criação em 1952, foi indicado como uma importante fonte de financiamento do Banco (BRASIL, 1952, artigo 11, inciso I), que conjuntamente a outras fontes governamentais, como o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), os Programa de Integração Social (PIS) e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), concebem parcela significativa da estrutura de capital do BNDES, correspondente a 71,9% (setenta e um vírgula nove por cento) do total dos seus recursos em 31 de março de 2019 – estimando-se somar o percentual de 74,7% (setenta e quatro vírgula sete por cento) até 31 de dezembro de 2019. (BNDES, 2019)

Outros fundos governamentais, como v.g., Fundo da Marinha Mercante (FMM), Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e Fundo de Investimento (FI-FGTS); captações no exterior, por meio de organismos multilaterais ou emissão de títulos (bonds²); emissão pública de debêntures; e emissões privadas de Letras de Crédito do Agronegócio (LCA) e de Letras Financeiras, completam a estrutura das fontes de recurso do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. (BNDES, 2019).

2.1 DO TESOURO NACIONAL

Idealizado no ano de 2002, o Tesouro Direto surgiu no contexto econômico nacional com o intuito de democratizar o acesso popular aos títulos públicos, permitindo aplicações em valores a partir de R\$30,00 (trinta reais). Cuida, portanto, de um programa brasileiro desenvolvido em parceria com a Bolsa de Mercadorias & Futuros (BM&F) Bovespa, para a venda de títulos públicos federais a pessoas físicas, por meio da internet. (BRASIL, *s.d.*)

Segundo informações destacadas no sitio do Banco, em 2015 essa fonte ocupou 56,3% (cinquenta e seis vírgula três por cento) do total das fontes de recurso do BNDES, já em 2019 representou um percentual menor, 36,6% (trinta e seis vírgula seis por cento). (BRASIL, 2019)

Pois bem, em valores, os percentuais dos recursos financeiros do Tesouro Direto integram, respectivamente, os números a seguir: a) Captações: ano 2014 (R\$ 60 bilhões), ano 2013 (R\$41 bilhões), ano 2012 (R\$55 bilhões), ano 2011 (R\$50,2 bilhões), ano 2010 (R\$ 82,4bilhões), ano 2009 (R\$105 bilhões) e ano 2008 (R\$22,5 bilhões), somando a monta de R\$416,1 bilhões – com o destaque para a captação de R\$24,7 bilhões destinado ao BNDES para permitir a participação na BNDESPAR³ no aporte à capitalização da PETROBRÁS –; e b) Devoluções: ano 2019 (R\$30 bilhões), ano 2018 (R\$130 bilhões), ano 2017 (R\$50 bilhões),

2 Espécie de garantia de uma promessa, representam títulos de dívida.

3 Corresponde ao BNDES Participações S/A., que é uma sociedade por ações com registro de companhia aberta perante a Comissão de Valores Mobiliários, gestora de participações sociais e uma das três subsidiárias integrais, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

ano 2016 (R\$113,221 bilhões) e ano 2015 (R\$15,766 bilhões), totalizando R\$338,987 bilhões. (BNDES, 2019)

Tais dados apontam uma diferença de R\$77,12 bilhões, a ser devolvido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social ao Tesouro Direto.

Segundo Ernani Teixeira Torres Filho e Fernando Nogueira da Costa: “O Tesouro Nacional oferece aos investidores risco soberano, para captar em longo prazo, tanto no mercado financeiro doméstico, quanto no internacional.” (TORRES FILHO; COSTA, 2012, *n.p.*). Isto torna esta fonte de financiamento apta a viabilizar a realocação dos recursos em prazos mais adequados, a fim de direcionar os setores prioritários em prol do desenvolvimento nacional.

2.2 DO FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR (FAT) E DO FUNDO PIS-PASEP

Sobre o Fundo PIS-PASEP, importante destacar que com a promulgação da Constituição da República de 1988, o seu artigo 239, §1º, apresentou que pelo menos 40% (quarenta por cento) da arrecadação do PIS-PASEP, deveria destinar-se ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico através do BNDES, abarcando que não apenas o trabalhador desempregado, mas também as condições de novas oportunidades de emprego também estariam protegidas constitucionalmente. (BRASIL, 1988, artigo 239, §1º)

Em 1990, contudo, com o advento da Lei Federal n.º 7.998, de 11 de janeiro, o Fundo PIS-PASEP foi extinto – não sendo realizadas captações desde então – e foi criado o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), passando a arrecadação daquele a ser destinada ao FAT, configurando assim, a sua principal fonte de recurso. (BRASIL, 1990)

Entretanto, tais mudanças não modificaram a essência constitucional, pois que, os recursos continuam sendo repassados ao BNDES, garantindo uma fonte estável para a execução de investimentos no desenvolvimento econômico e social do Brasil.

Não obstante, o aporte do FAT Constitucional é consagrado como de importância máxima para o Banco, que na concepção de Ernani Teixeira Torres Filho e Fernando Nogueira da Costa se deve aos fatos de: “[...] ser fonte estável e garantida de recursos, que historicamente vinha mantendo-se em níveis superiores aos respectivos pagamentos de rendimentos. Ademais, o FAT Constitucional era a principal fonte permanente do Banco [...]” (TORRES FILHO; COSTA, 2012, *n.p.*).

Esta fonte de recursos é empregada para acudir linhas de financiamento que visam apoiar negócios em diversificados setores e clientes de todos os portes – incluindo o micro-empresário e o agricultor familiar –, retornando ao FAT na forma de pagamento de juros. (BNDES, [ca. 2019])

Ainda sobre o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e o Fundo PIS-PASEP, importa relevar que até o ano de 2009, esses dois fundos governamentais representaram parcela significativa da estrutura de financiamento do Banco. (BNDES, [ca. 2019])

Sob a lógica normativa, os recursos captados do Fundo de Amparo ao Trabalhador, são identificados como “FAT Constitucional” e são remunerados de acordo com a previsão da Lei Federal n.º 13.483, de 21 de setembro de 2017, ou seja, quando aplicados pelas instituições

financeiras oficiais federais em operações de financiamento contratadas, a partir de 1º de janeiro de 2018, serão remunerados *pro rata die*, pela Taxa de Longo Prazo (TLP), apurada mensalmente, composta pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), apurado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e pela taxa de juros prefixada, estabelecida em cada operação; e quando não aplicados em operações de financiamentos, ou seja, quando estiverem disponíveis para aplicação, serão apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) média descontada do percentual de 0,09% a.a. (nove centésimos por cento ao ano). (BRASIL, 2017, artigo 2º, *caput* e §3º)

Dada a inexistência de previsão normativa que preveja a devolução do principal desses recursos – salvaguardando os casos de insuficiência de caixa do Fundo para custear os programas de seguro-desemprego e de abono salarial –, subsiste apenas a cautela sobre o pagamento semestral de juros sobre esses recursos, de forma que o saldo do FAT Constitucional, é considerado uma fonte permanente e segura, com custos compatíveis com o financiamento de longo prazo de investimentos em atividades produtivas dívida subordinada, sendo parte dele computada no cálculo do Patrimônio de Referência do Banco. (BNDES, 2019)

Por meio da Resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 4.679, de 31 de julho de 2018, o montante relativo ao FAT reconhecido no Nível II do Patrimônio de Referência (PR), limitou os percentuais aplicados ao valor desse recurso computado no mencionado nível em 30 de junho de 2018, estabelecendo um cronograma de redução de 10% (dez por cento) ao ano a partir de 1º de janeiro de 2020 até sua completa exclusão no ano de 2029. (BRASIL, 2018, artigo 1º)

Além das transferências constitucionais, o Fundo de Amparo ao Trabalhador também passa pela captação de recursos pelo BNDES no formato “FAT Depósitos Especiais” – alocado pela Resolução nº 439, de 2 de junho de 2005 –, que desponta que são remunerados atualmente pela Taxa de Longo Prazo (TLP), a partir da liberação dos empréstimos aos beneficiários finais e pelos mesmos critérios aplicados às disponibilidades de caixa do Tesouro Nacional, atualmente a taxa Selic, no caso de recursos ainda não liberados aos beneficiários finais. Além da remuneração, é devida amortização mensal. (BRASIL, 2005, artigo 4º, §1º)

Segundo informações divulgadas no sitio do BNDES, em 31 de março de 2019, o saldo de recursos do FAT somava R\$273,7 bilhões, sendo R\$264,4 bilhões inerente ao saldo do FAT Constitucional – sendo desse total, no primeiro trimestre de 2019, captados R\$4,7 bilhões – e R\$9,3 bilhões do saldo do FAT Depósitos Especiais. E das captações do Fundo PIS/PASEP, cessadas desde a sua extinção em 1990, o saldo do Fundo auferido nesse mesmo período, somava a monta de R\$20,7 bilhões. (BNDES, 2019)

2.3 DEMAIS CAPTAÇÕES

No tocante as captações externas, estas tendem a diversificar e a complementar as fontes de recursos do BNDES, consentindo na dissipação de riscos, na estimulação de outros emissores brasileiros e no estreitamento de relacionamentos com a comunidade financeira internacional, que desde o ano de 1953, o Banco vem captando recursos no mercado internacional por meio de operações de emissão de *bonds* e, desde 1972, procede com as captações

através de empréstimos junto a organismos multilaterais, agências governamentais e outras instituições. (BNDES, [ca. 2010])

Os *bonds*, consagrados como os títulos externos emitidos pelo Banco, têm juros prefixados em processo de *bookbuilding*⁴ e amortização do valor principal em parcela única. Também segundo dados levantados pelo BNDES, no primeiro trimestre de 2019, apontam o saldo total com obrigações de emissões de *bonds* de R\$ 14,0 bilhões, que no exercício, foram liquidados R\$ 2,9 bilhões referentes aos *bonds* emitidos em 2014. (BNDES, 2019)

Para as operações com instituições multilaterais e agências governamentais, o saldo registrado em 31 de março de 2019, somava R\$ 21,5 bilhões, resultado de operações concretizadas com instituições parceiras, a citar como exemplos: o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), o Japan Bank for International Cooperation (JBIC), o Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), o Nordic Investment Bank (NIB), a China Development Bank (CDB), a Agence Française de Développement (AFD), o Swedish Export Credit Corporation (SEK) e o Instituto de Crédito Oficial (ICO). Os recursos captados junto à essas instituições têm, geralmente, destinação específica a setores ou a segmentos empresariais e devem atender às condições da instituição credora, sendo as principais vantagens dessas fontes, o custo estável e o prazo de financiamento mais longo em relação às demais captações de mercado, além de seu caráter anticíclico⁵. Em momentos de escassez de recursos, marcados por crises internacionais ou por crises cambiais, os organismos mantiveram o nível de concessão de seus empréstimos. (BNDES, 2019)

2.4 OUTRAS FONTES GOVERNAMENTAIS

A história do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social registra a captação de recursos através de fundos governamentais, objetivando concretizar fontes alternativas de recursos para apoio a projetos de investimento a longo prazo. Sendo contabilizado no primeiro trimestre de 2019, o saldo total de R\$32,6 bilhões divididos entre o Fundo de Marinha Mercante (FMM) – R\$23,1 bilhões –, o FI-FGTS (Fundo de investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) – R\$2,5 bilhões – e o FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço) – R\$2,8 bilhões. (BNDES, 2019)

O Fundo da Marinha Mercante é administrado pelo Ministério da Infraestrutura e é destacado como o fundo de natureza contábil, proposto a aprovisionar recursos para o desenvolvimento da Marinha Mercante e da indústria de construção, e de reparação naval brasileiras. (BRASIL, *s.d.*)

Já o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, foi instituído nacionalmente pela Lei Federal n.º 11.491, de 20 de junho de 2007, ficando caracterizado pela aplicação de recursos do FGTS, destinado à investimentos em empreendimentos dos setores aeroportuários, energéticos, rodoviários, ferroviários, hidroviários, portuários e saneamento, de acordo com as diretrizes, critérios e condições que dispuser o Conselho Curador do FGTS. (BRASIL, 2007)

4 É um processo que visa encontrar um preço justo para uma oferta pública de valores mobiliários, através da análise da demanda pelos papeis feita por um coordenador junto com investidores institucionais.

5 Consiste no conjunto de ações governamentais voltadas a impedir, sobrepujar, ou minimizar, os efeitos do ciclo econômico.

Por derradeiro, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, foi instituído pela revogada Lei Federal n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966 e, atualmente, é regido pela Lei Federal n.º 8.036, de 11 de maio de 1990, tendo por objetivo máximo, proteger o trabalhador que tenha o seu contrato celetista rescindido sem justa causa, sendo no ato da efetivação da contratação, aberta uma conta vinculada ao contrato de trabalho, em que a cada início de mês, os empregadores depositam em nome dos seus empregados, o valor correspondente a 8% (oito por cento) do salário de cada um deles. Portanto, é a constituição de saldos das contas vinculadas a lei vigente e a outros recursos incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações. (BRASIL, 1990)

2.5 OUTRAS OBRIGAÇÕES

Dentro do grupo das “outras obrigações”, as captações mais importantes vêm do mercado interno, destacando-se as debêntures emitidas pela BNDESPAR, as Letras de Crédito do Agronegócio (LCA) e as Letras Financeiras, que em 31 de março de 2019, representavam um saldo no passivo de R\$4,8 bilhões, sendo R\$2,0 bilhões correspondente a emissão de debêntures pela BNDESPAR; R\$0,4 bilhão traduziam o saldo de Letras de Crédito do Agronegócio (LCA), que para o BNDES servem para impulsionar a realização de leilões junto a instituições habilitadas em plataformas eletrônicas de negociação e a partir de agosto de 2017, passou a atuar como *dealer* do Banco Central (BACEN), ao realizar a intermediação das operações, captando recursos de instituições financeiras e repassando ao BACEN; e R\$2,4 bilhões pelas Letras Financeiras, resultado de duas emissões – em maio e em dezembro de 2018 –, com prazo de vencimento de 02 (dois) anos, cujo objetivo era compor estratégias desenvolvimentistas de novos instrumentos de captação de mercado, diversificando a base de investidores, com vias a preparar o Banco para atuar como emissor mais frequente no mercado local. (BNDES, 2019)

2.6 FUNDO AMAZÔNIA (FA) E PATRIMÔNIO LÍQUIDO

Arrematando o rol das fontes de recursos do BNDES, conforme informações disponíveis no próprio sítio do Banco, para financiamentos a longo prazo, também destaca-se o Fundo Amazônia (FA) e o Patrimônio Líquido, sendo aquele destinado para financiamentos de projetos de prevenção, de monitoramento e de combate ao desmatamento e de promoção da conservação e do uso sustentável das florestas no Bioma Amazônia, fechado o primeiro trimestre com o total de R\$3,6 bilhões, líquido da parcela de 3% (três por cento) destinada à cobertura de custos; e o Patrimônio Líquido com o total de R\$95,1 bilhões, refletindo o impacto positivo do ajuste de avaliação patrimonial, líquido de tributos (R\$4,5 bilhões) e do lucro líquido do período (R\$11,1 bilhões). (BNDES, 2019)

Com estas fontes de recursos do BNDES, é perceptível que as instituições financeiras privadas deixam de ser congregar as únicas fontes de financiamento para o ambiente empresarial. O rol taxativo do Banco propõe alternativas de recursos disponíveis a grandes, médios, pequenos e micro empresários, proporcionando linhas de crédito para o desenvolvimento da atividade corporativa, bem como subsidiando o capital de giro.

Barbara Coscrato Gonçalves, Camila da Silva Macedo e Juliana Leonardo de Oliveira Bergamini propõem que o BNDES: “[...] surge como uma importante opção de financiamento para as necessidades tanto de curto quanto de longo prazo, especialmente pelas taxas de juros reduzidas, as quais costumam ser mais interessantes do que as fornecidas pelas instituições financeiras tradicionais.” (GONÇALVES; MACEDO; BERGAMINI, 2018, p. 109).

Destarte, consagrando-se as atividades empresariais importante fração para a economia brasileira, quanto mais amplo e organizado for o acesso ao capital por meio das fontes de financiamento do BNDES, maiores serão as perspectivas que o prosseguimento e a contribuição das corporações para o desenvolvimento nacional.

3 TRANSPARÊNCIA E BNDES

Depois dos realces dedicado para as fontes de financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, é possível afirmar o quão importante é ter nota pública sobre os valores captados e aos devolvidos às fontes de recursos, consolidando, certa feita, uma prestação de contas ou um “agir honesto” para com a sociedade, tão desacreditada do contexto político, econômico e social, na atual conjuntura brasileira.

Eis que essa integridade do BNDES, nada mais é do que o amadurecimento da norma constitucional e infraconstitucional, que revelou a transparência como o instrumento facilitador para o cidadão brasileiro de controle social das ações estatais, que na concepção de Maria Inês Souza Bravo e Maria Valéria Costa Correia: “No processo de redemocratização do país a expressão controle social passa a ser compreendida como o controle da sociedade sobre o Estado.” (BRAVO; CORREIA, 2012, *n.p.*).

Outrossim, Lucas Gonçalves da Silva e Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza são precisos em ponderar que: “A participação do indivíduo na vida política é um modelo eficiente do desenvolvimento popular. Os países mais desenvolvidos possuem um controle social latente, uma vez que os cidadãos preocupam-se com a aplicação das verbas públicas.” (SILVA; SOUZA, 2017, p. 214)

Pois bem, no Brasil, a promulgação da Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011 (popularmente conhecida por Lei de Acesso a Informação), em vigor desde 16 de maio de 2012, revitaliza esta participação do cidadão nacional, ratificando o direito constitucional de acesso às informações públicas – previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do § 3º do artigo 37 e no § 2º do artigo 216 da Carta Maior (BRASIL, 1988) –, restou regulamentado. Sendo criado por intermédio desta norma especial, mecanismos que possibilitassem a todos, indistintamente, se pessoas físicas ou jurídicas, sem qualquer justificativa, o acesso as informações dos órgãos públicos e das entidades controladas direta ou indiretamente pela União, estados, Distrito Federal e municípios. (BRASIL, 2011)

O intuito fundamental do legislador com a citada norma, foi trazer um contexto mais eficaz de probidade para o Brasil, que por meio da transparência de informações de interesse geral ou coletivo, advindas dos órgãos públicos e das entidades controladas direta ou indiretamente pelos Entes da Federação, passaria a seguir o exemplo de países que, por meio do

mecanismo da transparência, lograram êxito para se tornarem Estados-Nações desenvolvidos, dentro de uma perspectiva mais igualitária, com a aplicação mais correta dos recursos e mais distante da corrupção.

Janyluce Rezende Gama e Georgete Medleg Rodrigues consideram: "A transparência e o acesso às informações públicas são alguns dos pilares fundamentais de um governo aberto à participação social." (GAMA; RODRIGUES, 2016, p. 48). Isso faz destes temas, objetos cada vez mais explorados pela ciência e pela academia, justamente, por representar um marco da implementação eficaz dos preceitos fundamentais que já estavam disciplinados no Texto Constitucional de 1988.

A transparência, especificamente, aclara como é governado e/ou administrado os bens públicos, despontando como as receitas são obtidas, como são e porque são gastas (CAMPOS; PAIVA; GOMES, 2013, *n.p.*). Deste modo, o BNDES apesar de não possuir o conceito de estatal dependente e, via de consequência, não ser regido pela Lei Federal n.º 4.320, de 17 de março de 1964, Lei de Finanças Públicas (BRASIL, 1964), tem a sua gestão contábil e financeira norteadas pelas regras da Lei Federal n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei das Sociedades Anônimas (BRASIL, 1976), ocupando o quadrante das instituições bancárias públicas (BNDES, *s.d.*). Destarte, compõe o rol de instituições que deve operar sob o pálio da transparência, dando publicidade a todos os seus movimentos, sejam eles ativos e/ou passivos.

No atual contexto social e jurídico, a informação é consagrada como um dos fatores essenciais para a melhor performance das empresas, que ganhou espaço significativo no setor público, pois que, este mais do que qualquer outro, necessita dar respostas expressivas à sociedade. (CAVALCANTI; DAMASCENO; SOUZA NETO, 2013, *n.p.*)

Contudo, apesar da decretação da Lei de Acesso a Informação em 2011, apenas em outubro de 2016, através de ação conjunta entre a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil, a Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e a Associação Nacional do Ministério Público de Contas, com base na lei, retro mencionada, oficiaram o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, solicitando que fosse disponibilizado no sítio do Banco, informações dos últimos 10 (dez) anos dos financiamentos externos, das operações internas e da parceria com instituições estrangeiras. O presente documento foi colocado em pauta de reunião e o diretor jurídico do BNDES da época, Marcelo de Siqueira Freitas, ponderou uma preocupação por parte da instituição em avançar rumo a transparência, deixando a prevalência de fazer operações ocultas sob o manto do sigilo bancário. (CONJUR, 2016)

Não obstante, outro importante órgão que teve peso no debate sobre a aderência do instituto da transparência ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, foi o Tribunal de Contas da União (TCU), que em 21 de agosto de 2018, realizou uma audiência pública conjunta com o Banco, cujo utilitário focal foi tratar sobre pontos mais avançados do tema, primando ampliar o acesso aos termos da legislação brasileira às atividades do BNDES; sendo alvitrado que sendo ele um banco de investimento, tal como qualquer outro no Brasil e no mundo – da mesma natureza –, toma recursos, seja dos acionistas, sejam os gerados internamente ou os do mercado; aplica sobre estes, uma taxa para remunerar os seus serviços e os disponibiliza a terceiros; tendo como pretensão elementar, gerar o retorno

com as suas atividades, ou seja, a partir da aplicação desses recursos, materializando a intermediação financeira. (BNDES, 2018)

Ponderadas as vertentes do cumprimento estrito dos preceitos constitucionais e dos descritos nas leis especiais, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social ficou adstrito a observar melhor a Política de Transparência para o seu sistema, disponibilizando em seu portal a integralidade das informações livres da proteção legal do sigilo bancário, alocadas em seções específicas, que traduzem o rol de informações classificadas como de "Transparência Ativa", cuidando essas de informações apresentadas proativamente e de natureza diferente das que estão condicionadas a solicitação por parte da sociedade, categorizando a "Transparência Passiva". (BNDES, *s.d.*)

Tânia Carolina Nunes Machado Gonçalves e Marcelo D. Varella ponderam que: "[...] o direito fundamental de acesso à informação, pautado pela transparência ativa da Administração Pública, ou seja, a busca pela proatividade na divulgação das informações. Ambos são princípios constitucionais e, como tais, não há hierarquia entre eles." (GONÇALVES; VARELLA, 2018, *n.p.*)

Para tanto, o sítio do Banco apresenta opções que podem ser utilizadas pela sociedade civil e pelos órgãos de fiscalização, para obterem o acesso mais adequado às necessidades de cada qual, no tocante a transparência, sendo que para se obter informações de interesse geral e coletivo sobre o BNDES, imperioso que se registre um pedido de informação no e-SIC – <http://www.acessoainformacao.gov.br/sistema/>; para dúvidas operacionais, ou seja, para o recebimento de informações sobre os produtos financeiros do BNDES ou sobre pedidos de financiamento em aberto, contatar com a central "Fale Conosco" – pelo número 0800 702 6337 –; e para fazer uma sugestão, denúncia ou reclamação, encaminhe uma mensagem para a Ouvidoria – através do número 0800 702 6307. (BNDES, *s.d.*)

A propósito do instituto da transparência, que pode ser conectado com tantos outros embates sociais e jurídicos, acerca das atividades desempenhadas pelo BNDES, importante realçar que a sua materialização destaca, precipuamente, o papel do Estado na ordem econômica nacional, isso considerando que lhe é própria a incumbência de interferir legitimamente nas condutas dos agentes econômicos, através dos mais distintos mecanismos de fomento, que nessa pesquisa se destacam os financiamentos públicos, responsabilidade priorizada pelo constituinte de 1988. (BRASIL, 1988, *caput* do artigo 174)

A esse respeito, Celso Antonio Bandeira de Mello reverência que: "[...] com o advento da Constituição de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico – feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles – pode impor-se como obrigatório para o setor privado." (MELLO, 1999, p. 178)

Dessa compreensão e do aglomerado normativo que circunda a aderência do tema transparência ao BNDES, traduz-se a leitura de que não é possível admitir qualquer escusa para a concretização da responsabilidade cogente estatal à realização dos princípios constitucionais, e isso, porque é a partir do cumprimento do prescritivo da norma legal, que há um avivamento dos princípios constitucionais da administração pública e, igualmente, da concretização da ordenação e/ou da regulação da atividade econômica desempenhada por meio dos financiamentos público, cujo objetivo é primordialmente a busca do bem público, que pode ser definido política e economicamente. (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 21/23)

E essa discussão sobre a transparência e as fontes de financiamento do BNDES, pode ser analisada à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, materializando a autopoiese do direito como um dos subsistemas, que possui por código binário o lícito/ilícito. (LUHMANN, 2016, p. 65)

Considerando que dentro do Estado brasileiro a reprodução do sistema jurídico – em constante evolução –, concretiza-se por meio da Carta da República e das normas infra-constitucionais. Neste viés, o que foi realçado nesta pesquisa sobre as características intrínsecas do BNDES, enquanto banco público, é plausível considerar que o não cumprimento aos preceitos relativos à transparência, revelaria uma crise sobre o código binário lícito/ilícito do direito, que é refletido frontalmente na sociedade.

Niklas Luhmann revela que direito e sociedade estão acoplados estruturalmente, ou seja, relacionados por interdependência mútua, à medida que o direito compõe o esqueleto do sistema social, seu papel essencial destina-se a amortizar parte da complexidade desorganizada que a sociedade está submergida e, igualmente, tem por finalidade, fazer com que o seio social obtenha uma complexidade mais alta e estruturada. (LUHMANN, 2016, p. 69)

Sinteticamente, o direito se movimenta no sistema macro para atender as necessidades de ordenamento na sociedade, de forma que sem esse subsistema, não haveria orientação de condutas no meio social.

Não obstante, a respeito da evolução do subsistema do direito no contexto da teoria luhmanniana e a sua convergência com a transparência para as fontes de financiamento do BNDES, também é possível averiguar o seu sentido na linha de afinidade com outros subsistemas sociais – aplicáveis à essa discussão, o político e o econômico –, que por força das suas relações com um ambiente marcado pelo desenvolvimento de complexidades e de contingências sociais, remontam às estruturas da sociedade ao padecimento de pressões que apontam para o sentido de mudança. (LUHMANN, 1983, p. 172)

Esta afirmação se desdobra de grande importância para transpor que a transparência um instrumento extraordinário para enobrecer o relacionamento do BNDES com a sociedade, vez que, para o tema fontes de financiamento, efetivamente, significa dar segurança jurídica e social aos brasileiros, sobre as operações que são realizadas com os recursos captados de fundos públicos e devolvidos às suas fontes originárias.

Ademais, a transparência na condução da política monetária também pode ser compreendida como uma ferramenta eficaz e justificada para firmar um contexto de assimetrias de informação entre a autoridade monetária pública e a sociedade civil, evidenciando que através do fomento ao desenvolvimento da cultura da transparência, há uma redução de incertezas e aumento da eficiência sobre a política monetária pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, os resultados obtidos neste trabalho apontam para as seguintes evidências empíricas:

1) Ao realçar a importância da transparência nas fontes de financiamento do BNDES, cria-se um ambiente sócio jurídico mais propício a estabilidade, reforçado com o argumento de que a transparência espalha uma regulação do sistema financeiro público, que não pode e não deve ser neutra, seguindo os termos constitucionais, ajustados pela Lei Federal n.º 12.527/2011, que estabelece o dever de ser garantido o direito de acesso à informação, franqueada mediante procedimentos pragmáticos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

2) Outrossim, a atuação em matéria de transparência no BNDES, concretiza a ação constitucional regulatória, que abrange que os financiamentos públicos estarão seguros, perpassado pelo processo de acompanhamento da implementação de um modelo e uma gestão de desenvolvimento da atividade econômica – sob a ótica da prestação de serviços públicos –, articulado por intermédio de um mecanismo legal infraconstitucional, que submerge a apreciação do impacto regulatório da gestão transparente das informações quanto a captação e a devolução das fontes de recursos utilizados pelo BNDES. Tudo isto, propicia um acesso mais amplo e claro com a divulgação dos seus resultados, o que via de consequência, resulta num movimento cíclico da atividade desenvolvimentista do Banco;

3) Nesse viés, a pujança da transparência sobre as fontes de financiamento do BNDES, analisado sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, alude que a não execução dos preceitos relativos as normas vigentes ao instrumento da transparência pelo Banco, tende a suscitar uma crise sobre o código binário lícito/ilícito do subsistema do direito, refletindo resultados negativos à sociedade brasileira, por se empobrecer com a ineficácia do sistema jurídico sobre o debate;

4) Por derradeiro, destaca-se que a transparência traduz ao BNDES maior credibilidade no mercado financeiro nacional e internacional, apresentando-se no cenário econômico do Estado brasileiro, como uma instituição que opera em busca da harmonia entre as metas de desenvolvimento social e econômico do país, respeitando o tratamento das informações pessoais dos tomadores dos recursos, que deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem desses, bem como às liberdades e garantias individuais, sem, contudo, deslembrar o papel fundamental da transparência no contexto social atual e no incremento econômico da produtividade dos setores da economia nacional, desvencilhando-se, o quão gradativo possível for, da imagem negativa da deterioração da credibilidade brasileira marcada pela corrupção.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Ricardo de Menezes; FURTADO, Mauricio; GABRIELLI, Humberto. A atuação histórica do BNDES: o que os dados têm a nos dizer? *Brazilian Journal of Political Economy*. vol. 39, n. 3, São Paulo, July/Sept., 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572019000300544&tlng=pt. Acesso em 16 maio 2020.

BNDES. *Acesso à informação: receitas e despesas*. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/acesso-a-informacao/acesso-informacao-receitas-e-despesas!/ut/p/z1/tZRfb9sgFMU_jR8J1wFn9t6c1k3aOO26Kn_MS4UdErMI4AJN1n76kSzaqmhZn3XIBXEF5_yOdC-Y4TImim_ljupFV_7c8F693kyyob0BvLBZwghjUYX6fR8RNJxhGeHC_CHIQJm7e-nmGFWKde4GhelWgh7L5V10j1WB4IAar0RAfBKWksR-

R1IttdnwiuufxV8LZEQlpOMWceSlGmG53Rs0IVzgAng3jAkFtCBLimhchohDjyMSJYRHSSK6FRwDtrRCz9ryzvd-9LhZtLkkE6PMsjmo3CQUKOF1o0Cs_w4QXDp-sLz3Dbh0FGQzqkeLaVYocnah97je_-MeLwNYfbtzqcyk_755DmI3f5YAIkzrr_Wf6Evve-8tEb5a9emwk_dF0zPhuvvCx39aG_8fzvm2_IV8eHljqp0orJ745PH-fsflxVmtD_vgkUIWS-2PMasRRGmM6j8eXaucZ-DCCA3W7XOVBOVnrbKY2vNDaARhu3Z7HSiRai3xnU2vpkp7q42Uw2MXICX5fjjiNDia-vvcv0bHjZVP5DkXs-_5pX6F/dz/d5/L2dBISevZ0FBIS9nQSEh/. Acesso em 15 maio 2020.

BNDES. *Audiência pública BNDES e TCU sobre transparência - 21 de agosto de 2018*. 2018. (1h18min44s). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?time_continue=2283&v=1dtr3h1Ah18. Acesso em 17 maio 2020.

BNDES. *Fontes de recursos*. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/relacoes-com-investidores/fontes-de-recursos/fontes-recursos!/ut/p/z1/vVNNj5swEP0tOXB07AQTSG9slG52A02jLU3gEhl-jgttgs7YD3f76mnQjVasuVbVqfbHmQ2_ezLyBGdzDTJCWH4nhUpCTtdNsdvC3t4tViCfrJopDtL2bxJ8eNp673i-K4uySgV16lYGBD0Xy9XOENipD78T0KV9EkwfEnmq4x_AwzmFFhGIPBNBcF0wcutOHmTC8MHFTJmjllsROhRAI-qa8BFy2xKIRXTDqJSGDai7ighhXRQ2Zv6ULCDYvSstNRXH7g6-pIN5QVMMaYleXMCsuxPacaBB-bYpcDPva-JkYqkCMn1ucWAG2fAEdn29X6ewuXOXdgqLyMPL9eR27j4nDGckloP_OocJ3LWcdTARUtV2bQ9_2eLqTxWS2Rs rDMPP_i184r8R_v6ynwEJ2DuZqngRHY0sMZWVaCnh_qXubBb_8viYhVbyfeibgv_pXnbwvEk8583HYrcDSxXU-qmmBqflXVXjT6nYMc1HXD-MJrfJTtOFFW01jIRirTs9PcsCtHo4jQDVMUE5-B11Jbbt8iQibOqkD9wI8LeOli-9P79vvnB9B_EduBLH_qwtHoB43WKpo!/dz/d5/L2dBISevZ0FBIS9nQSEh/. Acesso em 17 maio 2020.

BNDES. *Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT*. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/fundos-governamentais/fundo-de-amparo-ao-trabalhador-fat/fundo-amparo-trabalhador-fat!/ut/p/z1/tZXfk5owEmf_Fh98jAkSfvWNc6jeqfWsZ1VenABBalVwler1v-9idWydE6915IFMNru-f3Sz5BuzjOfZztk1XTKUiZ2uYL3xzaY27nZ5LQhXhmwyftG9LmvtYeU4NnegVx4XIL9P-NHg6FbxQ9fJiIND748J_oZ97le5KISCF0Ee8XKZ5qVK1SbcV9Akich4kyjJ8rJgkudhypok3uSRKGFk6jBBLINlGcAxY0uERUIiWK3wRZh-GeGFYgUYNZiPisDaijqkj-048LL1yDZD4ljsJ2aev2PtKPGwa_v1qqyF1wGt_r0REZjB51j7i9zsCgXl_rOvrBoa-7jfx06z18-E9cYP5CuR7VRX8MLKNK6vEkNz7Yp3-FpLmQGZ2By6iGIISSGw1BMLeghtQ3kUD1EVmBEMbdjYrM-27pErGambjRnq8eZ98VPrRvzTNU2A6Npy2BmuAMtUgtl8Fngei1zxEkkebmQpysor_f766rugn2rpTeF5jYAKX70-QCRSKDIBbDi4gEQ4a2kc3Qr0RgGhATfs8y4gvj6mOtINu2MJqLYLff4SbB7oNtUoec8llayPBnChVIJ-apE-l2u11rX1drJbatQIKIAGQhpKqk1PF3xX5e-hELDLc-L5BztXXc2B_tCIUI_vk_vizfvijfvirRvxT9du3H-UwX__Ry6lsi-6kyKaZrf9M0Y-v9u4ITlbZcujuRjUolzDW20F8nJ8GsLpuo_ELY--waQ!/dz/d5/L2dBISevZ0FBIS9nQSEh/. Acesso em 17 maio 2020.

BNDES. *Nossa história*. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/nossa-historia>. Acesso em 17 maio 2020.

BNDES. *Perguntas frequentes*: De que forma o BNDES promove a transparência? Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/faq/institucional/3444444545/3426324/o-que-e/4564232>. Acesso em 15 maio 2020.

BNDES. *Recursos financeiros captados junto ao Tesouro Nacional*. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/recursos-do-tesouro-nacional/recursos-financieiros-captados-junto-ao-tesouro-nacional!/ut/p/z1/vVXBctowEP0WDj4KybYEpjeHcSEBSmhCQ3xhZfKcPa5so-D27ytDaNIMgbQZ6ous9e7btyu_FUzhBKaKruWMWqkVXbj9fdqYNkeddjfgfh8lFxEaXfojfN0Lg3ZC4N3WA-b3xxAimL-OH_UFcXQ9ub4Yk7l0Q_AZTmDJCzuH95nKeTmVqrTSrtiWgYfmesk9ZA1VZUENV0xSD9FiIRIL-VE9zXU4NZytTuhchFVWMS6NLD-2t4IUVMFpY6mLAW0pZDagGlpd6ZTRQdJexIlQwmTs6DYoQDRs-gEQAOBQYUCxy0AojnGPRJK3lF2rAkQrT9zTwiEN6vL93FV_n0m_1ki4eov7wMkxQ3G33CU56fcVPjk c06M_ETrXXz6jmlWuUCfB_rDnw3tHsvl2ka4La8k3cKy0Wbo03jz3EGOGEGIRIHDT9RBHBLRwyEAzi7n-gkUARDWAXncgwbwww3H4xnnhx80Pwl-dUpGTaWAG7cHMwVI7B1IJDsdCK_dzg700Ki_58PiYxk5x1acfFk60SM7wRaUwwPTSAa65c8m14U5Z2-gaC2uZk5KHdnmmOf8tXl3tObcrYbbQ2W6kxCoLl8fVcMENN_WVce-a5tUX5yUME2mw29S2v-kyv65lxlJBftrYil0pLT84Fg5Bz3XpqnyN-PrAXqlujN8-sHcNhrPw5KzwPjovfHBeeP-D8FenJu5fyuA_3jyHZfyvaMVyvlzCnxJ8_xptbsV8tpwOkpBUiyUZWaz7Yr9_Xpw1jmu1X2pk-Ok!/dz/d5/L2dBISevZ0FBIS9nQSEh/. Acesso em 17 maio 2020.

BNDES. *Ouvidoria*. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/canais-atendimento/ouvidoria!/ut/p/z1/tZNUU8MgEIZ_i4ccKviltblylrb1M7o1BouHRJlixplA03Vxy-pOuNnHUflwrCzvM--7A1pvIJUsVoumJVasVt3TujBPA5H_QGZoBgRQIAUBwM8GXZ7BLfhhJuAvlgRgvT1_ZNztI8if3QcXfZGOBr78B-JSSDNIS7uESaq4MHOpjJV2nW0r8NBSF8JDq7UogNGFNh7KmgLSAC4As0JxWQhltYf0upZcV5I1kmUmOU-z8FOOMt00Q5owAEjAOQhFyQMlw45087QQkeLawwyPd7XDW8F4rTE5xH0WDo9gn_dH-SYifE3ZoJK6Gztc1YDir

pdjAqdJV4dpy8UOLg-8lw_YvCd_I-_8q3yW_IB--beDHEXD_QF6vVjRyw6qVFXcWXv3VtDr44lanT78tUikOFpBWIhe-VqFrroyWX1pbm0EMe2mw2rS23tdB1K61cpHSMUle2oRtpxUsNLBPGaMCAVHzKhnTnwGW2jgv73VhWUyLAN-Dm3zxcyQZ1g_dm9BscT62frL3CiscU1k!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/. Acesso em 15 maio 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Resolução nº 4.679, de 31 de julho de 2018*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50631/Res_4679_v1_0.pdf. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República, Brasília/DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1940.htm. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. *Lei complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. *Lei n. 1.628, de 20 de junho de 1952*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L1628.htm. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. *Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em 15 maio 2020.

BRASIL. *Lei n. 5.662, de 21 de junho de 1971*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5662.htm. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7998.htm. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. *Lei n.º 11.491, de 20 de junho de 2007*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11491.htm. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. *Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.483, de 21 de setembro de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13483.htm. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. *FMM nos estados*. Disponível em: <http://transportes.gov.br/fundomarinhamercante.html>. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Resolução n. 439, de 2 de junho de 2005*. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/wp-content/uploads/2016/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n.-439-de-2-de-junho-de-2005.doc>. Acesso em 17 maio 2020.

BRASIL. Tesouro Direto. *Conheça o tesouro direto*. Disponível em: <http://www.tesouro.gov.br/web/stn/-/conheca-o-tesouro-direto>. Acesso em 17 maio 2020.

BRAVO, Maria Inês Souza; CORREIA, Maria Valéria Costa. Desafios do controle social na atualidade. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 109, Jan./Mar. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000100008. Acesso em 19 maio 2020.

CAMPOS, Rosana; PAIVA, Denise; GOMES, Suely. Gestão da informação pública: um estudo sobre o Portal Transparência Goiás. *Sociedade e Estado*. vol. 28, n. 2, Brasília, May/Aug. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000200012. Acesso em 17 maio 2020.

CAVALCANTI, Joyce Mariella Medeiros; DAMASCENO, Larissa Mayara da Silva; SOUZA NETO, Manoel Veras de. Observância da lei de acesso à informação pelas autarquias federais do Brasil. *Perspectivas em Ciência da Informação*, Belo Horizonte, vol. 18, n. 4, Dec. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-99362013000400008. Acesso em 18 maio 2020.

CONJUR. Transparência estatal: BNDES atende a pedido da OAB e disponibilizará dados de empréstimos. *Revista Consultor Jurídico*, 12 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-12/bndes-atende-oab-disponibilizara-dados-emprestimos>. Acesso em 17 maio 2020.

GAMA, Janyluce Rezende; RODRIGUES, Georgete Medleg. Transparência e acesso à informação: um estudo da demanda por informações contábeis nas universidades federais brasileiras. *TransInformação*, Campinas, 28(1):47-57, jan./abr., 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/tinf/v28n1/0103-3786-tinf-28-01-00047.pdf>. Acesso em 17 maio 2020.

GONÇALVES, Barbara Coscrato; MACEDO, Camila da Silva; BERGAMINI, Juliana Leonardo de Oliveira. Fontes de financiamento às micro e pequenas empresas e subaproveitamento dos recursos via BNDES. *Revista Executive On-Line*, Bebedouro SP, 3 (1): 103-118, 2018. Disponível em: <http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistaexecutiveonline/sumario/78/31012019170653.pdf>. Acesso em 17 maio 2020.

GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado Gonçalves; VARELLA, Marcelo D. Varella. Os desafios da Administração Pública na disponibilização de dados sensíveis. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 14, n. 2, May/Aug. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322018000200513&script=sci_arttext. Acesso em 18 maio 2020.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Liberdade de iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico, 1999, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 1, n.º 1. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/8/753>. Acesso em 17 maio 2020.

PEREIRA, Thiago Rabelo Pereira; MITEFHOF, Marcelo Trindade. O Papel do BNDES e o financiamento do desenvolvimento: considerações sobre a antecipação dos empréstimos do Tesouro Nacional e a criação da TLP. *Revista Economia e Sociedade*. vol.27, n. 3, Campinas Sept./Dec. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182018000300875. Acesso em 16 maio 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Lucas Gonçalves da; SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. O controle social como instrumento de defesa da democracia. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, vol. 04, n.º. 49, 2017, pp.207-230. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2377>. Acesso em 29 maio 2020.

TARANTIN JUNIOR, Wilson; VALLE, Maurício Ribeiro do. Estrutura de capital: o papel das fontes de financiamento nas quais companhias abertas brasileiras se baseiam. *Revista Contabilidade & Finanças – Revistas USP*. São Paulo, v. 26, n. 69, p. 331-344, set./out./nov./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rcf/v26n69/1808-057x-rcf-201512130.pdf>. Acesso em 17 maio 2020.

TORRES FILHO, Ernani Teixeira; COSTA, Fernando Nogueira da. BNDES e o financiamento do desenvolvimento. *Revista Economia e Sociedade*. vol. 21, no. Spe, Campinas Dec. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182012000400011&lng=pt&tlng=pt. Acesso em 17 maio 2020.

Recebido/Received: 11.10.2019

Aprovado/Approved: 20.05.2020

EL CUIDADO COMO ESTRATEGIA DE SUPERVIVENCIA HUMANA

Discapacidad, género y salud

CUIDADOS COMO ESTRATÉGIA DE SOBREVIVÊNCIA HUMANA:
Deficiência, gênero e saúde

DANIELA VERÓNICA MAZA¹

RESUMEN

En el presente trabajo se analizará la trascendencia del cuidado para la sostenibilidad de la vida de las personas, en particular de las personas con discapacidad en situación de dependencia. Se indagará en las características que presenta el cuidado, las respuestas jurisdiccionales, y las normas y criterios establecidos para brindar a las familias los apoyos para garantizar la sostenibilidad del dispositivo de cuidado.

PALABRAS CLAVE: Cuidado. Personas con discapacidad. Apoyos. Familismo.

RESUMO

Neste trabalho, será analisada a importância do cuidado com a sustentabilidade da vida das pessoas, em particular para as pessoas com deficiência em situações de dependência. Serão investigadas as características do atendimento, respostas jurisdicionais e as normas e critérios estabelecidos para fornecer às famílias os apoios para garantir a sustentabilidade do dispositivo de atendimento.

PALAVRAS-CHAVE: Assistência. Pessoas com deficiência. Apoio. Familismo.

1 Doctoranda en Ciencias Jurídicas. Universidad del Museo Social Argentino. Especializada en Género y Derecho. Universidad de Buenos Aires. Diplomada en Gestión de Organizaciones con Perspectiva de Género. Universidad Abierta Interamericana. Especialista en Políticas Públicas y Justicia de Género. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Especialista en Derecho Penal. Universidad de Salamanca. Técnica en igualdad de Género. EUROINNOVA. Maestranda en Estudios de Género. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Profesora en la Especialización de Psicología Forense de la UBA, docente invitada especialista en la Cátedra de Instituciones de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lomas de Zamora, Facultad de Ciencias Económicas de la UBA y de Psicología de la UBA. Expositora en Congresos Nacionales e Internacionales; recibió el "Premio Formación Judicial 2018" (2º puesto) otorgado por la Escuela Judicial del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, convocado por la temática "Innovaciones en Gestión Judicial", cuyo trabajo fue titulado "Gender Compliance, un sistema de cumplimiento de estándares de género"; y "Mención Honorífica" Concurso "Premio Reflejar 2018" sobre "Las nuevas tecnologías en el servicio de justicia" con el trabajo titulado "CIBER ACCESO A JUSTICIA". Delegada por la Ciudad de Buenos Aires de la Asociación de Mujeres Juezas de Argentina. Defensora Pública coadyuvante de la Defensoría ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. dvmaza@yahoo.com.ar

Como citar esse artigo/How to cite this article:

MAZA, Daniela Verónica. *El cuidado como estrategia de supervivencia humana discapacidad, género y salud*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 69-80, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7897>.

EL CUIDADO Y SUPERVIVENCIA

El éxito reproductivo de las especies depende de los mecanismos que adopten para garantizar la supervivencia y la reproducción de su descendencia y así, asegurar la continuidad a lo largo del tiempo, manifestaba en una interesante entrevista la Dra. Sartor, investigadora Doctorada en biología con orientación en ecología de la Universidad Nacional de Córdoba. Explicaba que las especies animales utilizan diferentes estrategias comportamentales para garantizar su permanencia en el tiempo, siendo el cuidado parental una de ellas, el cual plantea decisiones como por ejemplo el número de crías, la inversión de energía en una determinada cría a costa de las reservas del presupuesto parental para otras crías. Pero es el ambiente (el filtro ambiental, según Darwin) el que determina qué estrategia comportamental será la adecuada. Si el ambiente se modifica, estrategias que eran exitosas ahora pueden no serlo, por ejemplo: la elección de la estrategia de los anfibios, aves, mamíferos, etc. estará determinada por el riesgo que enfrentan sus crías cuando nacen o en función de la autosuficiencia, el entorno y el lugar. En cuanto a los seres humanos, la biología entiende que el factor social es determinante de su comportamiento y mecanismos de supervivencia.

Estas nociones provenientes de la biología permiten considerar que la incorporación masiva en el mercado laboral y la presencia de otros factores determinantes como la disminución de la tasa de mortalidad infantil y prolongación de la esperanza de vida, deberían haber modificado las estrategias de cuidado para favorecer el recambio y supervivencia de la población a lo largo del tiempo como especie específicamente en relación con el cuidado parental, asumido históricamente por las mujeres (por ej. En la distribución, incorporación de otros actores en el cuidado, el fortalecimiento de las redes de apoyo para encararlo, en la cuantificación y valoración del trabajo de cuidado, etc.), ya que de no hacerlo, la especie humana estaría poniéndose en riesgo y comprometiendo su sostenibilidad.

EL CUIDADO DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS

Abordar el cuidado desde el punto de vista jurídico representa un gran desafío, ya que ha tenido una importante recepción en el ámbito de las ciencias sociales, adquiriendo mayor complejidad en la última década. La gran evolución literaria en el ámbito de la antropología, sociología, historia, economía, filosofía, e inclusive por disciplinas como la medicina, demostró que es un campo que debe ser explorado desde otros saberes, brindando la ciencia jurídica significativos aportes relativos al enfoque de derechos que hoy parece imponerse frente a las dificultades que se presentan para satisfacer las demandas de quienes por su discapacidad se encuentran en situación de dependencia, siendo una línea de abordaje central para avanzar en su determinación.

La noción de cuidado en las políticas de protección social y bienestar social se ha vuelto clave para el análisis y la investigación con perspectiva de género, y por su riqueza y densidad teórica, el cuidado es, tanto en la academia como en la política, un concepto potente

y estratégico, capaz de articular debates y agendas antes dispersas, de generar consensos básicos y de avanzar en una agenda de equidad de género en la región².

Las regulaciones destinadas a garantizar el bienestar físico y emocional cotidiano de las personas con algún nivel de dependencia se denominan políticas de cuidado y son muy recientes en la agenda del Estado. Ellas intervienen en la forma en la que la sociedad organiza el cuidado y establecen los derechos al cuidado³. Estas políticas consideran tanto a los destinatarios del cuidado, como a las personas proveedoras e incluyen medidas destinadas tanto a garantizar el acceso a servicios, tiempo y recursos para cuidar y ser cuidado, como a velar por su calidad mediante regulaciones y supervisiones⁴.

En América Latina el Consenso de Quito (2007) aprobado por los gobiernos de la región marco un hito en el empoderamiento del cuidado como problema a ser abordado por los Estados, no sólo en términos de compromisos asumidos sino también de difusión de diagnósticos. Posteriormente, el Consenso de Brasilia (2010) refrena y amplía estos compromisos, haciendo referencia explícita al derecho al cuidado y a la obligación de establecer servicios de cuidado, así como licencias parentales y otras regulaciones afines. En esta dirección una alerta importante es que, si bien la agenda del cuidado en nuestra región ha sido impulsada por la agenda de género, a medida que avanza se puede ir vislumbrando en muchos de los países que el vínculo se desprende, haciéndose cada vez más énfasis en la satisfacción de las necesidades de los receptores dependientes, como lo es en Uruguay. Pese a ello, aún la traducción del cuidado en políticas y su implementación ha sido relativamente escasa y lenta en la región. Sus riesgos asociados permanecen anclados en las familias, y se ha tendido a desconocer la relevancia del cuidado como parte sustancial de los sistemas de protección social. De allí que la División de Desarrollo Social, mediante el desarrollo de investigación y de asesoría técnica, busca posicionar al cuidado como un pilar de la protección social y las políticas públicas. Se postula que la perspectiva de derechos debe abarcar tanto la condición de los sujetos de cuidado como de las personas cuidadoras; por otra parte, el derecho a cuidar, a ser cuidado y autocuidarse es indispensable para ejercer otros derechos humanos. En el caso de la infancia temprana, debe buscarse dar un salto en el desarrollo de las destrezas y capacidades infantiles mediante intervenciones tempranas que son críticas para el desarrollo cognitivo, y que pueden disminuir las desigualdades sociales. En el caso de las personas adultas mayores vulnerables y dependientes y de las personas con discapacidad, el cuidado debe promover su actividad y autonomía y actuar contra su aislamiento social. En el caso de las personas cuidadoras, la organización social del cuidado vela por ampliar sus opciones vitales.⁵

2 Salvador, S.. Políticas de Cuidado en el Salvador. *Asuntos de género*, CEPAL. 2015. 10-13.

3 Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. División de Asuntos de Género. ONU. CEPAL. Consultado el 14/9/2019. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/leyes/leyes-de-cuidado?page=3>

4 Artículo - copia fiel del publicado en la revista Nueva Sociedad No 256, marzo-abril de 2015, ISSN: 0251-3552.

5 Página Oficial CEPAL. Consultado el 12/01/2019. Organización de Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/sobre-el-cuidado-y-las-politicas-de-cuidado>

EL ORIGEN DE LA TRANSFORMACIÓN

Acostumbramos a considerar el cuidado como una relación binaria en la cual estaban involucradas la persona receptora y la dadora de los cuidados, quedando emplazada dicha relación en el ámbito de la familiar; no obstante, la literatura del cuidado señala que es un vínculo que responde a relaciones de género, familiares, comunitarias, políticas públicas, intervenciones de expertos y profesionales, redes migratorias y relaciones económicas. A pesar de que la modernidad enlazó en su discurso hegemónico la importancia de la autonomía, el voluntarismo y el egoísmo como eje central para el desarrollo y el crecimiento de las naciones, son las relaciones humanas de interdependencia las que nos constituyen como sujetos y las que dan identidad a nuestras sociedades. Del mismo modo, que cuando las personas llegan a edad adulta se invisibiliza la interdependencia, y el paradigma del individualismo autosuficiente suele borrar las relaciones sociales que sostienen la vida de quienes salen al mercado, convirtiendo a las personas que llevan a cabo el trabajo doméstico y de cuidados en hilos invisibles, pues nunca se muestran los hilos con los que se teje esa capacidad social.⁶

Para la administración de justicia es clave comprender que las actividades de cuidado se encuentran atravesadas por un proceso de menosprecio y desvalorización social, y dato sustancial para otorgar respuestas jurisdiccionales que contemplen el complejo entramado que históricamente ha dejado de lado el trabajo de cuidado realizado por las mujeres o, según lo señala Brovelli, por personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad psico/social dentro de la familia⁷ puesto que, de no hacerlo, se corre el riesgo de afectar los derechos de personas que hoy gozan de una especial protección jurídica⁸.

Las transformaciones sociales ocurridas en los últimos tiempos, han modificado significativamente la demanda de cuidado, especialmente con relación a las personas con discapacidad (en adelante PCD). Conforme las exigencias derivadas del actual ordenamiento jurídico, ello impone la urgente revisión de las políticas públicas estructurales existentes y el diseño de otras nuevas dirigidas a fortalecer la transversalización de la perspectiva de género y de cuidados en los órganos vitales del Estado. Nos encontramos frente a una gran oportunidad para vigorizar su institucionalidad y proporcionar respuestas adecuadas a los problemas sociales y económicos, mediante la creación de áreas especializadas, la búsqueda de diseños más eficaces y eficientes, con la visión interseccional, que permitan elaborar diagnósticos precisos, monitorear, evaluar y mejorar continuamente las políticas públicas de cuidado.

6 Ramaciotti, Karina; Zangaro, Marcela. "Los derroteros del cuidado". Universidad de Quilmes. ISBN 978-987-558-550-8. 1ra. Edición. Provincia de Buenos Aires. 2019:9.

7 Brovelli, Karina. Cuando el cuidado no es un asunto de mujeres. Organización de los cuidados por parte de personas en situación de vulnerabilidad psico/social. Revista Argentina de Terapia Ocupacional. Año 1. Nro. 1. Diciembre de 2015. ISSN. 2469-1143. Esta investigadora que exploró en los perfiles de las personas que se ocupan del cuidado en el ámbito familiar. La investigadora examinó las prácticas de cuidado al interior de los grupos familiares en los que el papel de cuidador/a es desempeñado por aquel miembro de la familia que se encuentra en situación de vulnerabilidad psicosocial, observó una feminización de estas personas, pero concluye que es su posición vulnerable/subordinada al interior del grupo familiar que las hace depositarias de las responsabilidades de cuidado ya sean varones o mujeres. Además señala que observó una doble invisibilización de estas personas ya que se suma a este rol la situación de vulnerabilidad psicosocial, que históricamente implicó desconocimiento de derechos.

8 Convención para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Belem do Pará", el cual establece un mecanismo de seguimiento de la convención (MESECVI) para evaluar y apoyar continua e independientemente a los Estados firmantes, Art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional. Ley 26.485.

El cuidado de la salud de las PCD en situación de dependencia y sus familias, ha sido garantizado y protegido mediante la jerarquización Constitucional de Tratados Internacionales⁹, luego operativizados por leyes y reglamentaciones. Asimismo, se observa que el cambio de paradigma sobre la discapacidad adoptado en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, propició el nacimiento de nuevas obligaciones, visibilizó otros actores responsables, cuestionó nuevas formas de pensar el cuidado terapéutico y asistencial, y obligó a quien interviene en su organización, especialmente al Poder Ejecutivo, pero también a los Poderes Legislativo y Judicial, a reflexionar sobre las transformaciones urgentes y necesarias e iniciar una etapa, aún vigente, de adecuación jurídico/normativa y de promoción y remoción de patrones estereotipados respecto de las PCD y de quienes deben proveer cuidados.

Entre las transformaciones aludidas, encontramos la modificación de la Ley Nro. 24.901 (2009), introducida por Ley 26.480, que incorpora la **asistencia domiciliaria como un novedoso dispositivo dentro del sistema de prestaciones básicas para brindar los apoyos necesarios para que las PCD recuperen o conserven las funciones de autovalidamiento para la vida diaria, facilitando la articulación y sostenibilidad del cuidado, quedando instituido un nuevo apoyo para su familia, evitando de esta forma la institucionalización de las personas con déficit de autonomía y/o deficiencias crónicas.**

Este mecanismo permite que las familias articulen su dinámica organizacional, liberando tiempo para la realización de otras actividades (laborales, terapéuticas, educativas, sociales y de esparcimiento), aliviando la intensidad de los cuidados, optimizando los tiempos de relación, facilitando el mantenimiento de vínculos afectivos sanos, la sostenibilidad del cuidado y el autocuidado de las PCD y sus cuidadoras. Otro efecto importante de destacar es de carácter patrimonial, puesto que la distribución del costo del cuidado colabora con la preservación del nivel de gastos en la familia, evita el agobio financiero y valora este trabajo como elemento esencial para el desarrollo de la vida. A su vez, la desfamiliarización de la gestión administrativa para obtener la cobertura contribuye a proveer mayor cantidad de tiempo para que demás integrantes de las familias puedan realizar otras actividades para su desarrollo personal y/o profesional. En definitiva, se obtiene un impacto generizado disuasivo que impide la perpetuación de estereotipos de género en relación con el cuidado personal.

Si se indaga en los estándares jurídicos para la protección y cuidados de las PCD en situación de dependencia y sus cuidadoras, encontramos que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce expresamente que las familias tienen el derecho a recibir apoyos en su Preámbulo al señalar que: "...x) *la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asisten-*

9 [Cfr. Art. 42 y 75 inc. 22 de la CN; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1, 5, 6, 7, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 23, 24 y 35); Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10, 25 y 26); Convención Americana Sobre los Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica (art. 1, 2, 5, 7, 8, 17, 19, 24, 25, 26 y 29); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 3, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13 y 15); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (art. 1, 3, 6, 7, 8, 9, 17, 23, 24 y 26); Convención para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer (art. 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14 y 16); Convención de los derechos del Niño (art. 2, 3, 4, 5, 6, 9, 12, 16, 18, 19, 23, 24, 25, 26, 27 y 39); Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 4, 5, 6, 7, 25, 26, 28 2. Inc. c., con jerarquía constitucional Ley 27.044); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (art. 2, 3, 4 y 7, receptada en nuestro derecho interno por ley 25.280); Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención Belem Do Pará" (art. 3, 4, 5, 6, 7)]

cia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones...". A su vez, posiciona al Estado como un actor fundamental para garantizar el derecho a recibir protección y cuidados, también reconocido por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 9, en la que se sostuvo que "las causas, la prevención y el cuidado de las discapacidades no recibe la tan necesaria atención en los programas de investigación nacionales e internacionales, y se alienta a los Estados Partes a que asignen prioridad a esta cuestión y garanticen la financiación y la supervisión de la investigación centrada en la discapacidad, prestando especial atención a su aspecto ético."¹⁰

NORMAS QUE REGULAN EL CUIDADO

Al consultar fuentes estadísticas para evaluar la eficacia de los planteos sobre cuidados, se observa un incremento exponencial de los procesos de amparo en los que se reclaman prestaciones de salud, que alcanzan cerca del 45,60 % del total de los expedientes iniciados en los Tribunales Federales Civiles y Comerciales de la CABA¹¹. Esto implica la, aceleración de los tiempos para producir respuestas jurisdiccionales dado los breves plazos previstos para tramitarlos (48 hs.), lo que indica que se traduce en una mayor presión para la toma de decisiones urgentes, que impactará en la intensidad y volumen de trabajo de cada uno de los organismos de la justicia intervinientes, encontrando estas demandas nuevas barreras generadas en el propio ámbito jurisdiccional.

El escenario descrito demuestra que la administración de justicia no ha es indiferente a los cambios sociales vinculados con el empobrecimiento de la población, la incorporación masiva de las mujeres al empleo, el envejecimiento de la población y su feminización, a la mayor prevalencia a adquirir enfermedades crónicas, al incremento de los requerimientos de cuidado de las personas -tengan o no una discapacidad que les genere dependencia-, inclusive las situaciones de alta dependencia -no olvidemos que el 15% de nuestra población presenta algún tipo de discapacidad y el 13% de ellas tiene tres o más dificultades-. Muy por el contrario, el Poder Judicial, se ha constituido en un actor estratégico para evitar que se produzca la violación de derechos humanos fundamentales.

PERO, ¿QUÉ SUCEDE CUANDO SE PLANTEAN RECLAMOS POR CUIDADO ANTE LA JUSTICIA?

Frente a la obligación de garantizar el acceso a la justicia y los derechos fundamentales afectados, la Magistratura argentina exhibe larga experiencia en pronunciamientos sobre el cuidado médico-asistencial¹², el cuidado personal, al fijar el monto de una compensación económica, al cuantificar el valor de la vida o la incapacidad producida en el ámbito laboral,

10 Observación General N° 9. Comité CDN. Punto 61. Pagina

11 Estadísticas de amparos/ sumarísimos de salud año 2015 al 2019. Cifra obtenida del total de los ingresos en el fuero civil y comercial federal. (*) Fecha de corte 10.9.2019.

12 Caso Lifschitz (2004) es uno de los casos más importantes que en toda sentencia en materia de requerimientos del cuidado de la salud de PCD. Otros reclamos están vinculados con la Asistencia Domiciliaria prevista en el art. 39 inc. d) de la Ley 24.901 o el Acompañamiento Terapéutico del art. 12 de la ley 26.657.

incluso al conceder una excarcelación o prisión domiciliaria¹³, etc., que han obtenido reconocimiento jurídico favorable sustentado en normas de jerarquía constitucional que resguardaban la protección del derecho a la vida, la salud, y la integridad física, entre otros.

Este posicionamiento jurisprudencial frente a las demandas de cuidados basados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁴, la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores¹⁵, el art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 24.901¹⁶ y la Ley de Salud Mental N° 26.657 (art. 12), entre otras tantas leyes específicas, importa visibilizar la trascendencia que tiene el cuidado en la vida de las personas, garantizándose judicialmente un entorno que le proporcione sostenibilidad, resignificándose situaciones que el derecho siempre abordó, e incluyendo los aspectos más básicos de la vida cotidiana donde la judicatura no puede quedar ausente.

La justicia ha ido construyendo desde hace mucho tiempo la noción de protección especial como estrategia para cubrir las particulares circunstancias que atraviesan las personas en situación de dependencia, las institucionalizadas, o riesgo (niñas, niños y adolescentes, personas mayores o con discapacidad, mujeres, personas LGTTTBYQ, etc.). En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hay pronunciamientos históricos que marcan un posicionamiento político institucional frente a determinadas problemáticas. A los efectos de este trabajo me detendré en el análisis del caso Lifschitz del año 2004, que brinda lineamientos precisos sobre el posicionamiento del poder judicial en estos casos, expone la función y limitaciones de la judicatura, y es uno de los más presentes en la jurisprudencia de la Justicia Civil y Comercial Federal sobre salud.

En él, la Corte toma los argumentos del Procurador General de la Nación, sostuvo que las personas con discapacidad "*además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo su interés la consideración primordial, lo viene a tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados a juzgamiento en todos los casos*" (doctrina de fallos: 322:2701; 324:122)¹⁷.

Como nota destacada se observa que en esta respuesta jurisdiccional se identificó a todos los actores y responsables de garantizar el cuidado, no solo las familias, sino también los agentes de salud, la sociedad, y la judicatura, deben cumplir con la obligación señalada expresamente por el Máximo Tribunal y están condicionados frente a la necesidad de las PCD que necesitan cuidados. Un nuevo comportamiento se impuso, aquél que advertía la necesidad de modificar los patrones tradicionales que desconocían las desigualdades de este colectivo, para transformarse en protagonistas de la especial protección.

13 Art. 10 CPPN y el art. 32 de la Ley de ejecución pena privativa de libertad Nro. 23.660 (mod. Por Ley Nro. 26.472).

14 La Convención se concibió como un instrumento para garantizar los derechos humanos de las personas con discapacidad con una dimensión explícita de desarrollo social.

15 Art. 3 inc. f) y art. 12 y 19.

16 Ley 24.901. Art. 39 inc. d. (mod. por ley 26.480).

17 CSJN. Caso Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional. 15 de junio de 2004.

DEMANDAS JUDICIALES DE CUIDADO

Al consultar fuentes estadísticas para evaluar la eficacia de los planteos sobre cuidados, se observa un incremento exponencial de los procesos de amparo en los que se reclaman prestaciones de salud, que alcanzan cerca del 45,60 % del total de los expedientes iniciados en los Tribunales Federales Civiles y Comerciales de la CABA¹⁸. Esto implica la, aceleración de los tiempos para producir respuestas jurisdiccionales dado los breves plazos previstos para tramitarlos (48 hs.), lo que indica que se traduce en una mayor presión para la toma de decisiones urgentes, que impactará en la intensidad y volumen de trabajo de cada uno de los organismos de la justicia intervinientes, encontrando estas demandas nuevas barreras generadas en el propio ámbito jurisdiccional.

El escenario descrito demuestra que la administración de justicia no ha es indiferente a los cambios sociales vinculados con el empobrecimiento de la población, la incorporación masiva de las mujeres al empleo, el envejecimiento de la población y su feminización, a la mayor prevalencia a adquirir enfermedades crónicas, al incremento de los requerimientos de cuidado de las personas -tengan o no una discapacidad que les genere dependencia-, inclusive las situaciones de alta dependencia -no olvidemos que el 15% de nuestra población presenta algún tipo de discapacidad y el 13% de ellas tiene tres o más dificultades-. Muy por el contrario, el Poder Judicial, se ha constituido en un actor estratégico para evitar que se produzca la violación de derechos humanos fundamentales.

PERO, ¿QUÉ SUCEDE CUANDO SE PLANTEAN RECLAMOS POR CUIDADO ANTE LA JUSTICIA?

Frente a la obligación de garantizar el acceso a la justicia y los derechos fundamentales afectados, la Magistratura argentina exhibe larga experiencia en pronunciamientos sobre el cuidado médico-asistencial¹⁹, el cuidado personal, al fijar el monto de una compensación económica, al cuantificar el valor de la vida o la incapacidad producida en el ámbito laboral, incluso al conceder una excarcelación o prisión domiciliaria²⁰, etc., que han obtenido reconocimiento jurídico favorable sustentado en normas de jerarquía constitucional que resguardaban la protección del derecho a la vida, la salud, y la integridad física, entre otros.

Este posicionamiento jurisprudencial frente a las demandas de cuidados basados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²¹, la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores²², el art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 24.901²³ y la Ley de Salud Mental N° 26.657 (art. 12), entre otras tantas leyes

18 Estadísticas de amparos/ sumarísimos de salud año 2015 al 2019. Cifra obtenida del total de los ingresos en el fuero civil y comercial federal. (*) Fecha de corte 10.9.2019.

19 Caso Lifschitz (2004) es uno de los casos más importantes que en toda sentencia en materia de requerimientos del cuidado de la salud de PCD. Otros reclamos están vinculados con la Asistencia Domiciliaria prevista en el art. 39 inc. d) de la Ley 24.901 o el Acompañamiento Terapéutico del art. 12 de la ley 26.657.

20 Art. 10 CPPN y el art. 32 de la Ley de ejecución pena privativa de libertad Nro. 23.660 (mod. Por Ley Nro. 26.472).

21 La Convención se concibió como un instrumento para garantizar los derechos humanos de las personas con discapacidad con una dimensión explícita de desarrollo social.

22 Art. 3 inc. f) y art. 12 y19.

23 Ley 24.901. Art. 39 inc. d. (mod. por ley 26.480).

específicas, importa visibilizar la trascendencia que tiene el cuidado en la vida de las personas, garantizándose judicialmente un entorno que le proporcione sostenibilidad, resignificándose situaciones que el derecho siempre abordó, e incluyendo los aspectos más básicos de la vida cotidiana donde la judicatura no puede quedar ausente.

La justicia ha ido construyendo desde hace mucho tiempo la noción de protección especial como estrategia para cubrir las particulares circunstancias que atraviesan las personas en situación de dependencia, las institucionalizas, o riesgo (niñas, niños y adolescentes, personas mayores o con discapacidad, mujeres, personas LGTTTBYQ, etc.). En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hay pronunciamientos históricos que marcan un posicionamiento político institucional frente a determinadas problemáticas. A los efectos de este trabajo me detendré en el análisis del caso Lifschitz del año 2004, que brinda lineamientos precisos sobre el posicionamiento del poder judicial en estos casos, expone la función y limitaciones de la judicatura, y es uno de los más presentes en la jurisprudencia de la Justicia Civil y Comercial Federal sobre salud.

En él, la Corte toma los argumentos del Procurador General de la Nación, sostuvo que las personas con discapacidad *"además de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo su interés la consideración primordial, lo viene a tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados a juzgamiento en todos los casos"* (doctrina de fallos: 322:2701; 324:122)²⁴.

Como nota destacada se observa que en esta respuesta jurisdiccional se identificó a todos los actores y responsables de garantizar el cuidado, no solo las familias, sino también los agentes de salud, la sociedad, y la judicatura, deben cumplir con la obligación señalada expresamente por el Máximo Tribunal y están condicionados frente a la necesidad de las PCD que necesitan cuidados. Un nuevo comportamiento se impuso, aquél que advertía la necesidad de modificar los patrones tradicionales que desconocían las desigualdades de este colectivo, para transformarse en protagonistas de la especial protección.

DESAFÍOS PARA GARANTIZAR EL CUIDADO

Una nota significativa e insoslayable en relación con el trabajo de cuidado, es que se instituye como una práctica atravesada por sentimientos de amor, solidaridad, lealtad; por normas sociales, éticas, morales y por mandatos culturales y de género, que llevan a naturalizar, legitimizar y reproducir el protagonismo de las mujeres en esas tareas, incluso cuando ello tenga efectos adversos para la propia salud²⁵. Debido a que en nuestra cultura aún persiste en la familia una inequitativa distribución de las responsabilidades de cuidado, es obligación del Estado aplicar en estos casos la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas

24 CSJN. Caso Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/ Estado Nacional. 15 de junio de 2004.

25 Ponce, Marisa, *"El cuidado de la salud de los que cuidan"*, en de cuidados y cuidado de las acciones públicas y privadas. Ed. Biblos, Ciudad de Buenos Aires. 2015. Pág. 156.

de Discriminación contra la Mujer y la Convención Belem do Pará²⁶, para examinar leyes²⁷ y políticas neutrales en cuanto al género y asegurarse de que no crean o perpetúan las desigualdades existentes²⁸.

Es decir, si bien el cuidado -como mecanismo comportamental implementado históricamente para la sostenibilidad de la vida de las personas- ha sido reconocido desde hace décadas por nuestros Tribunales, aún requiere en el proceso de decisión, se valore e incorpore, el mayor impacto que provoca en las vidas de quienes proveen cuidados en la familia, principalmente de las mujeres, y aplicar las normas y estándares internacionales establecidos en su protección.

En definitiva, esta valoración jurisdiccional deberá profundizar en la observancia del emplazamiento en el que se produce la relación de cuidado (institucionalizado o doméstico), en las personas que intervienen (familia, mujeres, agentes de salud obligados a brindar apoyos), y cuando ellos sean solicitados en instancias administrativas o jurisdiccionales, atender a la responsabilidad de los actores que intervienen, el tiempo que requiere su provisión, la distribución en función de la intensidad en relación del tipo de discapacidad y/o nivel de dependencia, y las prestaciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico para apoyar a las familias en el proceso de integración y cuidado de las PCD.

A nivel infraconstitucional y local, se desarrolló un *corpus* jurídico a través de un extenso aunque asistemático conjunto normativo con eje en distintos aspectos: el reconocimiento de apoyos²⁹, la incorporación de la perspectiva de género³⁰, su transversalidad y la eliminación de estereotipos de género³¹; el procesamiento de datos con perspectiva de género³²; el impulso y medición de la igualdad de responsabilidades en el hogar entre el hombre y la mujer³³; la prohibición de discriminación, entre otras.

Estas observaciones, permiten plantear desde una perspectiva de derechos la importancia de producir respuestas jurisdiccionales en materia de cuidado³⁴ (terapéutico/asistencial)

26 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (art. 3, 4, 6 inc. a y 7 inc. e).

27 Ley de protección integral a las mujeres Nro. 26.485 (mod. por Ley 27.501 y 27.533).

28 Recomendación general núm. 28, párr. 16.

29 Art. 39 inc. d) de la Ley 24.901 que prevé la figura de asistencia domiciliaria, y art. 12 de la Ley 26.657 que reconoce la necesidad de acompañamiento terapéutico como dispositivo ante situaciones donde el tratamiento de salud mental aconseja su externación y permanencia en domicilio.

30 Ley de capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres Nro. 27.499.; Ley 26.485 de protección integral a las mujeres Art. 7 inc. d).

31 En relación con los estereotipos de género, en el Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional (Parágrafo 302) y en el Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 20 de noviembre de 2014. Al respecto, consideró que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombre y mujeres respectivamente. La Corte ha identificado estereotipos de género que son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y respecto de los cuales los Estados deben tomar medidas para erradicarlos. Parágrafo 268.

32 La Ley CABA n° 5588 de inclusión del área temática de Derechos Humanos para la producción de indicadores y publicación de estadísticas y la Ley CABA n° 5924, BOCBA N° 5290 del 09/01/2018, garantiza la incorporación del enfoque de género en todas las producciones del Sistema Estadístico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley CABA n° 4.181 establece el servicio de atención telefónica gratuita LINEA MUJER.

33 Ley CABA n° 4892, BOCBA N° 4333 del 05/02/2014, para impulsar acciones sobre la contribución de la economía del cuidado.

34 Ley CABA n° 5261, Ley contra la discriminación.

que disminuyan el familismo³⁵, las asimetrías sociales y de género, distribuyendo equitativamente las responsabilidades entre los diferentes actores involucrados en el cuidado de las PCD, garantizando a las familias y a su interior a la principal proveedora, tiempo de descanso, acceso a la educación, el cuidado de otros miembros dependientes, tiempo para establecer y mantener redes conversacionales que le brinden contención emocional, y el acceso a la información para poder solicitar los apoyos necesarios para garantizar la sostenibilidad del dispositivo de cuidado que la familia y los profesionales tratantes de la PCD requieran.

BIBLIOGRAFÍA

BROVELLI, Karina. Cuando el cuidado no es un asunto de mujeres. Organización de los cuidados por parte de personas en situación de vulnerabilidad psico/social. *Revista Argentina de Terapia Ocupacional*. Año 1. Nro. 1. Diciembre de 2015. ISSN. 2469-1143.

FINDLING, Liliana. Mario Silvia y Champalbert Laura. *Como cuidan y se cuidan las mujeres del Gran Buenos Aires*. Población de Buenos Aires. Vol. 11. Num. 20 de octubre. 2014, pp. 40).

PONCE, Marisa. "El cuidado de la salud de los que cuidan", en de cuidados y cuidado de las acciones públicas y privadas. Ed. Biblos, Ciudad de Buenos Aires. 2015. Pág. 156.

POPE-NOE, 1988;1994 citado por Adela Garzón "Familismo y creencias políticas" en *Revista de Psicología Política*, Nro. 17, 1998, 101-128). Consultado el 18/3/2020. Disponible en: <https://www.us.es/garzon/psicologia%20politica/N17-5.pdf>.

RAMACIOTTI, Karina; ZANGARO, Marcela. "Los derroteros del cuidado". Universidad de Quilmes. ISBN 978-987-558-550-8. 1ra. Edición. Provincia de Buenos Aires. 2019:9.

SÁNCHEZ VERA, Pedro; DÍAZ, Marcos Bote. "Familismo y cambio social. El caso de España Sociologías". *Revista Dossiê*. Porto Alegre, Nro. 21. 2009:122. Consultado el 18/3/2020. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n21/07.pdf>.

Referencias Normativas

Constitución Nacional

Código Civil y Comercial de la Nación

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de Derechos Humanos

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

Convención Sobre La Eliminación de Todas Las Formas De Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

35 El concepto de familismo remite al modelo de los países mediterráneos en el cual se observa una confianza permanente en la familia para la provisión de trabajo y servicios asistenciales, tanto en su solidaridad intergeneracional como en su estructura de género (Cfr. Findling, Liliana, Mario Silvia y Champalbert Laura. "Como cuidan y se cuidan las mujeres del Gran Buenos Aires. Población de Buenos Aires. Vol. 11. Num. 20 de octubre. 2014, pp. 40). Según otras investigaciones el familismo, en un sentido genérico, se refiere a la creencia cada vez más extendida en la importancia de la familia y, por tanto, la necesidad de desarrollar programas de apoyo y defensa de la institución familiar (Pope-noe, 1988;1994 citado por Adela Garzón "Familismo y creencias políticas" en *Revista de Psicología Política*, Nro. 17, 1998, 101-128). Consultado el 18/3/2020. Disponible en: <https://www.us.es/garzon/psicologia%20politica/N17-5.pdf>. Otros autores señalan que "el familismo de las sociedades está frecuentemente ligado a las limitaciones que presentan los Estados de Bienestar al hacer recaer sobre ellas un protagonismo excesivo.". Sánchez Vera, Pedro y Marcos Bote Díaz. "Familismo y cambio social. El caso de España Sociologías". *Revista Dossiê*. Porto Alegre, Nro. 21. 2009:122. Consultado el 18/3/2020. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n21/07.pdf>.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer "Convención de Belém do Pará"

Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI)

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH)

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

personas con Discapacidad.

Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Ley 24.901 y sus modificaciones (Ley N° 26.480)

Ley de Salud Mental N° 26.657. Decreto 603/13

Ley 26.485. Protección Integral de las Mujeres

Ley Nro. 27.499 de capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres.

Observación General Nro. 28 de la CEDAW

Observación General N° 9. Comité CDN.

La Ley CABA n° 5588 de inclusión del área temática de Derechos Humanos para la producción de indicadores y publicación de estadísticas

Ley CABA n° 5924, BOCBA N° 5290 del 09/01/2018, garantiza la incorporación del enfoque de género en todas las producciones del Sistema Estadístico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ley CABA n° 4.181 establece el servicio de atención telefónica gratuita LINEA MUJER.

INFORME REGIONAL SOBRE LA MEDICIÓN DE LA DISCAPACIDAD Una mirada a los procedimientos de medición de la discapacidad en América Latina y el Caribe.

Ley CABA n° 5261, Ley contra la discriminación.

Ley CABA n° 4892, BOCBA N° 4333 del 05/02/2014, para impulsar acciones sobre la contribución de la economía del cuidado.

Recibido/Received: 17.05.2020

Aprovado/Approved: 20.05.2020

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PERSONAL TRAINER

PERSONAL TRAINER'S CIVIL LIABILITY

FABRÍCIO GERMANO ALVES¹
MAYARA VÍVIAN DE MEDEIROS²

RESUMO

Este trabalho trata da responsabilidade civil do *personal trainer* no exercício da profissão de educador físico. Este estudo abrange a incidência do Código Civil, da Lei nº 9.696/1998, das Resoluções do CONFEF e demais disposições normativas que regulam a atuação profissional na educação física e sua relação com o instituto da responsabilidade civil. O estudo do tema é pertinente considerando o aumento na demanda da prestação de serviços personalizados na área da educação física em busca por uma melhor qualidade de vida e de saúde em geral. O objetivo deste trabalho consiste na compreensão da regulamentação do exercício profissional dos educadores físicos no Brasil, especificamente da profissão de *personal trainer*, construindo um diálogo entre esta e a teoria geral da responsabilidade civil, passando pela avaliação de como esses temas são trabalhados e aplicados pelo Poder Judiciário. A metodologia consiste em pesquisa hipotético-dedutiva, com abordagem qualitativa, propósito descritivo, com o objetivo de propor uma avaliação formativa sobre o tema. Com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que o *personal trainer* responde subjetivamente, quando atuar como profissional liberal, e quando estiver vinculado a uma academia, esta responde objetivamente.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Educação Física. Personal Trainer. Dano.

ABSTRACT

This work deals with the civil liability of the personal trainer in the exercise of the physical educator profession. This study covers the incidence of the Civil Code, the Law 9.696/1998, the CONFEF Resolutions and other normative provisions that regulate the professional performance in physical education and its relationship with the institute of civil responsibility. The study of the theme is pertinent considering the increase in the demand for personalized services in the area of physical education in search of a better life quality and health in general. The objective of this work is to understand the regulation of the professional practice of physical education teachers in Brazil, specifically the profession of personal trainer, building a dialogue between this and the civil responsibility general theory, passing through the evaluation of how these issues are handled and applied by the Judiciary. The methodology consists of hypothetical-deductive research, with qualitative approach, descriptive purpose, with the objective of proposing a formative evaluation on the theme. Based on the Consumer Protection Code, it is concluded that the personal trainer responds subjectively, when acting as a liberal professional, and when linked to an academy, it responds objectively.

1 Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha. Mestre em Direito (UFRN). Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP). Especialista em Docência no Ensino Superior (FMU). Professor da Graduação e Pós-Graduação da UFRN. Advogado. <http://orcid.org/0000-0002-8230-0730>. fabriciodireito@gmail.com.

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. vivi_caico@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

ALVES, Fabrício Germano. MEDEIROS, Mayara Vívian de. *Responsabilidade civil do Personal Trainer*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 81-94, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7644>.

KEYWORDS: *Civil liability. Physical Education. Personal Trainer. Damage.*

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade é um dos principais temas de estudo no âmbito do Direito Civil, tendo como base o restabelecimento do equilíbrio patrimonial e extrapatrimonial decorrentes do dano proveniente das mais variadas espécies de fatos sociais. Entre as muitas atividades exercidas no campo social, a atividade dos educadores físicos em geral é um dos campos do qual pode se originar a existência de danos e prejuízos, acarretando a necessidade de reparação. Esta é essencial no campo social, sendo uma forma de proteger bens jurídicos tutelados pelo Direito, sejam de cunho patrimonial ou direitos relativos à personalidade. Nesse contexto, este trabalho terá como tema principal a responsabilidade civil dos educadores físicos, mais especificamente, do *personal trainer* em suas atividades típicas.

Nos últimos anos a procura pela carreira de educador físico tem crescido consideravelmente. Segundo dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), no ano de 2015, o número de formandos nos cursos superiores de educação física foi de cerca de 35 mil pessoas³. Além disso, a procura por uma melhor qualidade de vida e de saúde em geral, por meio das mais variadas modalidades de atividade física supervisionada é cada vez mais crescente. Em razão da referida atividade ser apoiada por médicos e pela própria mídia percebe-se a importância do estudo da responsabilidade civil no caso de prejuízos físicos, patrimoniais e morais que podem ser causados aos usuários dos serviços prestados pelos educadores físicos, e em especial dos que atuam como *personal trainers*.

Os procedimentos metodológicos incluem a pesquisa hipotético-dedutiva, com abordagem qualitativa, propósito descritivo, e a finalidade de propor uma avaliação formativa. Serão examinadas de forma direta as normas relacionadas ao tema proposto, incluídas a Lei nº 9.696/1998 e as resoluções específicas publicadas pelo Conselho Federal de Educação Física (CREF), como, por exemplo, a Resolução nº 307/2015, que dispõe sobre o Código de Ética dos Profissionais de Educação Física, construindo um diálogo entre suas determinações e o instituto da responsabilidade civil. Além disso, será analisado um caso prático atual, a fim de examinar o tratamento dado pelo Poder Judiciário aos conceitos e fatos envolvidos na reparação de danos causados no exercício profissional do *personal trainer*.

Inicialmente, serão delineados os conceitos que dão base à teoria geral da responsabilidade civil, incluindo os conceitos de responsabilidade civil objetiva e subjetiva, contratual e extracontratual, ato ilícito, abuso de direito, bem como os fundamentos que dão sentido à observância da responsabilidade civil dentro da realidade social.

Em seguida, serão definidos os pressupostos, ou elementos essenciais da responsabilidade civil, ou seja, a conduta humana positiva ou negativa, a culpa genérica do agente, o nexo de causalidade e o dano, ou prejuízo causado.

3 Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Sinopses Estatísticas da Educação Superior – Graduação. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopses-estatisticas-da-educacao-superior>. Acesso em: 21 set. 2018.

Posteriormente, será apresentada e analisada a regulamentação do exercício profissional em educação física no Brasil, a partir da Lei nº 9.696/1998, da Resolução nº 307/2015 do CONFEF e das demais resoluções expedidas pelo mesmo órgão. Compreender esta matéria é especialmente relevante, pois essas determinações organizam e regulamentam o trabalho dos educadores físicos no país, sendo possível perceber as relações que podem ser estabelecidas entre essa regulamentação e o tema da responsabilidade civil em caso de danos provenientes do exercício profissional do *personal trainer*.

Por fim, será examinada uma decisão judicial relacionada ao tema, possibilitando a análise da proteção conferida pelo Poder Judiciário aos indivíduos que sofrem prejuízos provenientes do acompanhamento e supervisão dos profissionais de educação física, especialmente no caso dos que atuam como *personal trainer*.

2 TEORIA GERAL E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade é um dos principais aspectos da realidade social, representando o dever de restauração do equilíbrio patrimonial e extrapatrimonial decorrente de qualquer atividade que cause danos ou prejuízo, originada nas consequências jurídicas da atividade e no dever não lesar a outrem (STOLZE, 2012, p. 46). A origem do tema está ligada ao Direito Romano, na regulação organizada pelo Estado para compensar os danos causados nas esferas penal e civil, mediante culpa do autor, gerando uma pena e o dever de reparação (TARTUCE, 2017, p. 499).

No caso da responsabilidade civil, sua observância pode se originar do descumprimento obrigacional, desobediência a regras contratuais ou da falta de observância de determinada regra que regula a vida e as relações sociais. A responsabilidade civil tem fundamento e está ligada à necessidade da exigência de uma resposta que expressa eficiência, justiça e segurança, contribuindo para a ordem e pacificação social. Por isso o tema da responsabilidade está cada vez mais concentrado no julgamento do dano em si e nas suas consequências, não só na conduta do agente que o causou (GONÇALVES, 2018, p. 30-31).

A doutrina trata da responsabilidade civil a partir de um modelo dual ou binário. Apesar de sua origem distinta, as modalidades de responsabilidade civil estão baseadas na mesma fonte, que é o contrato social, e no mesmo fato, ou seja, a violação de um dever jurídico preexistente, e obedecem aos mesmos princípios e regras básicas (MARTINS-COSTA, 2003, p. 97).

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil assumiu *status* de direito fundamental pela Constituição Federal, sendo reconhecida expressamente no artigo 5º, inciso V ("é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem") e no artigo 5º, inciso X ("são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"), que tratam especificamente do direito à indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

No geral, a responsabilidade civil pode ser classificada em contratual ou negocial e extracontratual ou aquiliana. A primeira decorre do inadimplemento de uma obrigação contratual ou de um negócio unilateral e está regulada nos artigos 389 a 391 do Código Civil⁴. Ela pode originar-se, por exemplo, no descumprimento da obrigação de uma empresa de transportes no sentido de conduzir uma mercadoria em segurança, na hipótese em que a mercadoria fosse parcial ou totalmente destruída em razão de um incidente no transporte. Já na responsabilidade civil aquiliana, não existe vínculo entre a vítima e o causador do dano, estando fundamentada no ato ilícito e no abuso do direito, tratados nos artigos 186 e 187 do Código Civil, respectivamente (GONÇALVES, 2018, p. 45).

Um dos principais institutos que caracterizam a responsabilidade civil extracontratual é o ato ilícito, tratado no artigo 186 do Código Civil⁵. Este pode ser entendido como sendo qualquer ato ou conduta humana que viola direitos subjetivos e privados, ferindo a ordem jurídica e causando danos a outrem. É um fato jurídico em sentido amplo, gerando o dever de reparação e indenização, seja no âmbito civil, penal ou administrativo, como demonstrado no artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Já o abuso do direito, que também fundamenta a responsabilidade civil extracontratual está previsto no artigo 187 do Código Civil⁶, sendo um ato jurídico que tem objeto lícito, mas que ao ser praticado de maneira exagerada, acarreta consequências consideradas ilícitas, violando princípios como o da eticidade, socialidade, boa-fé e bons costumes (FRANÇA, 1977, p. 45).

A responsabilidade civil também pode ser classificada como objetiva ou subjetiva. A subjetiva está baseada na comprovação da culpa do autor do dano, sendo, desta forma, indenizável. Já a objetiva existe nas possibilidades legais em que o dano precisa ser reparado independentemente da existência de culpa, sendo necessário apenas a existência do dano e do nexo de causalidade. A responsabilidade objetiva está presente em diversos artigos do Código Civil, como por exemplo os artigos 936 e 937⁷, que tratam da responsabilidade do dono do animal e do dono do prédio em ruína, como também nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90). Está baseada na teoria do risco, cuja ideia é a de que toda pessoa que exerce uma atividade assume os riscos de danos a terceiros provenientes desta, sendo obrigada a repará-los, mesmo se não houver culpa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 201).

Não existe consenso a respeito dos elementos essenciais da responsabilidade civil ou do dever de reparação e indenização. Porém, no geral, são considerados quatro elementos: a conduta ou ação humana, a culpa genérica do agente, o nexo de causalidade, e o dano ou prejuízo causado.

4 Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster. Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

5 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

6 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.

7 Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior. Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

O pressuposto da conduta humana diz respeito a uma ação ou omissão, proveniente de qualquer pessoa, que cause danos a outrem. Ou seja, o dano pode ser causado por uma conduta positiva ou negativa, voluntária ou proveniente de negligência, imprudência ou imperícia, caracterizando o dolo ou culpa *stricto sensu*. Para que a conduta negativa seja caracterizada é preciso a demonstração de que determinada conduta, configurada como dever jurídico que evitaria o dano, não foi praticada. Por exemplo, o artigo 938 do Código Civil⁸ determina que o habitante do prédio do qual caem coisas responde pelos danos causados, uma vez que há uma presunção de que poderiam ser evitados a partir de uma conduta positiva que deixou de ser praticada pelo agente (GONÇALVES, 2017, p. 65).

A culpa genérica ou *lato sensu*, abrange o dolo e a culpa *stricto sensu*. O dolo envolve a vontade do agente em ferir o direito de outrem, na intenção de prejudicar. Na responsabilidade civil, o dolo recebe o mesmo tratamento da culpa grave ou gravíssima, gerando o dever de indenização. Já a culpa *stricto sensu* decorre da inobservância de um dever jurídico já existente, não sendo necessária a violação intencional, e pode se originar da falta de diligência do agente causador do dano, de negligência, imprudência ou imperícia (TARTUCE, 2017, p. 522).

O nexo de causalidade é o elemento imaterial da responsabilidade civil, ligando diretamente a conduta humana ao dano causado em uma relação de causa e efeito. Constitui o elo entre a ofensa ao direito e o prejuízo sofrido. Assim, o fato lesivo se origina na ação ou é consequência previsível desta. A existência do nexo de causalidade é elemento obrigatório para que haja o dever de indenizar (PEREIRA, 1994, p. 75).

Por fim, o dano é o elemento essencial, o fato jurídico que desencadeia a responsabilidade civil. Esta resulta da comprovação do prejuízo, da lesão a um bem jurídico, seja de cunho patrimonial ou extrapatrimonial. Sem ele, não há objeto para reparação no âmbito civil. O dano pode ser moral, recaindo sobre a honra, nome pessoal ou da família, causando sofrimento ao ofendido, ou patrimonial, quando tem repercussão na realidade financeira deste (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 235).

3 REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL EM EDUCAÇÃO FÍSICA E SEU CÓDIGO DE ÉTICA

No Brasil, o trabalho do profissional de educação física passou a ser regulamentado a partir da vigência da Lei nº 9.696, de 1 de setembro de 1998, promulgada após intenso debate por parte de estudiosos e profissionais, tendo como objetivo a organização do exercício profissional do educador físico e a criação do Conselho Federal de Educação Física (CONFEF). Antes da promulgação desta lei, desde a década de 1940, vinha sendo discutida a necessidade da regulamentação da profissão de educação física no Brasil por meio de encontros e debates entre estudantes, estudiosos e diretores de instituições de ensino, visando sua

8 Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

organização e a proteção e valorização dos profissionais que atuam na rea (SOUSA NETO et. al, 2004, p. 123).

O artigo 1 da Lei n 9.696/1998 definiu limites quanto aos sujeitos que poderiam atuar na área da educação física, restringindo tal atuação exclusivamente a aqueles que estivessem regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física (CREFs)⁹. Esta limitação tinha como objetivo a proteção do mercado de trabalho dos educadores físicos, já que muitas pessoas sem formação na área atuavam como tais, diminuindo a qualidade dos serviços e aulas fornecidas por estes indivíduos sem formação superior e específica (BRASIL, 1998).

Para ser inscrito nos Conselhos Regionais de Educação Física  necessário, segundo o artigo 2 da referida lei, possuir diploma obtido em curso superior de educação física, oficialmente autorizado ou reconhecido, ou possuir diploma de educação física expedido por instituição de ensino superior estrangeira válido no território nacional. Além disso, o inciso III do artigo 2 determinou que os que já exerciam atividades próprias de profissionais de educação física até a vigência da lei também podiam ser inscritos nos Conselhos Regionais de Educação Física (BRASIL, 1998)¹⁰. Ou seja, esses últimos poderiam receber do CONFEF uma autorização para continuar trabalhando, como uma medida de transição entre dois estados jurídicos, respeitando o direito já adquirido por estes trabalhadores nessa fase de adaptação (ALMEIDA; GUTIERREZ, 2008).

As atribuições dos profissionais de educação física estão elencados no artigo 3 da Lei n 9.696/1998, que se trata de um rol taxativo, envolvendo funções como planejar, supervisionar, organizar, executar e avaliar trabalhos, programas e projetos, bem como prestar serviços de consultoria, assessoria, planejar treinamentos personalizados e específicos, além da participação na divulgação de informações técnicas, científicas e pedagógicas na área das atividades físicas e desportos (BRASIL, 1998)¹¹. Dessa forma, o profissional de educação física pode atuar como especialista nos mais variados tipos de exercícios físicos, desde a ginástica, passando pelas lutas em suas várias categorias, danças, musculação, reabilitação, ergonomia, ioga, entre outras, sejam atividades organizadas em grupo ou supervisionadas de maneira individual.

Nesse sentido, é importante salientar que a limitação dos sujeitos que têm autorização para exercer as atribuições de educadores físicos não teve efeitos apenas sobre a proteção desses profissionais, mas também contribuiu para o aumento da qualidade na prestação de serviços e no exercício de atividades relacionadas, decorrente do conhecimento mais aprofundado e da preparação mais efetiva que se espera que os possuidores de cursos de formação tenham, gerando resultados mais satisfatórios e evitando riscos e possíveis danos para

9 Art. 1o. O exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física  prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física.

10 Art. 2. Apenas serão inscritos nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física os seguintes profissionais: I – os possuidores de diploma obtido em curso de Educação Física, oficialmente autorizado ou reconhecido; II – os possuidores de diploma em Educação Física expedido por instituição de ensino superior estrangeira, revalidado na forma da legislação em vigor; III – os que, até a data do início da vigência desta Lei, tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de Educação Física, nos termos a serem estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física.

11 Art. 3. Compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do desporto.

a saúde daqueles cujas atividades estão sendo mediadas por um educador físico (FREIRE; VERENGUER; COSTA REIS, 2002, p. 42-44).

Dentre as atividades desenvolvidas pelos profissionais de educação física, está o trabalho do *personal trainer*, termo original em inglês já incorporado ao cotidiano brasileiro, que é utilizado para identificar um educador físico que oferece supervisão, orientação e acompanhamento individual e adaptado, na busca por objetivos baseados na necessidade ou desejos por parte do usuário em relação à sua saúde ou condicionamento físico. Este trabalho é construído por meio de treinos específicos que levam em conta as capacidades e limitações de cada aluno, dando-lhe segurança e a possibilidade de resultados mais rápidos e eficientes. Para o exercício dessa atividade, é obrigatório o registro nos CREFs e a formação adequada, garantindo a qualidade na prestação dos serviços e diminuição de riscos provenientes de orientação e acompanhamento inadequados.

Uma das principais determinações da Lei nº 9.696/1998 foi a criação do Conselho Federal de Educação Física, que foi estabelecida como uma entidade administrativa, sem fins lucrativos, responsável pela regulamentação profissional dos educadores físicos, dando poderes a esta autarquia para determinar as maneiras pelas quais os profissionais de educação física devem ser formados, garantir seus direitos de exclusividade de atuação na área, orientando, disciplinando e fiscalizando o exercício da atividade profissional (BRASIL, 1998)¹².

Desde sua criação, o CONFEF editou diversas resoluções sobre o tema, como por exemplo a Resolução nº 045/2002, que dispõe sobre a organização de cursos para os profissionais não formados, e a Resolução nº 46/2002, que trata da intervenção dos educadores físicos na organização e supervisão de atividades educacionais no ensino básico (CONFEF, 2002; ALMEIDA; GUTIERREZ, 2008).

Uma das principais disposições normativas do CONFEF nos últimos anos é a Resolução nº 307, de 9 de novembro de 2015, que dispõe sobre o Código de Ética dos Profissionais de Educação Física registrados no Sistema CONFEF/CREFs. A partir da análise do preâmbulo do Código de Ética, fica claro que este foi elaborado a partir da consciência do papel social e educacional que os educadores físicos possuem, e da necessidade de aperfeiçoamento e adaptação dos profissionais às complexidades envolvidas na realização individual, social e coletiva daqueles que se beneficiam de seu trabalho. Sua criação levou em conta a Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Cultura; a Agenda 21, que enfatiza a proteção do meio ambiente nas relações humanas; e a Carta Brasileira de Educação Física de 2000, em seu cuidado com os riscos que podem existir sobre a natureza, a sociedade e a saúde do indivíduo (CONFEF, 2015).

A elaboração do Código de Ética dos Profissionais de Educação Física teve como objetivo garantir o exercício da profissão de maneira competente e qualificada, visando uma melhor qualidade de vida para todos os envolvidos em sua manifestação, sejam os beneficiários, que utilizam os serviços profissionais, ou seu destinatário (o próprio educador físico), nos termos do artigo 2º da Resolução nº 307/2015¹³. Dessa forma, o referido Código estabelece, nos artigos 4º e 5º, os princípios e diretrizes do exercício profissional na área; nos artigos 6º a 9º, as responsabilidades e os deveres envolvidos; nos artigos 10 e 11, os direitos e benefí-

12 Art. 4º. São criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Educação Física.

13 Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se: I – beneficiário, o indivíduo ou instituição que utilize os serviços do Profissional de Educação Física; II – destinatário, o Profissional de Educação Física.

cios dos educadores ffsicos; e por fim, no artigo 12, as infrações e penalidades em caso de violação às determinações do Código de Ética (CONFEF, 2015).

Os princípios que guiam o exercício do profissional de educação física dispostos no artigo 4º, incisos I, II, VII e VIII do Código de Ética são: o respeito à vida, à dignidade e à integridade do indivíduo, a responsabilidade social, a prestação de serviços de maneira responsável e honesta, bem como a atuação dentro de sua identidade e atribuições específicas do seu campo profissional, levando em consideração o papel social do educador físico e os efeitos de sua atividade sobre a qualidade de vida dos beneficiários (CONFEF, 2015).

Dentre as responsabilidades do profissional de educação física previstas no Código de Ética, destacam-se os incisos III, IV e V do artigo 6º, que determinam que os educadores devem prestar serviço e orientação seguros para o beneficiário, baseados no conhecimento educacional adquirido em seus cursos de formação, que traga benefícios à saúde e evite riscos, agindo com responsabilidade, inclusive advertindo o usuário acerca de quaisquer perigos envolvidos na atividade realizada, conforme o inciso VI do mesmo artigo e inciso I do artigo 5º. No inciso XIV do artigo 6º, fica clara a determinação de que o profissional de atividade física deve responsabilizar-se por faltas cometidas durante o exercício de sua atividade, seja de maneira coletiva ou individual. No artigo 7º, inciso I ficou determinado que o educador físico não pode contratar serviços que possam causar danos morais para seu beneficiário ou até para si mesmo, ou incorrer em erro que revele falta de capacidade profissional (CONFEF, 2015).

Em caso de violações às determinações do Código de Ética, segundo os artigos 12 e 14 do mesmo, o profissional de educação física pode sofrer penalidades por parte das Comissões de Ética, das Juntas de Instrução e Julgamento, dos Tribunais Regionais de Ética e do Tribunal Superior de Ética do sistema CONFEF ou CREFs. As penalidades envolvem advertência, censura pública, suspensão do exercício da profissão e até mesmo o cancelamento do registro profissional juntamente com a publicidade do fato que originou a penalidade (CONFEF, 2015)¹⁴. O trabalho dos educadores físicos, em especial do *personal trainer*, envolve o risco de acidentes com seus alunos, em especial as lesões, que podem causar danos patrimoniais e extrapatrimoniais ao aluno, decorrentes de imprudência, imperícia ou negligência por parte do educador físico. Neste caso, o *personal trainer* deve ser responsabilizado, reparando os danos causados (OLIVEIRA, SILVA, 2005, p. 4; CONFEF, 2000).

A atividade do *personal trainer* geralmente está ligada à responsabilidade contratual, quando este se encarrega de cumprir o que foi pactuado com seus alunos, na elaboração, supervisão e acompanhamento das variadas modalidades de atividades físicas, visando os objetivos desejados e necessários a cada aluno. Quando se tratar de relação de natureza civil, se ele não cumprir com seu dever, pode responder pelos danos causados, conforme o artigo 475 do Código Civil¹⁵.

14 Art. 12 – O descumprimento do disposto neste Código constitui infração ética, ficando o infrator sujeito a uma das seguintes penalidades, a ser aplicada conforme a gravidade da infração: I – advertência escrita, com ou sem aplicação de multa; II – censura pública; III – suspensão do exercício da Profissão; IV - cancelamento do registro profissional e divulgação do fato. Art. 14 – As Comissões de Ética, as Juntas de Instrução e Julgamento, os Tribunais Regionais de Ética e o Tribunal Superior de Ética são órgãos do Sistema CONFEF/CREFs com suas áreas de abrangência e competências elencadas no Código Processual de Ética do Sistema CONFEF/CREFs.

15 Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Na maioria dos casos, a relação jurídica existente entre o *personal trainer* e o aluno beneficiário de seus serviços é de natureza consumerista, pois o serviço constitui atividade ofertada no mercado de consumo e tem por finalidade atender às suas necessidades (FILOMENO, 2018, p. 44), mediante remuneração (serviço)¹⁶, pelo profissional da educação física (fornecedor)¹⁷, a uma pessoa física na qualidade de destinatária final (consumidor)¹⁸. Assim, nos termos da legislação consumerista, tem-se as seguintes hipóteses que implicarão em diferentes resultados no que diz respeito à responsabilização deste profissional: a) o *personal trainer* atua como profissional liberal, ou seja, sem vinculação a nenhuma academia ou qualquer outra modalidade de atividade empresarial; b) o *personal trainer* é empregado ou simplesmente presta serviço em nome de uma academia ou entidade análoga.

Na primeira hipótese a responsabilidade será subjetiva, ou seja, a responsabilidade pessoal do *personal trainer* somente será apurada mediante a verificação de culpa *lato sensu* (artigo 14, §4º do CDC)¹⁹. Na segunda hipótese, contudo, a academia ou instituição análoga será responsabilizada objetivamente, isto é, independentemente da existência de culpa *lato sensu* (artigo 14, *caput*, CDC²⁰).

A responsabilidade civil do *personal trainer* também advém da disposição presente no artigo 186 do Código Civil²¹, pois os atos lesivos também são entendidos como atos ilícitos, que violam o direito de outrem, podendo causar prejuízos físicos ou psíquicos, inclusive com repercussões patrimoniais. Na qualidade de ilícito, quando ele for cometido no contexto de uma relação de consumo passará a ser tratado como prática abusiva, nos termos do artigo 39 do CDC (rol exemplificativo)²².

Em qualquer hipótese, independente da atividade ser ou não prestada no contexto de uma relação de consumo, é necessário todo cuidado por parte do treinador pessoal com a integridade física e psíquica do beneficiário, evitando acidentes (v.g., nos aparelhos de musculação com anilhas e pesos), bem como prezar pela saúde do aluno, não indicando o uso de substâncias que podem prejudicar sua saúde (v.g., anabolizantes) (ALMEIDA *et. al.*, 2007).

É possível assim perceber a responsabilidade envolvida no exercício da atividade profissional de educação física, que têm efeitos diretos sobre a saúde e bem estar dos beneficiários, que em caso de erro, má execução de determinado exercício ou utilização imprópria de equipamento, falta de acompanhamento ou orientação adequada, entre outros, pode acarretar em danos físicos temporários ou permanentes à saúde ou mesmo atentar contra a própria vida.

16 Art. 3º, §2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

17 Art. 3º, *caput*. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

18 Art. 2º, *caput*. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

19 Art. 14, §4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

20 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

21 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

22 Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...].

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PERSONAL TRAINER NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

O exame da jurisprudência atual contribui de maneira fundamental para o entendimento da maneira pela qual o tema da responsabilidade civil decorrente dos serviços prestados pelos educadores físicos está sendo trabalhada na prática, bem como a proteção que pode ser conferida aos que sofrem danos provenientes dessas atividades. Trata-se de um tema que raramente tem chegado aos Tribunais brasileiros. Nesse contexto de escassez, destacam-se as decisões que serão analisadas a seguir, que podem contribuir para o debate em razão da relação com o assunto.

Neste sentido, será analisado um caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, 2014), no qual, na petição inicial o autor afirmou que, por não ter sido auxiliado pelo treinador na prática do exercício denominado "supino reto", nem ter recebido socorro imediato do professor e proprietário da academia, não suportou o peso e a barra de ferro caiu sobre seu peito, causando danos à sua saúde. Além disso, afirmou que, após o acidente, o instrutor da academia o ofendeu, causando-lhe ainda mais constrangimento. Sustentando estarem demonstrados os danos sofridos o autor pediu sua compensação por meio de indenização por danos morais, bem como a aplicação da inversão do ônus da prova, baseado no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor²³.

Na sentença o julgador reconheceu que não cabia o pedido de indenização por danos morais realizado contra a academia, interposto pelo autor da ação, entendendo que era de sua responsabilidade o encargo probante (também não acatou a solicitação de inversão do ônus da prova). Ainda que, não tendo sido comprovada a ocorrência de um ilícito, baseado no artigo 186 do Código Civil, não havia fundamento para a reparação dos prejuízos morais alegados pelo autor, o que também foi aplicado à alegação quanto as ofensas verbais que o autor afirmou terem sido dirigidas ao mesmo pelo instrutor e proprietário da academia. Na sentença em primeira instância não foi reconhecida relação de consumo. Concluiu-se que o instrutor da academia não teria a obrigação de estar presente no momento exato do acidente por não ser um treinador exclusivo ou pessoal, e que ao autor da ação competia aguardar a disponibilidade deste, não podendo atribuir a ele a responsabilidade pelo dano sofrido.

Em sede de apelação foi mantida a decisão proferida na sentença, entendendo que houve culpa exclusiva do consumidor quando utilizou o equipamento de musculação com peso acima do que poderia suportar, sem esperar pela ajuda profissional do treinador, rompendo o nexo causal e afastando o dever de indenizar do prestador de serviços, baseado no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Apenas em segunda instância foi reconhecida a natureza consumerista da relação. Ainda assim, a inversão do ônus da prova foi considerada inviável, o pleito foi rejeitado e a sentença foi confirmada.

O caso citado não se refere diretamente ao trabalho do *personal trainer*, mas é importante analisar alguns aspectos que guardam ligações com o tema deste trabalho. Quando o julgador de primeira instância concluiu que o instrutor da academia não tinha o dever de

23 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

acompanhar de perto o autor da ação de maneira individual, ele faz referência ao trabalho do *personal trainer*, o que demonstra que no caso deste, ele haveria de ser responsabilizado por um dano equivalente, já que se trata de atividade de acompanhamento específico, direto e individualizado.

O *personal trainer* tem a atribuição e o dever de fazer a supervisão, acompanhamento e apoio de maneira adaptada às capacidades e limitações do beneficiário, e por isso no caso de acidentes, ele tem o dever de reparar os danos sofridos por aquele que estiver sob suas ordens e supervisão, como profissional e prestador de serviços em uma relação de consumo (ALMEIDA *et.al.*, 2007). Essa responsabilidade deve ser apurada subjetivamente, ou seja, torna-se imprescindível a comprovação da culpa *lato sensu* (negligência, imprudência ou imperícia).

Outro caso a ser observado foi julgado pela 1ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR, 2015). Na petição inicial, interposta no Juizado Especial da Comarca de Foz do Iguaçu, a autora afirmou que celebrou um contrato de prestação de serviços com o requerido, que trabalharia como seu treinador físico pessoal três vezes por semana, com a duração de uma hora por aula, pagando as mensalidades contratadas, mas este se negou a prestar os serviços, solicitando a autora que se retirasse de seu estabelecimento. A autora então ajuizou ação com pedido de indenização por danos morais, que foi julgada improcedente pela primeira instância.

Em sede de recurso a autora reafirmou a ocorrência de danos morais e o descumprimento contratual, requerendo a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC). O recorrido, em sua defesa, afirmou que o descumprimento contratual se deu por atrasos por parte da autora, o que, segundo a avaliação dos julgadores do recurso, não foi devidamente comprovado. O Tribunal reconheceu a configuração da relação jurídica de consumo, e ainda considerou que houve recusa e falha na prestação dos serviços acordados com o treinador físico, configurando a prática abusiva definida no artigo 39, inciso II do CDC²⁴, ou seja, a recusa no atendimento da demanda da consumidora, apesar de sua disponibilidade e do acordo ajustado, justificando a reparação por danos morais. Na Turma Recursal, por maioria de votos, os julgadores conheceram e deram provimento ao recurso, reformando a sentença inicial.

Em ambas as decisões analisadas a natureza consumerista da relação de prestação de serviço por parte do *personal trainer* ao aluno beneficiário foi reconhecida (em uma delas esse reconhecimento não ocorreu na primeira instância), o que atrai para a regulamentação da mesma, especialmente na seara da responsabilidade civil, além dos princípios e disposições gerais previstas no Código Civil, as disposições específicas instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor.

24 Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: II – recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

5 CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil é um dos aspectos mais relevantes no Direito Civil, por seu papel social na proteçāo de bens jurfdicos de cunho patrimonial e extrapatrimonial, contribuindo para a ordem e pacificaçāo social, possuindo fundamentaçāo especfdica na legislaçāo brasileira, tanto na Constituiçāo Federal (artigo 5º, incisos V e X) como na legislaçāo infraconstitucional, nos artigos 186, 187, 389 390 e 391 do Cfdigo Civil, e nos artigo 6º, inciso VI e 14 do Cfdigo de Defesa do Consumidor.

Trata-se de um dever jurfdico secundário que surge com o descumprimento de uma obrigaçāo primária que gera um dano. Sempre decorrente de um ato ilfdito ou de abuso de direito a responsabilidade civil pode ser decorrente de um contrato ou negfdio jurfdico entre as partes (contratual) ou instituída pela prfdpria legislaçāo (extracontratual ou aquiliana). Em regra, a responsabilidade civil pressupde a existdncia de uma conduta humana (comissiva ou omissiva), da culpa *lato sensu* (dolo ou culpa *stricto sensu*), de um dano e do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

A depende da necessidade ou nāo de comprovaçāo da culpa *lato sensu* do autor do nado, a responsabilidade civil pode ser classificada ainda em objetiva e subjetiva. A primeira é apurada independentemente da comprovaçāo da culpa *lato sensu*, ao passo que na segunda a referida culpa necessita ser demonstrada para que haja responsabilizaçāo.

A regulamentaçāo da atuaçāo profissional da educaçāo ffdica nas últimas dcdadas, com a Lei nº 9.696/98 e as determinaçōes do Conselho Federal de Educaçāo Ffdica (CONFEF) e dos Conselhos Regionais de Educaçāo Ffdica (CREFs), a exemplo da Resoluçāo nº 307/2015 do CONFEF (Cfdigo de Ética dos Profissionais de Educaçāo Ffdica), demonstram a preocupaçāo pelo exercfdio responsável por parte de educadores ffdicos, no sentido de serem preparados de maneira adequada, gerando resultados mais eficientes e diminuindo riscos decorrentes de má supervisāo ou execuçāo dos exercfdios ffdicos.

Para que se configure a necessidade de reparaçāo decorrente da responsabilidade civil, é preciso observar se a conduta envolvida se encaixa nos principais pressupostos da responsabilidade civil, que sāo: a conduta humana positiva ou negativa, a culpa em sentido amplo, o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo causado.

Em grande parte dos casos a atividade desenvolvida pelo *personal trainer* configura uma relaçāo jurfdica de consumo, pois verifica-se a presençā de todos os elementos que a constitui, sendo o educar ffdico (ou a academia) considerado fornecedor, quando presta seu serviçio no mercado mediante remuneraçāo, a uma pessoa ffdica que o recebe na qualidade de consumidora.

O profissional da educaçāo ffdica que exerce a funçāo de *personal trainer* pode atuar como profissional liberal, sem vinculaçāo a nenhuma academia, ou como empregado ou simplesmente prestador de serviçio em nome de uma academia. No primeiro caso ele será responsabilizado subjetivamente (mediante a verificaçāo de culpa *lato sensu*) nos termos do artigo 14, §4º do Cfdigo de Defesa do Consumidor. No segundo caso, a academia será responsabilizada objetivamente (independentemente da existdncia de dolo ou culpa *stricto sensu*), nos termos do artigo 14, *caput* do mesmo Cfdigo.

O exame da jurisprudência permitiu perceber que ainda há divergência entre julgadores no que diz respeito à configuração da relação jurídica de consumo na atividade de prestação de serviço do *personal trainer*, especialmente na qualidade de profissional liberal. Entretanto, superando essa discussão, é pacífico o entendimento acerca da sistemática de responsabilização do referido profissional a depender da forma pela qual ele desenvolve suas atividades, de maneira independente como profissional liberal ou vinculada a uma academia ou instituição análoga.

A compreensão acerca das maneiras pelas quais se caracteriza e se configura a responsabilidade civil do *personal trainer* contribui para a proteção e defesa dos consumidores, de maneira imediata, pela aplicação da legislação civil-consumerista com fundamento constitucional, e de maneira mediata, na busca pela manutenção da ordem e pacificação social.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Marco Antonio Bettine de; GUTIERREZ, Gustavo Luis Gutierrez. A regulamentação da profissão de Educação Física no Brasil: aspectos legais. *Revista EFDeportes*. Buenos Aires – Ano 12 nº 118 – março de 2008. Disponível em: <http://www.efdeportes.com/efd118/a-regulamentacao-da-pofissao-de-educacao-fisica-no-brasil-aspectos-legais.htm>. Acesso em: 19 set. 2018.
- ALMEIDA, Marco Antônio B. et. al. A responsabilidade civil do profissional de educação física: interpretação jurídica das ações profissionais à luz do direito positivo. *Revista EFDeportes*. Buenos Aires – Ano 11 – nº 106 – março de 2007. Disponível em: <http://www.efdeportes.com/efd106/a-responsabilidade-civil-do-profissional-de-educacao-fisica.htm>. Acesso em: 21 set. 2018.
- BISTENE, Mayra Elisa Barosi. *A responsabilidade civil do profissional de Educação Física*. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura em Educação Física). Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2009.
- BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. *Lei nº 8. 078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.
- BRASIL. *Lei Federal nº 9.696, de 1 de setembro de 1998*. Dispõe sobre a regulamentação da Profissão de Educação Física e cria os respectivos Conselho Federal e Conselhos Regionais de Educação Física.
- BRASIL. *Lei Federal no 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.
- CONFED – Conselho Federal de Educação Física. *Carta Brasileira de Educação Física*. Rio de Janeiro, 2000.
- CONFED. *Regulamentação da Educação Física no Brasil*. Disponível em: <http://www.confef.org.br/confef/conteudo/16>. Acesso em: 20 set. 2018.
- CONFED. *Resolução nº 45/2002*. Dispõe sobre o registro de não-graduados em Educação Física no Sistema CONFED/CREFs. Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2002.
- CONFED. *Resolução nº 46/2002*. Dispõe sobre a Intervenção do Profissional de Educação Física e respectivas competências e define os seus campos de atuação profissional. Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2002.
- CONFED. *Resolução nº 307/2015*. Dispõe sobre o Código de Ética dos Profissionais de Educação Física registrados no Sistema CONFED/CREFs. Rio de Janeiro, de 9 de novembro de 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 7.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FREIRE, Elisabete dos Santos; VERENGUER, Rita de Cássia G.; COSTA REIS, Marise Cisneiros. Educação Física: pensando a profissão e a preparação profissional. *Revista Mackenzie de Educação Física e Esporte*. 2002, 1(1):39-46.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa Educacional Anísio Teixeira (INEP). *Sinopses Estatísticas da Educação Superior – Graduação*. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopses-estatisticas-da-educacao-superior>. Acesso em: 21 set. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Do inadimplemento das Obrigações. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO GUERRA, Alexandre Dartanhan de; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015.

OLIVEIRA, Edson Eduardo Rodrigues de. *A importância da regulamentação da profissão de educação física para uma categoria profissional: O caso de Minas Gerais. Dissertação (Mestrado em gestão Esportiva). Faculdade de Desporto da Universidade do Porto. Porto, 2017.*

OLIVEIRA, Aurélio Luiz de; Silva, Marcelo Pereira da. *O profissional de educação física e a responsabilidade legal que o cerca: Fundamentos para uma discussão*. Artigo científico - IX Simpósio Internacional de Processo Civilizador - Ponta Grossa/PR, 2005.

OLIVEIRA, Juliana Andrade Padilha de. *Responsabilidade civil do profissional de educação física*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Educação Física). Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

PARANÁ, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO (TJPR). *Recurso Inominado*: RI 001710003201381600301 PR 001700-03.2013.8.16.0030/1 (Acórdão). Recorrente: Tânia Marta Moreira de Abreu. Recorrido: Cleverson Acordi. Relator: Leo Henrique Furtado Araújo. Curitiba, 3 de dezembro de 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. De Acordo com a Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PEREIRA, C. M. *Instituições de Direito Civil*. Educação Física. Forense, 1976. v. III

SANTA CATARINA, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE (TJSC). *Apelação Cível*: AC 20140216912 SC 2014.021691-2 (Acórdão). Apelante: Carlos Alberto Emke. Apelado: Academia de Ginástica Viva a Vida. Relator: Trindade dos Santos. Florianópolis, 25 de junho de 2014.

SILVA, Carlos Alberto Figueiredo. *Educação Física e registro profissional*. Motriz, Rio Claro, v. 18 n. 3, p.615-626, jul./set. 2012.

SOUSA NETO, S. et. al. A formação do profissional de Educação Física no Brasil: uma história sob a perspectiva da legislação federal no século XX. *Rev. Bras. Cienc. Esporte*, Campinas, v. 25, n. 2, p. 113-128, jan. 2004.

TARTUCE, Flavio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Recebido/Received: 07.02.2020.

Aprovado/Approved: 21.05.2020.

PRECEDENTES: ENTRE NUVENS E RELÓGIOS

PRECEDENTS: BETWEEN CLOUDS AND CLOCKS

LUÍS GUSTAVO REIS MUNDIM¹

RESUMO

O presente artigo objetiva testar a hipótese de que os precedentes, na perspectiva da teoria da processualidade democrática e do racionalismo crítico, devem ser compreendidos como instituto-jurídico processual. Nesse sentido, verificou-se que os precedentes não podem se equiparar ao manicômio jurisprudencial e aos precedentes obrigatórios, os quais foram comparados ao esquema de nuvens e relógios estudado por Karl Popper, já que ambos sistemas possuem fragilidades e aporias. O procedimento metodológico utilizado foi o jurídico-teórico, já que se analisou criticamente as noções do racionalismo crítico, dos precedentes e da processualidade democrática. Foi possível demonstrar que, no Estado Democrático de Direito, a construção e aplicação dos precedentes deve se dar em espaço processual dialógico-argumentativo a partir dos princípios constitucionais do processo, a fim de concluir que os precedentes devem ser passíveis de revisão, interpretação, discussão e fiscalização por qualquer do povo.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. Processualidade democrática. Nuvens. Relógios. Racionalismo crítico.

ABSTRACT

The present article aims to test the hypothesis that the precedents, from the perspective of the theory of democratic proceduralism and critical rationalism, must be understood as a procedural legal institute. In this sense, it was found that the precedents cannot match the jurisprudential asylum and the obligatory precedents, which were compared to the cloud and clock scheme studied by Karl Popper, since both systems have weaknesses and aporias. The methodological procedure used was the legal-theoretical, since the notions of critical rationalism, precedents and democratic proceduralism were critically analyzed. It was possible to demonstrate that, in the Democratic Rule of Law, the construction and application of the precedents must take place in a dialogic-argumentative procedural space based on the constitutional principles of the process, in order to conclude that the precedents should be subject to revision, interpretation, discussion and supervision by any of the people.

KEYWORDS: Precedents. Democratic proceduralism. Clouds. Clocks. Critical rationalism.

¹ Mestre e especialista em Direito Processual pela PUC/MG. Pós-graduando em Gestão com ênfase em negócios pela Fundação Dom Cabral. Professor e advogado. luis.mundim@reismundim.adv.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. *Precedentes: entre nuvens e relógios*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 95-115, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7759>.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como temática a análise do esquema estudado por Karl Popper acerca das nuvens e dos relógios em comparação à teoria dos precedentes, a qual deve ser balizada e construída na perspectiva da teoria da processualidade democrática.

Nesta perspectiva, examinou-se na primeira parte do trabalho o esquema das nuvens de Karl Popper, as quais representam um sistema imprevisível e caótico. Realizou-se, então, um comparativo com o denominado manicômio jurisprudencial, o qual representa a mesma instabilidade das nuvens, já que possui decisões conflitantes, antagônicas, imprevisíveis e violadoras do devido processo.

Na segunda parte, analisou-se uma comparação entre o esquema dos relógios traçados por Popper, que representam um sistema totalmente previsível, estável e seguro, com o modelo dos precedentes obrigatórios – encampado pelo CPC/2015 e principalmente por Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni -, os quais buscam na interpretação dos tribunais superiores a previsibilidade por meio da aplicação de precedentes (prospectivos) aptos à prever as condutas a serem tomadas pelo judiciário e pela sociedade.

A terceira parte realizou críticas à perspectiva do manicômio jurisprudencial (nuvens) e dos precedentes obrigatórios (relógios) já que ambos sistemas violam direitos e garantias fundamentais, pois impedem que a construção das decisões se dê em observância aos princípios constitucionais do processo e geram um fechamento argumentativo a todos sujeitos processuais. Nesse sentido, demonstrou-se que os precedentes obrigatórios, além de extremamente paradoxais, impedem que o povo fiscalize a construção e aplicação de tais pronunciamentos, os quais são elevados a *status* de dogmas.

Ao final, na quarta parte, apresentou-se o racionalismo crítico de Karl Popper e a teoria da processualidade democrática (neoinstitucionalista) de Rosemiro Pereira Leal, como marcos teóricos para a conjectura de uma teoria *processual e democrática* dos precedentes. Assim, conclui-se que os precedentes não podem ser nuvens nem relógios, mas, sim, instituto jurídico-processual, a fim de que todos sujeitos processuais possam participar e fiscalizar a sua formação e aplicação.

A metodologia adotada no trabalho é a jurídico-teórica, uma vez que se pretende demonstrar e criticar o aspecto dogmático dado pela doutrina tradicional aos precedentes no Código de Processo Civil de 2015. A investigação será jurídico-interpretativa, por meio do procedimento analítico para decomposição do objeto de pesquisa em seus vários aspectos.

1 DAS NUVENS: O MANICÔMIO JURISPRUDENCIAL

Karl Raimund Popper, em sua obra "Conhecimento Objetivo", ao apresentar suas conjecturas acerca do racionalismo crítico, realiza uma análise acerca das nuvens e dos relógios, a fim de ilustrar os problemas das correntes do indeterminismo² e do determinismo³.

Em relação às nuvens, Popper discorre que "minhas nuvens pretendem representar sistemas físicos que, como gases, são altamente irregulares, desordenados e mais ou menos imprevisíveis". (POPPER, 1999, p. 194). Ou seja, as nuvens seriam de "difícil precisão" (POPPER, 1999, p. 194) já que representariam uma enorme instabilidade e imprevisibilidade.

Karl Popper irá relacionar as nuvens, então, ao indeterminismo físico que consiste em ser "a doutrina de que *nem todos* os eventos do mundo físico são predeterminados com precisão absoluta, em todos os seus infinitesimais detalhes". (POPPER, 1999, p. 203).

Nesse sentido, leciona Tereza Calvet:

Esta metáfora de nuvens e relógios permite a Popper caracterizar sistemas deterministas e indeterministas: uma nuvem é comumente considerada como altamente imprevisível e certamente indeterminada – as nuvens representariam então sistemas físicos altamente irregulares, desordenados e mais ou menos imprevisíveis. (CALVET, 1997, p. 02).

Se transpassarmos a análise que Popper faz acerca das nuvens para a ciência do direito processual, especificamente à questão dos precedentes⁴, pode se perceber que as nuvens podem ser equiparadas ao denominado *manicômio jurisprudencial*.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias leciona que o manicômio jurisprudencial deriva da violação ao devido processo constitucional, no momento em que os julgadores passam a decidir com base em critérios subjetivos, por meio da escolha daqueles "pontos que seus entendidos dotes intelectualmente superiores ou sua mente prodigiosa entendam sejam apreciáveis como se os órgãos estatais julgadores possuíssem uma espécie de privilégio seletivo da cognição". (BRÊTAS, 2018, p. 192).

Do mesmo modo, o autor pontua, ainda, o desconhecimento dos tribunais acerca dos entendimentos dos tribunais superiores, bem como a ausência de debate entre os julgadores acerca de seus votos, em colegiado. Além disso, expõe a existência de decisões com apresentação de fundamentação alheia ao princípio da legalidade, o que gera consequências desastrosas à estabilidade e ao Estado Democrático de Direito. (BRÊTAS, 2018).

Assim, Brêtas menciona que o manicômio jurisprudencial acaba por revelar "pronunciamentos jurisdicionais mais estapafúrdios, porque seus conteúdos decisórios hostilizam por completo a configuração principiológica do Estado Democrático de Direito e a garantia fundamental do devido processo constitucional". (BRÊTAS, 2018, p. 194).

2 Segundo Nicola Abbagnano, o indeterminismo "nega o determinismo dos motivos, ou seja, a determinação da vontade humana por parte dos motivos". (ABBAGNANO, 2012, p. 636).

3 Nicola Abbagnano esclarece que o determinismo é uma "doutrina que reconhece a *universalidade* do princípio casual e portanto admite também a determinação necessária das ações humanas a partir de seus motivos", assim, o determinismo designa "o reconhecimento e o alcance universal da necessidade causal, que constitui uma ordem racional, mas não finalista, e portanto não se presta a ser designada pelo velho nome de *destino*". (ABBAGNANO, 2012, p. 287).

4 No presente trabalho não será realizado um estudo acerca de uma eventual correlação entre as correntes do determinismo e indeterminismo com o estudo dos precedentes, o que demandaria uma outra pesquisa acerca de tal temática. No entanto, a menção a tais correntes é importante, a fim de se compreender a alusão entre as nuvens e relógios realizada por Karl Popper.

Alexandre Bahia e Dierle Nunes lecionam que referido manicômio jurisprudencial é decorrente de uma anarquia interpretativa e do denominado marco zero interpretativo:

No entanto, em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) devam possuir liberdade decisória cria-se um quadro de 'anarquia interpretativa' na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do tribunal julgam a partir de um 'marco zero' interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes. (BAHIA; NUNES, 2010, p. 91)

O manicômio jurisprudencial consiste no fato de que juízes e tribunais decidem determinada lide de forma totalmente distinta do que já haviam decidido em lides semelhantes, como se nunca houvessem proferido decisões sobre a temática, conforme seu livre convencimento.

Desta feita, torna-se possível afirmar que o manicômio jurisprudencial se assemelha ao esquema traçado por Popper em relação às nuvens, já que apresenta imprevisibilidade, instabilidade e incoerência decisórias.

A existência do manicômio jurisprudencial – que inclusive ainda se faz presente na atual conjuntura do judiciário brasileiro –, fez com que houvesse uma tendência de *padronização decisória* desde inúmeras reformas realizadas no CPC/73, o que influenciou diretamente na elaboração do CPC/2015 com base no combate à tal loteria jurisprudencial⁵, a partir da incorporação de *precedentes* advindos do *common law*.

Nessa esteira, ao analisar a elaboração do CPC/15, Alexandre Rocha (2018) aponta que os juristas que compunham a Comissão do Anteprojeto detectaram violação à duração razoável do procedimento e à celeridade, à segurança jurídica e à isonomia, em razão da imprevisibilidade gerada pelas decisões conflitantes e alheias ao ordenamento jurídico.

Assim, com a assunção do CPC/2015 com objetivo de combater a *nuvem jurisprudencial*, diversas técnicas e posicionamentos foram incorporados, a fim de que aos precedentes fosse conferida *força vinculante* e, via de consequência, passassem de nuvens para relógios, conforme se verá a seguir.

2 DOS RELÓGIOS: OS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Além da análise das nuvens, Popper também preconiza em seu esquema os relógios. Segundo Karl Popper, enquanto as nuvens representam a imprevisibilidade e instabilidade, o relógio, o qual o autor representa por um relógio de pêndulo, é "muito digno de confiança, um relógio de precisão, com o intento de representar sistemas físicos que são regulares, ordeiros e de comportamento altamente previsível". (POPPER, 1999, p. 194).

5 "Em nome da segurança jurídica e da efetividade, na Exposição de Motivos do CPC/2015, é revelada a profunda preocupação com a indesejada fragmentação do sistema, algo que poderia ocorrer em decorrência da oscilação jurisprudencial. Nesse contexto, os tribunais superiores assumem a função de moldar o ordenamento jurídico por meio de suas decisões. No entanto, além dos objetivos anteriormente citados, espera-se que a uniformização e estabilização jurisprudencial, dadas não apenas pelos tribunais superiores, mas também pelos tribunais de segunda instância, sejam capazes de reduzir a sobrecarga de processos no judiciário". (VIANA; NUNES, 2018, p. 201).

Nessa esteira, “falamos de ‘exatidão de relógio’ quando queremos descrever um fenômeno altamente regular e previsível”. (POPPER, 1999, p. 194). Assim, Tereza Calvet leciona que, ao contrário das nuvens, “um relógio é altamente previsível e um bom relógio, por exemplo, um relógio de pêndulo, pode ser considerado como um paradigma de um sistema físico mecânico e determinista”. (CALVET, 1997, p. 02).

A figura dos relógios estaria ligada ao determinismo físico, conforme leciona Karl Popper:

Um mecanismo de relógio determinista físico é, acima de tudo, completamente auto-suficiente: no perfeito mundo físico determinista simplesmente não há lugar para qualquer intervenção de fora. Tudo que acontece em tal mundo é fisicamente predeterminado, incluindo todos os nossos movimentos e, portanto, todas as nossas ações. Assim, todos os nossos pensamentos, sentimentos e esforços podem não ter influência prática sobre o que acontece no mundo físico: são, se não meras ilusões, no máximo subprodutos (‘epifenômenos’) de eventos físicos. (POPPER, 1999, p. 201).

A comparação que se pode fazer com o direito processual acerca da análise de Popper sobre os relógios, está diretamente ligada aos precedentes obrigatórios e à noção de previsibilidade suplicada pelos autores que defendem a padronização decisória por meio dos entendimentos dos tribunais pátrios, o que se faz presente no CPC/2015.

Dentro dessa perspectiva, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni são protagonistas na defesa de que os Tribunais Superiores devam atuar como Cortes Supremas para a formação de precedentes obrigatórios, que irão moldar, ordenar e trazer previsibilidade ao ordenamento jurídico e à conduta dos cidadãos-jurisdicionados.

Para apresentar tal modelo, Daniel Mitidiero defende a perspectiva das Cortes Supremas, cujo objetivo seria o de orientar a aplicação do Direito a partir da “*justa interpretação da ordem jurídica*”, sendo o caso concreto apenas um pretexto para que essa possa formar precedentes”. (MITIDIERO, 2014, p. 55). O caso concreto seria, então, apenas um mecanismo para a Corte Suprema criar um precedente para vincular a sociedade e o judiciário, e se tornar fonte do direito. (MITIDIERO, 2014).

Em sua obra “Precedentes: da persuasão à vinculação”, Daniel Mitidiero argumenta que a interpretação não é pura declaração, tampouco pura criação, mas, sim, “uma *reconstrução do sentido normativo*, com o que não se trata nem de uma declaração de uma norma preexistente e nem de uma criação *ex nihilo*”. As normas teriam características dúbias, ambíguas, lacunosas, motivo pelo qual deve-se reconhecer “o caráter mitológico do cognitivismo interpretativo e no reconhecimento da dupla indeterminação do direito”. (MITIDIERO, 2016, p. 77).

Para enfrentar a mera declaração de norma jurídica preexistente, as Cortes Supremas se tornam fator de viabilidade da outorga de interpretação prospectiva e de unidade ao direito, motivo pelo qual a figura do precedente vinculante surge como solução a essa problemática da indeterminação do direito. Mitidiero irá argumentar, então, que tal função de Cortes Supremas, únicas capazes de criar precedentes obrigatórios, seria exercida pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, com a responsabilidade de evitar a dispersão do sistema jurídico e guiar a interpretação de juízes. (MITIDIERO, 2016).

Para Mitidiero, a autoridade do precedente passaria a estar no sentido dado ao direito pelo STF e STJ, ou seja, “a *autoridade do precedente é a própria autoridade do direito interpretado e a autoridade de quem o interpreta*”. (MITIDIERO, 2016, p. 77).

Nas palavras do autor:

A compreensão da teoria da interpretação em uma perspectiva lógico-argumentativa retira o foco exclusivamente da lei e coloca-o também no precedente, de modo que a *liberdade* e a *igualdade* a partir daí devem ser pensadas também diante do *produto da interpretação* e a *segurança jurídica* diante de um quadro que englobe tanto a *atividade interpretativa* como o seu *resultado*. Dessa forma, o *precedente*, sendo *fruto da reconstrução do sentido da legislação*, passa a ser o *derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional*. Nessa linha, o precedente judicial constitui fonte primária do Direito, cuja eficácia vinculante não decorre nem *costume judicial* e da *doutrina*, nem da *bondade* e da *congruência social* das razões invocadas e nem de uma *norma constitucional ou legal* que assim o determine, mas da *força institucionalizante* da interpretação jurisdicional, isto é, da *força institucional da jurisdição* como função básica do Estado. (MITIDIERO, 2016, p. 99).

Em harmonia às propostas de Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni defende os precedentes obrigatórios:

A decisão da Corte Suprema, ao expressar o sentido do direito, passa a orientar a vida social e a guiar as decisões dos juízes e tribunais de apelação. Se as Cortes Supremas têm a função de desenvolver o direito ao lado do legislativo, as suas decisões devem ganhar a autoridade que lhes permita corresponder ao significado que possuem na ordem jurídica. É precisamente aí que as decisões das Cortes Supremas assumem a qualidade de precedentes. (MARINONI, 2016, p. 65).

Nessa esteira, para o autor, quando a Corte Suprema passa a atribuir sentido à lei e ao direito, já que possui a crença na dissociação entre texto e norma, permite-se a outorga de unidade ao direito pela via do precedente. Assim, a interpretação e o sentido dado à lei pelo precedente seriam a função da Corte Suprema, a fim de que seja possível conferir unidade ao direito. Logo, para Marinoni, o precedente passa a ser instrumento para a elaboração do significado da norma. (MARINONI, 2016).

Assim, Marinoni defende que as Cortes Supremas devam dar completude à atividade legislativa:

Como não resta mais qualquer dúvida de que o intérprete pode, a partir de atividades-interpretação legítimas e razoáveis, retirar mais de uma norma de um só texto legal, surge por mera consequência lógica a necessidade de conferir às Cortes de vértice a função de definir o significado atribuível à lei, sem a qual, aliás, a atividade do legislador jamais ganharia completude. Essa função, como é fácil perceber, guarda relação com a necessidade de se ter uma ordem jurídica coerente e com o respeito aos espaços de liberdade, à distribuição igualitária do direito e à segurança jurídica. É que o direito mudou de lugar; abandonou o texto legal – em que, na verdade, nunca se acomodou plenamente – e passou a ocupar o lugar das decisões das Cortes Supremas. Assim, essas, por mera consequência lógica, passaram a representar os critérios de orientação da sociedade e de solução dos casos conflitivos, dando origem ao que se chama precedente. (MARINONI, 2016, p. 94).

A perspectiva de Mitidiero e Marinoni se assemelha bastante à figura dos relógios, pois referidos autores defendem que os entendimentos do STJ e STF, por meio dos precedentes

obrigatórios, são de uma previsibilidade tamanha que irão moldar e prever todas as condutas possíveis, o que traria completude e estabilidade *ad aeternum* ao ordenamento jurídico.⁶

Nesse sentido, Gabriela Oliveira Freitas sintetiza bem a perspectiva dogmática dos precedentes obrigatórios:

Pode-se notar a intenção de estender o âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, fazendo com que o Judiciário, no menor número de vezes possível, tenha que se aprofundar na análise de questões similares, tornando-se mais eficiente quantitativamente por meio do estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes, sob o argumento de preservação da isonomia, da celeridade procedimental, da estabilidade e da previsibilidade dos provimentos jurisdicionais. (FREITAS, G., 2019b, p. 156-157).

A partir dessa tendência de padronização decisória por meio de precedentes, o CPC/2015 traz em seu texto diversos mecanismos de formação de julgamentos vinculantes, a exemplo de súmulas, recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência.⁷

Além disso, o artigo 926 do CPC/2015 foi introduzido por influência de Lenio Streck que, adepto à teoria da integridade de Dworkin, delineou tal proposição. Dispõe o artigo 926 que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência, além de mantê-la estável, coerente e íntegra.⁸

Outro dispositivo importante para os precedentes no CPC/2015 é o artigo 927, que dispõe sobre a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.⁹

O CPC/2015 traz, também, diversas técnicas (ideológicas) de aplicação de precedentes e padrões decisórios na tentativa de imprimir maior celeridade, eficiência e previsibilidade, quais sejam, a tutela de evidência (art. 311), a improcedência liminar dos pedidos (art. 332), o julgamento monocrático dos recursos (art. 932, incisos IV e VI), a possibilidade de cumprimento provisório de sentença baseada em precedentes (art 521, inciso IV), bem como a previsão de inadmissão de recursos especial e extraordinário com base em julgamentos

6 Essa leitura pode ser extraída, por exemplo, quando Mitidiero defende que STF e STJ "devem *dar unidade ao direito* a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes que compõem o sistema encarregado de distribuir justiça *a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico*." (MITIDIERO, 2016, p.93). Do mesmo modo, apesar de Mitidiero não ser expresso quanto à estabilidade *ad aeternum*, essa conclusão pode ser inferida no momento em que defende a ampliação do rol dos artigos 311, 332, 927, 932 e 1.030 para abarcar qualquer espécie de precedente advindo dos Tribunais Superiores, o que ocasiona o engessamento do Direito por inadmissão de recursos. (MITIDIERO, 2016, p.104-115).

7 A análise da formação dos precedentes pelas referidas técnicas foge ao escopo do presente artigo, motivo pelo qual sugerimos conferir as obras dos autores Alexandre Rocha (2018), Ana Paula Pereira da Silva Diniz (2016) Victor Barbosa Dutra (2018) e Gabriela Oliveira Freitas (2019a, p.39-59), os quais fazem uma análise mais detalhada.

8 Luís Gustavo Reis Mundim realiza uma análise dos elementos presentes no referido artigo, o que fugiria do objetivo do presente trabalho. Para tanto, conferir MUNDIM, 2018, p. 156-166.

9 O artigo 927 tem levantado diversas discussões em torno de sua constitucionalidade e acerca do modo de como se dará a vinculação, motivo pelo qual diversos posicionamentos tem sido adotados pela doutrina. (MUNDIM, 2018, p. 156-166).

repetitivos (art. 1030, inciso I) e a impossibilidade de cabimento de agravo aos tribunais superiores para “destrancamento” dos recursos especial e extraordinários (art. 1042).¹⁰

Percebe-se, então, que assim como os relógios, os precedentes obrigatórios permitiriam uma autossuficiência em razão de predeterminar as decisões e prever o que será aplicado no futuro, sob os fundamentos de segurança jurídica e isonomia. Vê-se, nesse sentido, que a defesa dos precedentes obrigatórios acaba por preconizar precedentes prospectivos, sempre voltados à aplicação futura dos entendimentos jurisprudenciais.

Nesse sentido, explicita Gustavo de Castro Faria:

Todo o fascínio desmensurado pela aplicação de um sistema de precedentes em nosso direito, ao que parece, encontra grande respaldo nas teorias que atribuem aos métodos padronizados de julgamento um maior respeito à garantia da isonomia e à segurança jurídica, uma vez que a garantia de respeito à palavra dos tribunais (*stare decisis*) permitiria ao cidadão antever a carga de (i)licitude de que será dotado seu comportamento, tornando previsível a solução de futuros litígios e evitando ‘surpresas’ no momento dos julgamentos. (FARIA, 2012, p. 88).

Entretanto, conforme se verá no próximo tópico, tanto a perspectiva do manicômio jurisprudencial (nuvens) quanto a dos precedentes obrigatórios (relógios) são prejudiciais ao Estado de Direito Democrático, posto que ainda permitem o protagonismo dos julgadores na dicção do sentido normativo e são incompatíveis com a processualidade democrática.

3 DAS CRÍTICAS ÀS NUVENS E AOS RELÓGIOS: DOS PERIGOS DO MANICÔMIO JURISPRUDENCIAL E DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

O manicômio jurisprudencial (nuvens jurisprudenciais) traz diversos embaraços à construção do Estado de Direito Democrático, em perspectiva não dogmática¹¹. Isso porque, as *nuvens jurisprudenciais* fomentam o livre convencimento motivado dos julgadores que irão decidir o direito conforme sua consciência, interesses e senso de justiça.

Além disso, esse posicionamento reforça o solipsismo dos julgadores e gera diversas interpretações acerca das mesmas normas. Efetivamente, o caos jurisprudencial com decisões conflitantes, sem fundamentação e sem observância ao contraditório, à ampla defesa e isonomia geram uma imprevisibilidade que perpetua em enorme divergência de entendimentos.

Esse alerta é feito por Maurício Ramires de que “o âmago do problema da arbitrariedade judicial na invocação de precedentes, portanto, está na combinação destes dois fatores: a

10 Para uma análise pormenorizada das referidas técnicas rituais de aplicação de precedentes, conferir os trabalhos de Aurélio Viana e Dierle Nunes (2018, p. 261-277), Carlos Henrique Soares (2017), Francisco Rabelo Dourado de Andrade (2017), Luís Gustavo Reis Mundim (2018, p. 202-214) e Vinicius Lott Thibau (2019).

11 Rosemiro Pereira Leal (2017b) cunhou a expressão Estado Dogmático para designar uma perspectiva estatal autocrática que, baseada na ciência dogmática do direito, ignora por completo a implementação de democracia por meio da processualidade. Assim, o Estado Dogmático seria antagônico ao Estado de Direito Democrático. Sobre tal perspectiva, conferir, também, as obras de André Del Negri (2018) e de Luís Gustavo Reis Mundim (2018, p. 29-40).

elevação do julgado ao *status* de lei geral e a existência de precedentes antagônicos, adaptáveis a todas as 'necessidades'". (RAMIRES, 2010, p. 45).

Há que se pontuar, aqui, que não se defende uma padronização decisória irrefletida a partir dos precedentes obrigatórios, conforme se verá a seguir, pois o dissenso jurisprudencial é importante para a formação de decisões que abarquem diversos argumentos e teorias para uma rivalização adequada à formação da decisão final.¹² O que criticamos é que essa divergência não pode se alinhar à uma anarquia interpretativa que fomente a arbitrariedade dos julgadores e a violação de direitos e garantias fundamentais assegurados desde o plano instituinte da normatividade.

Por sua vez, no que toca aos precedentes obrigatórios (precedentes-relógios), diversas são as críticas a serem realizadas.

A primeira delas diz respeito ao fato de que a defesa de que os Tribunais Superiores devam atuar como Cortes Supremas e criar precedentes a partir de qualquer decisão apenas amplia a discricionariedade judicial e a violação ao princípio da legalidade, já que os precedentes tornar-se-iam mais importantes, inclusive, do que a própria lei.

Nesse sentido, é o que crítica Lenio Luiz Streck:

A tentativa de outorgar eficácia vinculante às decisões dos Tribunais Superiores, a quem caberia a *função de interpretar* e estabelecer o sentido dos textos normativos, ficando os demais juízes e tribunais obrigados a seguir (independentemente do seu conteúdo) os supostos 'precedentes', na medida em que sua função se resumiria à de 'aplicá-los', mesmo que desconformes à própria lei e à Constituição, *padece de uma indiscutível inconstitucionalidade*. Estaria o novo Código de Processo Civil e, quiçá, a própria doutrina processual modificando competências jurisdicionais dos Tribunais, o que somente pode ser feito por emenda à Constituição?

Ademais, dá-se mais relevância à 'violação' do precedente – que eventualmente poderia estar errado, sem que, com isso, viesse a perder sua força vinculante – do que à lei. Dito de outro modo, mais vale um precedente 'obrigatório' que a própria lei! (STRECK, 2018, p. 44-45).

O que se percebe é a geração de um "fechamento argumentativo tamanho que proporcione uma *violência normativa* dismanteladora das garantias processuais e que acabam por gerar uma *jurisprudencialização do direito*" (MUNDIM; VARELA, 2019, p. 310), já que aos demais sujeitos processuais é defeso realizar a interpretação do direito em razão da palavra final pertencer aos tribunais superiores, bem como impossibilitar eventual distinção ou superação¹³ do padrão decisório.

Esse fechamento argumentativo também é criticado por Luís Gustavo Reis Mundim:

12 Em sentido semelhante, Gustavo de Castro Faria leciona que "conceitos como a segurança jurídica e a isonomia – base do processo de *standardização* da interpretação do direito – são explicados no contexto de uma prestação jurisdicional pautada no ideal de previsibilidade e estabilidade, rotulando-se como indesejável e contraproducente a discordância entre os tribunais sobre como decidir uma mesma questão". (FARIA, 2012, p. 50).

13 O sistema de precedentes previsto no CPC/2015, principalmente após a reforma realizada pela Lei nº 13.256/2016, que retornou com o juízo de admissibilidade duplo dos recursos especial e extraordinário, acabou por praticamente impedir a distinção e superação de precedentes. (MUNDIM, 2018, p.147-156). Nesse sentido, importante o questionamento de Lenio Luiz Streck: "Uma pergunta simples: Será que depois de assentada a 'autoridade' do precedente será possível fazer chegar até à Corte de Precedentes? Não podemos esquecer que, ao lado da doutrina de teses e precedentes, vem junto um rígido sistema de filtros recursais, a impedir que as Cortes de Precedentes sejam sujeitas ao constrangimento epistemológico de corrigirem os seus próprios erros". (STRECK, 2018, p. 75).

Isso porque, a defesa dos Tribunais Superiores, STF e STJ, como Cortes Supremas, é apostar as cartas em uma jurisdição salvífica solipsista, voltada ao sincretismo das violências fundadoras e conservadoras do direito (Estado-Segurança-Exceção), que impõem suas decisões autoritariamente em um *edifício de ponta-cabeça*.

A busca por um fundamento soberano e único pelas Cortes Supremas gera um fechamento argumentativo que ignora por completo as premissas de igualdade interpretativa (hermenêutica isomênica) que devem haver entre Cidadão e Estado na democracia, pois coloca este último em uma posição de vantagem que reduz qualquer possibilidade de exercício de crítica científica pelo *medium* do devido processo.

Ora, esse discurso autoritário por uma *crença* irredutível nos fundamentos místicos (e míticos) da autoridade das Cortes Supremas e da autoridade do próprio precedente, acaba por camuflar e gerar um enorme vácuo normativo (espaço nu - desprocessualizado) reinado pela *razão jurisprudencial* que impede qualquer discursividade das partes na construção dos provimentos vinculantes. (MUNDIM, 2018, p. 187).

A perspectiva dos precedentes obrigatórios, encampada pela defesa das Cortes Supremas, além de extremamente paradoxal¹⁴, também se alinha à perspectiva bülowiana de processo, eis que "confia-se no sentimento e na consciência dos tribunais superiores, como se os seus julgadores fossem receptores e captadores dos valores e anseios sociais, com qualificação para saber o que é melhor ou pior para o povo". (MUNDIM; VARELA, 2019, p. 309).

Nesse sentido, Guilherme César Pinheiro traça importante crítica à perspectiva de que os precedentes obrigatórios seriam infalíveis e a interpretação dada pelos tribunais (inferiores e superiores) seria a mais perfeita e correta possível:

Acrescenta-se a isso tudo, o fato de que uma decisão (do Supremo ou de qualquer outro tribunal) não é capaz de resolver 'os problemas ínsitos' à interpretação jurídica, mesmo que seja correta do ponto de vista constitucional.

[...]

Em outras palavras, haverá sempre a necessidade de interpretação, quer de decisões, quer de textos legislativos. Aliás, muitas das vezes, é indispensável o dispêndio de árduo esforço argumentativo por parte dos sujeitos processuais, com o fito de se chegar a uma resposta constitucionalmente adequada ao problema posto pela demanda judicial. (PINHEIRO, 2016, p. 176).

O que se percebe é que a perfeição almejada pelos autores *precedentalistas* impede que ocorra a interpretação do próprio precedente¹⁵, o que permite a atuação dos tribunais "em um

14 Aqui, pode-se mencionar que o modelo das Cortes Supremas de Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni é permeada por aporias que não são respondidas pelos autores e refletem o paradoxo de Bülow alçado ao plano dos precedentes (MUNDIM, 2018, p.177-192; MUNDIM;VARELA, 2019), o paradoxo dos precedentes obrigatórios (VIANA; NUNES, 2018, p.251-261) e uma relação paradoxal com a eficiência na prestação jurisdicional, com a razoável duração dos procedimentos, com a segurança jurídica e com o devido processo (SOARES, 2017).

15 Importante a crítica realizada por Gabriela Oliveira Freitas: "Ademais, ao se transferir para os Tribunais a possibilidade de uma interpretação legítima do direito, faz-se com que se estabeleça a dominação por meio da manipulação dos sentidos. Isso porque, adotado determinado entendimento pelos Tribunais, mediante a utilização de mecanismos de criação de precedentes judiciais, este deve ser obrigatoriamente aplicado nos casos futuros, sem possibilidade de se interrogar sua validade ou legitimidade democrática. Reforça-se, portanto, a possibilidade de manipulação dos sentidos pelo julgador, o qual, tem a autorização (legal, tradicional e/ou carismática) para instituir dogmas inquestionáveis. E tal prática não pode ser admitida no Estado Democrático de Direito, uma vez que este se pretende "não dogmático". (FREITAS, G. 2019b, p. 159).

espaço nu (desprocessualizado) típico do Estado de Exceção”, já que o “estabelecimento de um sentido para uma lei ou norma de modo solipsista faz com que as Cortes Supremas estejam ao mesmo tempo dentro e fora da normatividade, com contínua interdição e suspensão da legalidade”. (MUNDIM, 2019, p. 328).

Vale dizer, conforme explicitam Francisco José Borges Motta e Maurício Ramires, “o sentido de um precedente *não se esgota com o sentido que lhe imprimiu o julgador que o decidiu*”, já que ainda é possível a realização de distinções e superações daquele julgado. (MOTTA; RAMIRES, 2016, p.106).

Outra crítica relevante é a de que a própria função constitucional dos tribunais superiores é desvirtuada pela formação de precedentes obrigatórios. Isso porque, no Brasil, inexistem Cortes Supremas, mas, sim, tribunais recursais, conforme expõe Rosemiro Pereira Leal:

Do exposto e em se ressaltando que o Brasil não tem ‘Supremas Cortes’, mas *tribunais recursais*, uma vez que nossos STF e STJ não podem, em paradigma de Estado Democrático (Estado não Dogmático), atuar pela judicialização da política na qualidade de guardiães míticos (tutores, mentores) de um sacratíssimo *livro constitucional* brasileiro, como apregoam os seus próprios ministros em sua excelsa e estranha nomenclatura, o instituto processual do precedente adotado pelo §2º do art. 926 do CPC/2015 há de ser dimensionado (semanticamente demarcado) a partir da intrassignificatividade normativa posta pelo *caput* do art. 926 e seu §1º a estabelecer o seguinte e novo roteiro configurativo da formação e uniformização da *jurisprudência* no Brasil a fim de, reduzindo seus erros e fracassos históricos, torná-la ‘estável, íntegra e coerente’ [...] (LEAL, 2017a, p. 306-307).

Além disso, percebe-se que há a continuidade de uma *lógica dogmática* na formação e aplicação dos precedentes obrigatórios, pois seu fundamento argumentativo “é oferecido à comunidade jurídica como dogma, ou seja, de maneira inquestionável, sendo possível ao julgador e às partes interessadas somente acolher sua aplicação”. (FREITAS, G., 2019b, p. 155).

Ou seja, trata-se de “metodologia de construção de dogmas, em que se estabelece um único enunciado (dogmático e universal) para ser aplicado em situações futuras” (FREITAS, G., 2019b, p. 158).

Por sua vez, os dispositivos do CPC/2015 que tratam dos precedentes também apresentam diversos perigos. Isso porque, pode-se afirmar que a mencionada legislação se encontra imbuída de um cerne eficientista de viés quantitativo pela busca de celeridade, máxima produtividade, simplificação procedimental, busca de resultados e alcance de metas.¹⁶

Nesse esboço, a busca irrefreada por celeridade permite que a padronização decisória macule a qualidade da formação das decisões, eis que esvazia o espaço dialógico-discursivo com comprometimento do princípio do contraditório e da própria processualidade democrática. (FREITAS, H., 2019, p. 170).

Essa perspectiva abre margem para que tribunais possam utilizar-se de uma institucional *padronização decisória preventiva*¹⁷ por meio de precedentes prospectivos que impe-

16 Helena Patrícia Freitas leciona que “dar vazão aos julgamentos das demandas tornou-se imperativo para o atingimento dos índices de eficiência fixados pelo CNJ”, eis que, embasada por uma perspectiva neoliberal, “a padronização decisória tem se prestado a um efeito propagandístico, como se pudesse, de fato, alavancar os melhores resultados em termos produtivos, por meio do proferimento de decisões em atacado”. (FREITAS, H., 2019, p. 170).

17 Sobre a padronização decisória preventiva no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Alexandre Varela de Oliveira e Luís Gustavo Reis Mundim lecionam que “estaria a privilegiar o protagonismo dos tribunais, na medida em que suas

dem que haja divergência de entendimentos entre tribunais ou dentro do mesmo tribunal, mas que olvidam do devido processo na construção compartilhada das decisões.

Conforme leciona Lorena Ribeiro de Carvalho Sousa, a assunção neoliberal de busca pela eficiência quantitativa e célere da jurisdição faz com que os tribunais – e aqui tal raciocínio é totalmente aplicável ao modelo de Mitidiero e Marinoni –, decidam teses e não lides, “abstraindo as suas especificidades”, além de aplicar a tese “mecanicamente a inúmeros casos futuros, também desconsiderando as suas particularidades”, o que desencontra “com toda a perspectiva constitucional atribuída ao processo e ao dever de fundamentação”. (SOUSA, 2019, p. 67-68).

Assim, o que se percebe é que os dispositivos que visam a aplicação célere de padrões decisórios, precedentes e súmulas, presentes no CPC/2015, além de permanecerem em uma *estrutura dogmática fundamental*¹⁸, desconsideram as reais causas da morosidade jurisdicional, como as etapas mortas do procedimento e a falta de estrutura do judiciário.¹⁹

Torna-se, então, relevante o questionamento de Alexandre Rocha:

[...] é bastante questionável (para dizer o mínimo) a ideia de que a mera criação de técnicas para a uniformização de jurisprudência (especialmente por meio da atribuição de efeitos vinculantes a determinados pronunciamentos jurisdicionais, como se verá mais adiante), sem preocupação com as causas do crescimento do número de processos no país ou com a qualidade da prestação jurisdicional, seria capaz de gerar redução do número e da duração de processos. (ROCHA, 2018, p. 55).

Do mesmo modo, o falacioso discurso de conferência de segurança jurídica²⁰, à semelhança de um precedente-relógio que prevê todas as situações a serem aplicáveis, “se opera à margem do discurso democrático, pois se os direitos fundamentais do processo apenas conformam o instrumento de dizer o direito pelo juiz, a ‘segurança jurídica’ reduz-se à eficiência numérica alcançada pela diminuição de recursos julgados pelo STJ”. (DINIZ, 2016, p.73).

Portanto, o manicômio jurisprudencial e os precedentes obrigatórios são prejudiciais ao Estado Democrático de Direito, pois impossibilitam a construção *processualizada* das decisões de modo compartilhado pelos sujeitos processuais, em observância aos princípios constitucionais-processuais e ao igual direito de interpretação (hermenêutica isomênica), já que mantém uma lógica dogmática truculenta.

decisões seriam calcadas em suas sensibilidades, vontades, interesses e conveniência, o que impossibilitaria a implementação de direitos fundamentais ante a uma padronização decisória preventiva meramente quantitativa. Haveria, então, clara blindagem ao acesso à jurisdição e à efetividade processual, com a consequente ausência de legitimidade democrática e sistêmica”. (OLIVEIRA; MUNDIM, 2019, p. 41).

18 André Cordeiro Leal e Vinicius Lott Thibau lecionam que a estrutura fundamental do direito processual dogmático possui “a jurisdição ao centro do sistema e processo e ação a orbitar esse núcleo determinante de sua direção”, o que não foi rompido pelo CPC/2015. (LEAL; THIBAU, 2018, p. 33).

19 Sobre tais causas, conferir a obra de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2018). Importante, também, a crítica de João Carlos Salles de Carvalho: “Esses discursos de efetividade, uma vez desmascarados, mostram-se repletos de opacas promessas, já que pouco ou nada falam sobre as ‘etapas mortas’ do processo, sobre os paradoxais prazos impróprios, sobre o excesso de férias e a obsoleta rotina de expediente forense, sobre as decisões sendo confeccionadas por estagiários dentro dos gabinetes, sobre metas simbólicas ou inalcançáveis, sobre o notável desestímulo de alguns servidores, sobre o corporativismo protecionista da magistratura, sem aqui citar tantos outros embaraços administrativos que sabidamente permeiam a prática jurídica, mas que – por receio ou por tabu – tornaram-se assunto praticamente intocável nos meios acadêmico e forense”. (CARVALHO, 2018, p. 165).

20 A segurança jurídica, em realidade, é um simulacro utilizado pela *auctoritas* para que seja implementada uma violência no e pelo direito. Assim, pode-se mencionar que o simulacro de segurança jurídica permite a implantação de uma *violência normativa* pelos julgadores. (MUNDIM, 2018. p.71-94).

Nesse sentido, nuvens e relógios são insuficientes para a construção de uma teoria processual dos precedentes, fora do dogmatismo e da subjetividade, o que somente será possível a partir da teoria da processualidade democrática (neoinstitucionalista), a qual é demarcada epistemologicamente pelo racionalismo crítico de Karl Popper, conforme se verá no próximo tópico.

4 ENTRE NUVENS E RELÓGIOS: O PRECEDENTE COMO INSTITUTO-JURÍDICO PROCESSUAL

Na obra “Conhecimento Objetivo”, após Karl Popper efetuar uma análise acerca das nuvens e relógios, serão realizadas conjecturas sobre o racionalismo crítico, ocasião em que tece críticas tanto ao determinismo quanto ao indeterminismo.

João Carlos Salles de Carvalho leciona que, em Popper, “o rompimento com o *determinismo* moderno, isto é, a negação de que todas as nuvens são relógios, não implica necessariamente na aceitação de um *indeterminismo* radical, em que todos os relógios são nuvens”. (CARVALHO, 2018, p. 46).

Nesse sentido, Popper irá propor sua teoria como “algo de caráter *intermediário* entre o perfeito acaso e o perfeito determinismo – algo intermediário entre nuvens perfeitas e relógios perfeitos”. (POPPER, 1999, p. 210). O filósofo austríaco, a partir da análise de nuvens e relógios, passa a discorrer acerca das quatro funções da linguagem, quais sejam, a expressiva, a sinalizadora, a descritiva e a argumentativa, sendo as duas primeiras comuns às linguagens dos animais e dos homens²¹, e as duas últimas exclusivas dos homens²². (POPPER, 1999, p. 215-216).

Dentre as quatro funções, Karl Popper leciona que a mais elevada é a *função argumentativa*, pois, em funcionamento, é disciplinada por uma discussão crítica. A função argumentativa é ligada “à uma atitude argumentativa, crítica e racional” que tem “levado à evolução da ciência”. (POPPER, 1999, p. 217).

Assim, Popper irá relacionar a função argumentativa ao uso de *argumentos críticos*:

[...] os argumentos críticos são *um meio de controle*: são um meio de eliminar erros, um meio de seleção. *Resolvemos nossos problemas* propondo experimentalmente várias teorias e hipóteses concorrentes, como balões de ensaio, por assim dizer; é submentendo-as a discussões críticas e a teses empíricas, para o fim de eliminação de erros.

Assim, a evolução das funções superiores da linguagem, que venho tentando descrever, pode ser caracterizada como a evolução de novos meios de solucionar problemas, por novas espécies de experiências e por novos métodos de eliminação de erros; isto é, novos métodos para *controlar* as experiências. (POPPER, 1999, p. 219-220).

21 Popper (1999) as denomina de funções inferiores da linguagem.

22 Popper (1999) as denomina de funções superiores da linguagem.

Nesse sentido, as funções superiores da linguagem, em especial a argumentativa, possibilitam o crescimento do homem, pois pode “desenvolver teorias científicas autônomas e refutáveis (comprometidas com a democracia), aptas a melhor controlar suas condutas e melhor regulamentar o convívio social”. (CARVALHO, 2018, p. 47).

Karl Popper, então, cunha o método crítico-eliminacionista que “contenta com o fato de que a racionalidade de uma teoria reside em a escolhermos porque é melhor do que as predecessoras”, eis que foi submetida a testes mais severos, “podendo, portanto, aproximar-se mais da verdade”. (ALMEIDA, 2005, p. 25).

O método crítico-eliminacionista de Popper “parte de problemas, a saber, tanto de problemas práticos quanto teóricos” (POPPER, 2006, p. 14), razão pela qual “a ciência começa com problemas e termina com problemas”. (POPPER, 1977, p. 141).

Assim, o método crítico de Popper pode ser resumido na seguinte fórmula: P1 -> TT -> EE -> P2, em que P1 é o problema a ser resolvido, TT é a testificação teorizada do problema, EE a eliminação de erros, e P2 o problema gerado pela eliminação do erro, que é sempre menor que o primeiro problema.

Assim, o método do conhecimento científico “é o método crítico: o método da busca por erros e da eliminação de erros a serviço da busca da verdade, a serviço da verdade” (POPPER, 2006, p. 15). Portanto, em Popper, o conhecimento ou o saber científico é um saber conjectural, hipotético, eis que sempre poderá aparecer uma teoria mais resistente e substituir a teoria anterior, com objetivo de “evitar o dogmático; é a postura sempre crítica, até mesmo perante ela própria”. (POPPER, 1994, p. 53).

É com esse eixo epistemológico popperiano que Rosemiro Pereira Leal (2013) conjectura a teoria neoinstitucionalista do processo – teoria da processualidade democrática -, para a construção de um direito não-dogmático e, por isso, efetivamente democrático.

Nesse sentido, João Carlos Salles de Carvalho aponta que o direito democrático deve “abandonar o mito do saber pelo sujeito-autoridade”, a fim de que seja inaugurada “uma racionalidade que se sabe falível, fundamentada na evolução do conhecimento pelo racionalismo crítico”. (CARVALHO, 2018, p. 49-50).

Rosemiro Pereira Leal leciona que, na processualidade democrática, o processo é uma instituição jurídico-linguística constitucionalizada que irá reger os procedimentos, a fim de que as decisões estatais (legiferantes, judiciais ou administrativas) sejam resultantes do compartilhamento do diálogo processual na Comunidade Jurídica Constitucionalizada, que, por meio do contraditório, ampla defesa e isonomia, servirá como pressuposto da criação, transformação, postulação, reconhecimento e extinção de direitos:

O devido processo, como instituição constitucionalizada, define-se, por conseguinte, como uma *conjunção* de princípios-institutos (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental), o qual é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório. *O processo*, por concretização constitucional, é aqui concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos vimentos legiferantes, judiciais e administrativos. (LEAL, 2016, p. 157).

Uma vez, então, que um dos eixos da processualidade democrática se encontra na soberania popular e na fruição de direitos fundamentais (VARELA, 2019), o processo na teoria neoinstitucionalista gera um “espaço jurídico-discursivo de fiscalidade ampla” (DEL NEGRI, 2019, p. 14) pelos cidadãos (sujeitos constitucionais), que irão participar e se reconhecer como autores e coautores dos pronunciamentos decisórios.²³

É por isso que André Del Negri leciona que, no Estado de Direito Democrático, o processo é visto como referente lógico-jurídico que “por meio do contraditório amplo e direito igual de interpretação para todos, tem o objetivo de ofertar um conjunto de teorias para esclarecer os conteúdos” obscuros, os quais “nos distanciam da fruição dos direitos fundamentais”, além de possibilitar a testificação de “decisões e critérios que não se atribuem democráticos e objetivos no exercício das funções de Estado”. (DEL NEGRI, 2019, p. 15).

Ou seja, segundo Leal, a todos do povo deve ser garantida a possibilidade de fiscalizar a construção das decisões que, por meio de uma testificação teorizada do sistema jurídico²⁴, será conferida *legitimidade democrática* pela eliminação de erros que possam impedir a fruição de direitos fundamentais. (LEAL, 2016, p. 126). É por isso que a teoria neoinstitucionalista se afasta da “atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador”. (LEAL, 2016, p. 63).

É o que leciona André Del Negri:

[...] no discurso que se pretenda democrático, a fim de não depender da clareza das autoridades-decisoras, que os *problemas* sejam enfrentados por meio de *teorias* e apontamentos *críticos* em *devido processo*, como *metalinguagem*, para que o *conhecimento objetivo* seja o traço medular para tomada de *decisão*. Quando se fala em *teoria*, por certo, não se está, aqui, a falar sobre métodos interpretativos que buscam o sentido da lei. (DEL NEGRI, 2019, p. 109-110).

É por isso que uma teoria *processual* dos precedentes há de ser demarcada pelo racionalismo crítico de Popper e pela teoria da processualidade democrática (neoinstitucionalista) de Rosemiro Pereira Leal.

Os precedentes não podem ser nuvens nem relógios, mas algo intermediário, já que não se pode conceber uma anarquia jurisprudencial, que assume o livre convencimento motivado como embasamento teórico, tampouco um precedente obrigatório, em razão do fechamento argumentativo, da petrificação do direito e da impossibilidade de testificação e fiscalização das decisões por qualquer do povo.

O precedente, na teoria da processualidade democrática, há de ser um instituto²⁵ jurídico processual sem que o primado da jurisdição prevaleça sobre o devido processo, conforme leciona Rosemiro Pereira Leal:

23 Rosemary Cipriano da Silva leciona, com base nos ensinamentos de Rosemiro Leal, que “No paradigma do direito democrático, o eixo das decisões não se encontra na razão imediata e prescritiva do julgador, mas se constrói no espaço procedimental da razão discursiva. Nesse sentido, os argumentos de fundamentação do direito que legitimam as pretensões de validade encontram-se na teoria do processo que se concebe pela isonomia entre produtores e destinatários das normas jurídicas, permitindo assim que os destinatários das normas se reconheçam também como autores das mesmas. (SILVA, 2012, p. 92-93).

24 Rosemiro Leal propõe, nesse sentido, que o controle de constitucionalidade deva ser realizado de modo difuso, incidental-concreto e abstrato, incessante e irrestrito, o que o autor denomina de controle de democraticidade. (LEAL, 2013, p.103).

25 Instituto, na teoria neoinstitucionalista, é o “agrupamento de *princípios* que guardam unidade ou afinidades de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal”. (LEAL, 2016, p. 393).

O que se põe em relevância à compreensão do instituto do precedente é o afastamento do primado da jurisdição que caracteriza o Estado Dogmático (Liberal e Social de Direito) para, em seu lugar, instituir o devido processo como centro do sistema jurídico de Estado Democrático, exigindo sempre, à formação jurisprudencial por cadeia de precedentes, a ser uniformizada, na construção das decisões, o crivo construtivo do devido processo legal, que é o conjunto de procedimentos processualizados à consolidação da 'segurança jurídica, liberdade e igualdade' (tão solicitadas pelos jurisdicionalistas!) como direito fundamental constitucionalizado no Brasil (art. 5º, LIV e LV, da CF/88). Nos Estados Democráticos, não é a atividade jurisdicional per se que vai promover a tão almejada unidade do direito por uma fundamentação *secundum conscientiam* (cognitivismo interpretativo do positivismo lógico), mas uma fundamentação egressa da *cognitividade objetiva* das estruturas lógico-discursivas da procedimentalidade processualizada que legitima a construtividade dos precedentes no âmbito de uma decisão jurídica, não mais de uma instrumental de-cisão judicial a partir de uma razão performativa do saber jurisdicional. (LEAL, 2017a, p. 305).

Uma teoria processual dos precedentes (democrática), não permite que a fixação do sentido normativo seja dada por uma Corte Suprema, a fim de conferir segurança jurídica ao direito, mas preconiza a legitimidade democrática dos provimentos vinculantes, a partir de sua construção compartilhada pelos sujeitos processuais por meio do devido processo, como referente lógico do sistema jurídico. (MUNDIM, 2018).

Ou seja, há que se permitir, também, a participação dos interessados na construção da decisão, conforme leciona Gabriela Oliveira Freitas:

Diante da atual conjuntura processual, não só é possível, sendo também necessário, que ocorra a utilização de precedentes no sentido de buscar-se a uniformização de jurisprudência desde que a busca pela referida uniformidade sobre a interpretação do direito seja construída pela ampla participação dos interessados e não por um ato solitário e solipsista dos julgadores, como ocorre atualmente no direito brasileiro.

Percebe-se, por conseguinte, que deve ser garantida às partes interessadas a participação na construção do provimento jurisdicional uniformizador da norma a ser aplicada no caso em que são partes. (FREITAS, G., 2014, p. 110).

Importante, nesse momento, realizar uma diferenciação entre a processualidade democrática e a teoria da integridade de Ronald Dworkin. Isso porque, o precedente como instituto processual e meio termo entre nuvens e relógios, não significa demarcar coerência, integridade, estabilidade e uniformidade das decisões a partir de Dworkin.

A teoria da integridade ainda permite o solipsismo do julgador, não obstante sua tentativa de rompê-lo, pois os elementos de coerência e integridade são mantenedores de decisões passadas autocráticas, que ferem o devido processo:

Ainda, relevante mencionar que a observância de decisões passadas para ditar o presente e o futuro também acaba por reificar e reiterar práticas autoritárias já presentes na história.

[...]

Essa história institucional da sociedade e das decisões judiciais, como pressupõe Dworkin, é derivada do senso comum, dos costumes e de práticas que excluem e entravam o devido processo como atividade interpretativa pelo exercício do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, eis que estão

evadas de fins meramente dominatórios e impositivos de poder. (MUNDIM, 2018, p. 88-89).

Ademais, Dworkin não preconizou de que modo as *partes processuais* participariam da construção da decisão.²⁶ (DEL NEGRI, 2019, p. 397). Assim, conforme leciona Vinicius Lott Thibau, o que a processualidade democrática busca é a *integralidade* dos legitimados ao processo (povo) na construção decisória e não a *integridade* nos moldes dworkinianos:

O que se apresenta relevante para a operacionalização do direito não dogmático é que a interpretação deixe de ser compreendida como uma atividade discricionária de fixação do significado válido das leis pelo julgador e passe a ser conjecturada como uma atividade acessível à integralidade dos integrantes da comunidade jurídica dos legitimados ao processo. Para que a interpretação do direito não seja considerada uma atividade privativa da jurisdição, contudo, é indispensável que se assimile que a 'hermenêutica, nas democracias, é dada na base popular construtiva da lei. (THIBAU, 2018, p. 228).

Nesse sentido, para se viabilizar uma teoria democrática dos precedentes, há que se possibilitar *fiscalidade e controle incessantes* no âmbito de formação e aplicação dos precedentes (MUNDIM, 2018) para permitir a ampla participação processualizada dos sujeitos processuais e a revisitação dos padrões decisórios por meio de eventuais superações e distinções.²⁷

Por tal motivo, a formação dos precedentes deve se dar a partir da vinculação da causa de pedir e pedido, "pois são *antecedentes lógicos* integrantes do *núcleo construtivo* dos precedentes" (MUNDIM, 2018, p. 237). Rosemiro Pereira Leal leciona, nesse sentido, que o precedente como instituto jurídico deve estar adstrito à causa de pedir e pedido, pois permitirá o debate processualizado pelas partes e demais sujeitos processuais:

Pela leitura do art. 926 do NCPC, o instituto do *precedente* construído pela conjunção lógico-jurídica da *causa petendi* e do *petitum* é conexo à formação da *jurisprudência dominante*, não equivalendo a um mero consectário de uma decisão

interditada de uma autoridade, sem perquirir qual teoria da *procedimentalidade* processual deu suporte à construção do *precedente* que não é, em si, um procedimento, mas uma suma descritiva das características dos *elementos de procedibilidade* (art. 330, §1º, I) que compuseram a estrutura do procedimento instaurado segundo prévio acatamento de pressupostos de admissibilidade (art. 485, IV e VI), colimando numa *decisão merital* processualizada de Estado Democrático (não Dogmático). (LEAL, 2017a, 309).

Ou seja, a partir da vinculação da causa de pedir e pedido, não se permite que o sentido normativo fixado pelo precedente seja dado apenas e tão somente por uma autoridade

26 Leciona Rosemiro Pereira Leal que: "As partes, como sujeitos do processo judicial, nessas circunstâncias, são para o decisor, integrantes *prima facie* de uma sociedade política ex-ante de seu ingresso em juízo, podendo o caso trazido a juízo ser julgado por princípios não jurisdicionados, sendo irrelevante, em muitas hipóteses, a legalidade estrita à solução da controvérsia. O devido processo legal dispensa prévios modelos estruturais da *ordinariedade plena* ou *sumária* (fundamentos da *cognitio*) para assegurar contraditório ou ampla defesa, uma vez que tais direitos são, no direito como integridade, assegurados pelo juiz como tutela que a autoridade confere às partes, dosando-lhes a conveniência cuja amplitude é posta por seus juízos de equidade (*decisão justa*)". (LEAL, 2017b, p. 127-128).

27 Aqui são interessantes as propostas de controle difuso de jurisprudencialidade de Gabriela Oliveira Freitas (2019a), a criação de câmaras revisoras de jurisprudência de Gustavo Castro Faria (2012, p.113-136) e procedimento constitucional de revisão de precedentes vinculantes de Luís Gustavo Reis Mundim (2018, p. 252-256). As três propostas partem do marco teórico da processualidade democrática.

sapiente, como pretendem Mitidiero e Marinoni, mas, sim, pela construção, em contraditório amplo e igual direito de interpretação, pelas partes e sujeitos processuais.

Especificamente à aplicação dos precedentes, esta deve ser realizada por meio de um procedimento de conhecimento demarcado por fases lógicas, a fim de evitar a supressão de fases pela aplicação célere de precedentes sem o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. (MUNDIM, 2018, p. 243-352).

Aqui, a técnica de saneamento e organização do procedimento²⁸ pode servir como marco procedimental para que o debate acerca da aplicação ou não do precedente à lide seja fixado como questão a ser resolvida na decisão final, o que permitiria o debate processual pelas partes em espaço processual, sem que técnicas de aceleração de procedimento sejam utilizadas em prol do viés efficientista.

Nesse sentido, pode-se inferir que a construção de uma teoria dos precedentes deve perpassar pelo processo em sua centralidade, pois afasta-se do equívoco cometido pelos *precedentalistas* de que a jurisdição é o centro do sistema jurídico. O que se percebe, então, é que somente a processualidade democrática impede que a construção e aplicação de precedentes se dê de modo dogmático, já que possibilita que as partes e demais sujeitos processuais construam e revisem as decisões vinculantes em contraditório, ampla defesa e isonomia, pelo igual direito de argumentar criticamente e interpretar o sentido legal.

Conclui-se que os precedentes devem estar entre nuvens e relógios, já que, como instituto jurídico processual, permitem a efetiva construção legitimada e democrática das decisões por todos do povo.

5 CONCLUSÃO

O esquema das nuvens, o qual é caracterizado por intensa imprevisibilidade e instabilidade, pode ser comparado com o denominado *manicômio jurisprudencial*, em que prevalece o livre convencimento dos julgadores como embasamento decisório. Referido manicômio é gerador de decisões imprevisíveis, conflitantes e que ignoram por completo o devido processo em sua construção.

Por sua vez, o esquema dos relógios representa um sistema altamente preciso, previsível e estável, o qual pode ser comparado à defesa dos precedentes obrigatórios. Os precedentes obrigatórios e o modelo das Cortes Supremas preconizam que os precedentes possam ser previsíveis, estáveis e possam surgir de qualquer decisão emanada pelo STF e STJ, os quais são os únicos aptos a fixar o sentido normativo para que o cidadão possa prever sua conduta.

Entretanto, ambas perspectivas são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito e com a processualidade democrática, eis que relegam a construção dos precedentes ao

28 Leciona Alexandre Varela de Oliveira que a delimitação do objeto do procedimento de cognição "se encontrará atrelado às questões definidas na decisão de saneamento e organização, a qual deverá ser obrigatoriamente observada pelo magistrado, de forma que o pronunciamento jurisdicional decisório não deixe de apreciar questões de fato ou de direito apontadas previamente pelas partes". (VARELA, 2019, p. 113).

solipsismo dos julgadores e dos tribunais pátrios. O manicômio jurisprudencial por não trazer qualquer estabilidade sistêmica, enquanto os precedentes obrigatórios buscam uma estabilidade *ad aeternum* que fecha a possibilidade de construção, interpretação e fiscalização dos pronunciamentos vinculantes a serem formados nos tribunais.

Assim, a partir do racionalismo crítico de Karl Popper e da teoria da processualidade democrática (neoinstitucionalista) de Rosemiro Pereira Leal, pode-se conjecturar e concluir que os precedentes, na democracia, devem estar *entre nuvens e relógios*, pois devem ser compreendidos como instituto-jurídico processual, a fim de que todos do povo e todos sujeitos processuais participem e fiscalizem a construção dos provimentos vinculantes, bem como possam debater e interpretar a aplicação de tais pronunciamentos, pois somente assim haverá legitimidade decisória.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Tendências de padronização decisória no PLS nº 166/2010: o Brasil entre o civil law e o common law e os problemas na utilização do "marco zero interpretativo". In: BARROS, Flaviane de Magalhães. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 75-95.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.
- CALVET, Tereza. Popper leitor de Kant: terceira antinomia ao postulado da liberdade. In: *Ética e Filosofia Política*. Juiz de Fora, v. 2, n. 2. (jul./dez. 1997).
- CARVALHO, João Carlos Salles de. *Pedagogia judicial e processo democrático: a fala processual como exercício de cidadania*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- DINIZ, Ana Paula Pereira da Silva. *Recursos Especiais "Repetitivos" no Direito Brasileiro: uma questão de (in) constitucionalidade?*. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. 11.
- DEL NEGRI, André. *O avesso do Estado*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- DEL NEGRI, André. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- DEL NEGRI, André. *Discricionariedade e autoritarismo: o que fica oculto na decisão que impede o direito de informação?*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. *Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- DUTRA, Victor Barbosa. *Precedentes vinculantes: contraditório efetivo e técnicas repetitivas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- FREITAS, Gabriela Oliveira. *Controle difuso de jurisprudencialidade*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2019a.

FREITAS, Gabriela Oliveira. A perpetuação dogmática na metodologia de precedentes judiciais. In: LÔBO, Edilene; OMMATI, José Emílio Medauar. *Processo eleitoral e Estado de Direito: diálogos sobre democracia e política*. Coleção Teoria Crítica do Direito. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019b, p. 151-163. v. 8.

FREITAS, Gabriela Oliveira. *A uniformização de jurisprudência no Estado Democrático de Direito*. Coleção estudos da Escola Mineira de Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. v. 4.

FREITAS, Helena Patrícia. *Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Lott. A estrutura fundamental do direito processual dogmático e suas repercussões no Código de processo Civil Brasileiro de 2015. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. (Coord.). *Teoria Crítica do Processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o Constitucionalismo Democrático*. Coleção Teoria Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 27-48. v. 6.

LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p. 295 – 313, abr./ju.2017a.

LEAL, Rosemiro Pereira. O juiz hercúleo e a letalidade do Estado Dogmático. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 115, dez. 2017b. Disponível em: <<http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/33>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores como cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo Código de Processo Civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? In: STRECK, Lenio; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (Coords.) *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.85-111.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O antagonismo entre a ética dos precedentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista eletrônica de direito processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 13, v.20, n. 01, jan./abr. 2019, p. 315-340. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31568/29253>>. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. *Precedentes: da vinculação à democratização*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis; VARELA, Alexandre de Oliveira. Cortes supremas e a herança bülowiana na jurisprudencialização do direito. In: *Revista eletrônica de direito processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 13, v.20, n. 03, set./dez. 2019, p. 293-322. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/40557/30560>>. Acesso em: 12 de out. de 2019.

OLIVEIRA, Alexandre Varela de; MUNDIM, Luís Gustavo Reis. A impossibilidade de padronização decisória preventiva no incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO*. Belo Horizonte, ano 27, n. 106, p. 31-48, abr./jun., 2019.

PINHEIRO, Guilherme César. *A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação de precedentes, súmulas e decisões vinculantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

POPPER, Karl Raimund. *Autobiografia intelectual*. São Paulo: Cultrix, 1977.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem revolucionária*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl Raimund. *Em busca de um mundo melhor*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POPPER, Karl Raimund. *O racionalismo crítico na política*. Trad. Maria da Conceição Côrre-Real. 2. ed. Brasília: UNB, 1994.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ROCHA, Alexandre. *Julgamento de casos repetitivos e processo constitucional*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SILVA, Rosemary Cipriano da Silva. *Direito e processo: a legitimidade do Estado Democrático de Direito através do processo*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SOARES, Carlos Henrique. Paradoxos dos precedentes judiciais. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBD-Pro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p. 55-83, out./dez. 2017.

SOUSA, Lorena Ribeiro de Carvalho. *O dever de fundamentação no Código de Processo Civil de 2015*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Jus-Podivm, 2018.

THIBAU, Vinícius Lott. Apontamentos críticos sobre a improcedência liminar do pedido. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 37, p.43-59, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/06/DIR37-03.pdf>>. Acesso em: 31 de dez. de 2019.

THIBAU, Vinicius Lott. *Garantismo e processualidade democrática*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VARELA, Alexandre de Oliveira. *Técnica de saneamento e organização do procedimento no Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Recebido/Received: 22.03.2020.

Aprovado/Approved: 27.05.2020.

PHISHING E ENGENHARIA SOCIAL: ENTRE A CRIMINALIZAÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE MEIOS SOCIAIS DE PROTEÇÃO

PHISHING AND SOCIAL ENGINEERING:
BETWEEN CRIMINALIZATION AND THE USE
OF SOCIAL MEANS OF PROTECTION

MATEUS DE OLIVEIRA FORNASIER¹
NORBERTO MILTON PAIVA KNEBEL²
FERNANDA VIERO DA SILVA³

RESUMO

Este artigo objetivou estudar a necessidade de tipificação criminal do phishing. Nesse sentido, investigou-se de que forma o ordenamento jurídico brasileiro trata (e deve tratar) dos aspectos penais dos crimes digitais contra o patrimônio. Sua hipótese é de que os crimes contra a pessoa praticados por hacking foram incluídos no sistema penal brasileiro, alinhados aos princípios de defesa da honra e da vulnerabilidade, mas os crimes patrimoniais digitais ainda não foram tipificados – contudo, duvidou-se da necessidade dessa criminalização frente à importância social maior que teriam soluções criativas e alternativas, baseadas em políticas de prevenção ao phishing e as vulnerabilidades à engenharia social. Metodologicamente, a pesquisa se valeu do método de procedimento hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativo e técnica de pesquisa bibliográfico-documental. Nesse sentido, o trabalho iniciou com a localização da prática do phishing dentro de estratégias de engenharia social. Passou-se, logo após, à realização de um estudo jurídico-dogmático a fim de identificar se tal prática é tipificada penalmente no Brasil. Por fim, foi ponderado se o melhor caminho para evitar a prática do phishing: se seria a tipificação específica da conduta ou se outras formas não penais de prevenção ao phishing seriam mais eficientes do que a tipificação penal. Como resultados, apresentou-se que há alternativas mais criativas, inovadoras e socialmente mais adequadas para a proteção dos dados e a prevenção aos crimes cibernéticos, do que a mera criminalização específica. Essas estratégias perpassam, principalmente, pelo desenvolvimento de (I) uma educação informacional e empo-

1 Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direitos Humanos 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). <http://orcid.org/0000-0002-1617-4270>. <http://lattes.cnpq.br/3316861562386174>. mateus.fornasier@gmail.com.

2 Doutorando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). <http://orcid.org/0000-0003-0674-8872>. <http://lattes.cnpq.br/4232557221807840>. norberto.knebel@gmail.com.

3 Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC/CAPES). Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). <http://orcid.org/0000-0002-3978-7395>. <http://lattes.cnpq.br/3060049367537210>. fefeviero@gmail.com.
Agência de fomento: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS).

Como citar esse artigo/How to cite this article:

FORNASIER, Mateus de Oliveira. KNEBEL, Norberto Milton Paiva. SILVA, Fernanda Viero da. *Phishing e engenharia social: entre a criminalização e a utilização de meios sociais de proteção*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 116-129, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7771>.

deramento da cidadania digital; (II) de uma cultura organizacional de proteção de dados por meio das políticas corporativas ou compliance; e (III) da autorregulação ou regulação by design das próprias empresas de tecnologia, pautando seus algoritmos em princípios de privacidade e direitos humanos.

Palavras-chave: Engenharia social. Phishing. Estelionato digital. Criminalização.

ABSTRACT

This article aimed to study the need for criminal typification of phishing. In this sense, it investigated how the Brazilian legal system deals (and must deal) with the criminal aspects of digital crimes against property. Its hypothesis was that the crimes against the person committed by hacking were included in the Brazilian penal system, in line with the principles of defense of honor and vulnerability, but crimes against digital property have not been typified yet – however, the need for such a criminalization was considered doubtful, in view of the greater social importance that would have creative and alternative solutions, based on phishing prevention policies and vulnerabilities to social engineering. Methodologically, the research used the hypothetical-deductive procedure method, with a qualitative and technical approach to bibliographic-documentary research. In this sense, the work began with locating the practice of phishing within social engineering strategies. Soon afterwards, a legal-dogmatic study was carried out in order to identify whether such a practice is penalized in Brazil. Finally, it was considered if the best way to avoid the practice of phishing: whether it would be the specific typification of the conduct or if other non-criminal forms of phishing prevention would be more efficient than the criminal typification. As a result, it appeared that there are more creative, innovative and socially better alternatives for data protection and the prevention of cybercrime, than mere specific criminalization. These strategies go mainly through the development of (I) an informational education and empowerment of digital citizenship; (II) an organizational culture of data protection through corporate policies or compliance; and (III) self-regulation or regulation by design of the technology companies themselves, basing their algorithms on principles of privacy and human rights.

Keywords: Social engineering. Phishing. Digital scam. Criminalization.

INTRODUÇÃO

A ascensão das relações digitais e a ubiquidade dos sistemas virtuais para promover o comércio, a atividade bancária e as redes sociais têm colocado os chamados “cibercrimes” em questão, tendo por consequência uma multiplicidade de soluções propostas. A engenharia social possui um impacto na vida das pessoas e nas atividades das empresas, atingindo a privacidade e a segurança de dados – sendo que a vulnerabilidade dos sistemas de gestão de informação não estão nos aspectos técnicos, mas sim nas relações humanas.

A crescente sofisticação teórica acerca desses crimes digitais permite ampliar as discussões até mesmo para fora do âmbito da dogmática penal, interligando contextos políticos e sociais à necessidade de resistir e proteger os cidadãos das fraudes que se utilizam da engenharia social para obter vantagem patrimonial. Nesse sentido, o *phishing* une práticas tecnológicas e não tecnológicas da engenharia social para enganar usuários na internet, dando a entender que ocorre por uma decisão lógica e coerente do usuário – porém, se revela como a entrega de dados importantes para a obtenção do objetivo econômico do estelionatário. Esse bem jurídico (patrimônio) já é protegido contra fraudes pelo crime de estelionato; todavia, não há uma tipificação específica para quando utiliza meios digitais – por isso a nomenclatura “estelionato digital”.

O problema que provocou esta pesquisa pode assim ser descrito: de que forma o ordenamento jurídico brasileiro trata (e deve tratar) dos aspectos penais dos crimes digitais contra o patrimônio? Apresenta-se como hipótese, para esse questionamento, que os crimes contra a pessoa praticados por *hacking* foram incluídos no sistema penal brasileiro, alinhados aos princípios de defesa da honra e da vulnerabilidade da criança e do adolescente, por exemplo; mas os crimes patrimoniais digitais ainda não foram tipificados – contudo, duvida-se da necessidade dessa criminalização específica frente à importância social maior que teriam soluções criativas e alternativas, baseadas em políticas de prevenção ao *phishing* e às vulnerabilidades expostas a estratégias de engenharia social.

O objetivo geral deste artigo é realizar um estudo acerca da necessidade de tipificação criminal para alcançar os engenheiros sociais que aplicam golpes no âmbito digital com os meios sociais de proteção, que vão das práticas individuais às das grandes corporações, passando pela obrigação do Poder Público em promover a cidadania digital. Para a consecução desse objetivo geral, dividiu-se o seu desenvolvimento em três seções. A primeira delas se destina a estudar as práticas da engenharia social e suas consequências para o cidadão e as empresas. Já a segunda é dedicada a compreender o processo de criminalização de certas práticas digitais, focando-se principalmente na necessidade de criminalização do estelionato digital. Por fim, a terceira parte observa formas não penais de prevenção ao *phishing*.

Metodologicamente, elenca-se que esta pesquisa, de natureza acadêmica, se valeu do método de procedimento hipotético-dedutivo, com método de abordagem qualitativo e técnica de pesquisa bibliográfico-documental. Nesse sentido, o trabalho inicia com a localização da prática do *phishing* dentro de estratégias de engenharia social. Passa, logo após, à realização de um estudo jurídico-dogmático a fim de identificar se tal prática é tipificada penalmente no Brasil. Por fim, é ponderado se o melhor caminho para evitar a prática do *phishing*: se seria a tipificação específica da conduta ou se outras formas não penais de prevenção do *phishing* seriam mais eficientes do que a tipificação penal.

1 ENGENHARIA SOCIAL COMO EXPLORAÇÃO DO ELO HUMANO DAS FRAUDES DIGITAIS

Os principais métodos utilizados pelos chamados “engenheiros sociais” em busca de informações digitais, conforme aponta Hadnagy (2011), podem ser assim elencados: (I) *captação* de informações: a capacidade de achar meios e locais adequados de busca por informações; (II) *elicitação*: habilidade de confundir os usuários, ou seja, que eles tomem conclusões que parecem lógicas, mas que tem o sentido real ocultado pelo engenheiro social; (III) *pretensão*: aptidão de agir como se fosse outro, de interferir na identidade pessoal dos usuários, ou seja, em fazer-se ser quem não se é; e (IV) *táticas mentais (psicológicas)*: correspondentes à capacidade de desenvolver técnicas com uso de fundamentos da psicologia para condicionar comportamentos ou alterar decisões dos usuários.

Esses métodos, portanto, correspondem, também como afirma Mann (2008, p. 87-141), ao ato de compreender e instrumentalizar as vulnerabilidades humanas em prol do interesse em violar a segurança de um sistema – por meio da criação da confiança no engenheiro

social, na intuição subconsciente por comandos (como a programação neurolinguística) e o abuso de vulneráveis digitais, como crianças e idosos. A engenharia social é, portanto, conforme Mitnick e Simon (2002, p. 3-12), a exploração do ponto mais fraco da segurança – o elemento humano, pois os indivíduos tendem a considerar inócuas informações úteis para os *hackers*, além de serem limitados na sua capacidade de processar dados (precisando fazer anotações ou registros não seguros, por exemplo).

No contexto dos usuários dos sistemas digitais, segundo Abladi e Weir (2018, p. 4-6), é possível identificar um quadro (*framework*) de vulnerabilidades de usuários baseadas em: (I) *comportamento*: em que o engajamento virtual pode indicar a adesão aos golpes; (II) *percepção*: usuários que (não) percebem os riscos de seu comportamento; (III) *elementos sócio-psicológicos*: traços de personalidades que os engenheiros sociais identificam como mais suscetíveis; (IV) *elementos sócio-emocionais*: condições que tornam as pessoas mais vulneráveis em momentos específicos.

Long et al. (2008) descrevem três aplicações práticas dos métodos de *captação* de informação: (I) *dumpster diving*: que consiste, literalmente, na prática de procurar no descarte ou lixo, documentos que contenham dados sensíveis e possam facilitar o acesso aos sistemas; (II) *tailgating*: habilidade de infiltração física em locais protegidos simplesmente ao se incorporar a um grupo de pessoas autorizadas; e (III) *shoulder surfing*: prática de observar “por cima do ombro” o uso de uma pessoa autorizada. Portanto, a engenharia social consiste em práticas *hacker no tech*, ou seja, das mais simples ou complexas que ajudem a acessar sistemas digitais, para além ou antes dos aspectos técnicos.

Essa tendência de identificar o elo humano como ponto frágil da segurança dos sistemas é o que Heartfield e Loukas (2015, p. 1-4) apontam como “ataque semântico”, tecnológicos ou não, promovendo a *elicitação*, ou seja, fazer com que as pessoas pensem que estão acessando algo que não estão – obtendo assim dados dos usuários de uma maneira pela qual as pessoas sequer se sintam prejudicadas. É como a prática de promover sites que parecem de um serviço confiável ao usuário, mas não o são. Por exemplo, podem ser sites que direcionam para o acesso a uma falsa conta de e-mail com aparência da real, causando uma confusão justificada pelo usuário, ou seja, fazendo-se passar por algo real e confundindo o usuário a chegar a conclusões que apenas aparentam ser lógicas.

A aparente lógica desses golpes contempla também o “perigo interno”, ou seja, aquele que se revela quando a vulnerabilidade em relação ao dados é próxima e dentro de um mesmo ambiente, como nas estruturas corporativas, onde a segurança foca nos perigos externos e não reconhece os riscos das comunicações internas e, aparentemente, inofensivas entre os usuários internos que podem revelar fragilidades quanto a senhas ou acessos que desafiam a integridade dos dados assegurados digitalmente (XIANGYU; QIUYANG; CHANDEL, 2017, p. 32-33).

A *pretensão* é a prática de ser outra pessoa, ou seja, se utilizar de outra identidade no contexto digital ou não, adotar a história, o perfil e a personalidade de outro, tendo em vista um interesse específico, ou seja, ser a pessoa que dê maior condições para acesso a algum dado. É a encenação, atuação de um papel para alcançar um objetivo (HADNAGY, 2011, p. 111). A pretensão pode ser feita por via digital (e-mail, redes sociais, etc.), por telefone e até mesmo mediante a apresentação de documento de identidade falso – passando o agente por pessoa confiável para a consecução de um objetivo específico. Nesse cenário o enge-

nheiro social cria um contexto para influenciar as vítimas a revelar informações sensíveis por entender estar falando com alguém confiável (WORKMAN, 2007, p. 664).

A pretensão permite que a pessoa requisite informações às quais somente outra pessoa tem acesso, ou sem as consequências do próprio engenheiro social as acessar. Fingir ser outra pessoa é uma ferramenta essencial para a engenharia social, tanto nas práticas tecnológicas e digitais, como nos métodos não tecnológicos utilizados como auxiliares no acesso a sistemas. A intrusão utilizando a identidade de outro pode não ser percebida como intrusão, justamente porque a identidade utilizada possui os requisitos de acesso e não se espera os objetivos do engenheiro social. Também, pode servir para um ataque de engenharia social que faça as pessoas de uma organização ou um particular tomarem atitudes alheias às suas vontades, sendo influenciadas por alguém que pensam ser real (TETRI; VUORINEN, 2013, p. 1015).

Para Hadnagy (2011, p. 139-186) as *táticas mentais* dizem respeito à busca, pelos engenheiros sociais, pelos seus interesses, analisando as micro expressões pessoais e sugerindo comportamentos pela programação neurolinguística. Um exemplo é a noção de *rapport* como técnica para ganhar confiança dos outros e demonstrar confiança, sugerindo à mente de outras pessoas que o engenheiro social é confiável, minando-se assim as defesas (“baixando a guarda”) das pessoas em relação à segurança de sua privacidade. Trata-se do uso de uma profunda compreensão dos modos de pensar (padrões) e dos sentidos – há quem, majoritariamente, pense por meio do que vê, ouve ou pelas suas emoções –, sendo o engenheiro social atento a esses comportamentos e conseguindo antever possíveis tomadas de decisões ao saber a que as pessoas próximas têm aversão ou apreço.

A programação neurolinguística (NLP) é um campo de estudos das personalidades e dos padrões de comportamento, sendo base para os engenheiros sociais aplicarem técnicas de obtenção de dados por meio de procedimentos eficazes de comunicação aplicadas à experiência humana subjetiva (BERGER, 1999, p. 139-141). É a capacidade de aprender as representações físicas das atividades cerebrais e do inconsciente, buscando prever decisões e impor comandos para atos futuros – em outras palavras, realizar sugestões subscientes ao comportamento (MANN, 2008, p. 115-126). Ao mesmo tempo que é análise comportamental, se transforma também em sugestão comportamental.

As táticas mentais da engenharia social sujeitam os usuários a um tipo específico de vitimização a fraudes, em que a suscetibilidade acaba simplificando categorias psicológicas vulneráveis, quando, na verdade, a vitimização nesses processos se dá em um processo complexo e muitas vezes casual (NORRIS; BROOKES; DOWELL, 2019, p. 242). Portanto, o uso de táticas mentais oriundas do conhecimento da psicologia não tem o condão de apontar grupos de pessoas especialmente vulneráveis, mas de reconhecer vulnerabilidades emocionais ou psicossociais em casos específicos.

2 PHISHING E CRIMINALIZAÇÃO DO ESTELIONATO DIGITAL

Uma aplicação desses métodos de engenharia social é a prática do *phishing*, que é um ataque ao usuário, fazendo com que este entregue dados pessoais e financeiros aos engenheiros sociais, confundindo-o ao fazê-lo acessar um *link/site* que creia ser confiável, ou estar respondendo a alguma mensagem que a princípio aparenta legitimidade (CHAUDHRY; CHAUDHRY; RITTENHOUSE, 2016, p. 247). A forma mais aplicada desse golpe é feita "atenta ao contexto", ou seja, conforme Jagatic et al. (2005, p. 1), o engenheiro social ganha a confiança da vítima ao conhecer seu ambiente e seus hábitos, tornando-se aparentemente legítimo – o engenheiro social conhece parte dos dados do usuário, que obteve pelas técnicas da engenharia social, sendo dado o golpe efetivamente no momento em que o estelionatário obtém o dado que faltava, possivelmente ligado a ganho patrimonial.

Um exemplo prático do que é *phishing* para o usuário da internet é como define a empresa de segurança informática Avast (2020), simplificando o tema a suas consequências para os usuários: "é uma maneira desonesta que cibercriminosos usam para enganar você para revelar informações pessoais, como senhas ou cartão de crédito, CPF e número de contas bancárias. Eles fazem isso enviando e-mails falsos ou direcionando para websites falsos". O detalhe para a criminalização da conduta é o objetivo dessas práticas, podendo ser elas diferenciadas em: crimes contra a pessoa (relativos à honra), e crimes contra o patrimônio (em que os dados obtidos ilicitamente são utilizados para obter ganho econômico). Os primeiros, no sistema penal brasileiro, estão tipificados desde a Lei 12.737/2012, mas os patrimoniais são considerados, principalmente, como inseridos no tipo penal do estelionato.

A emergência de crimes digitais, que não existiriam sem a relevância que os sistemas digitais têm tomado na vida das pessoas e das empresas/organizações, tornou necessária uma releitura do Direito Penal. E a utilização da internet como meio para a prática desses atos faz surgirem os chamados "cibercrimes" ou "crimes cibernéticos", definidos, conforme Acha (2018, p. 8), como sendo "quaisquer ações típicas, antijurídicas e culpáveis cometidas contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão em que a internet seja o principal objeto ou instrumento do crime". Entretanto, há uma distinção adequada nesses crimes, conforme Fiorillo e Conte (2016, p. 139-145): há aqueles que são delitos informáticos próprios (ou puros), praticadas completamente dentro de um sistema digital, tais como o *hacking* e os *malwares*; e os delitos informáticos impróprios, ligados à relação entre o digital e o não-digital, tais como o estelionato digital.

A engenharia social utilizada pelo *phishing* é compreendida na segunda categoria, de delito impróprio, pois abrange a esfera digital, mas a ultrapassa no ato e no objeto do delito. A definição de estelionato digital é a mais adequada pois contempla a noção de engenharia social relativa aos métodos de captação, eliciação, pretensão e táticas mentais, buscando objetivos ou tendo seus meios ligados a dados digitais, ou seja, o local ou não-local da internet e os sistemas digitalizados.⁴ Portanto, esse é um cenário de interpretação de um crime existente na legislação penal, o crime de estelionato do art. 171 do Código Penal.

4 A tese de Fernando José da Costa (2011, p. 149-158) apresenta o local do crime para fins da persecução penal deve seguir o local da conduta considerada criminosa, mas respeitando o caso de o crime só for assim considerado no local do resultado. Mantendo assim um critério de competência, mesmo reconhecendo o espaço virtual sem fronteiras.

A adjetivação "digital" ao crime do estelionato é, portanto, um ato de interpretação da lei penal, compreendendo-se que a vantagem e o prejuízo alheio desse delito são obtidos por meio de ferramentas digitais, e ter como bem jurídico protegido os dados digitais relacionados à privacidade. A criminalização dessa conduta, portanto, se caracteriza no ambiente doutrinário e tem efeitos na jurisprudência (FREITAS, 2009, p. 64), apesar da vontade de muitos que a legislação penal se adapte e preveja condutas específicas para o ambiente digital, tendo em vista uma necessidade de tipificação penal.⁵

A Lei nº 12.737/2012 introduziu no sistema jurídico a tipificação de delitos informáticos puros, no crime de "invasão de dispositivo informático" (art. 154-A do Código Penal): "Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida do mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados [...]", ou seja, contempla o bem jurídico da liberdade individual, privacidade e intimidade no meio ambiente digital. Esse dispositivo informático violado pode ser qualquer aparelho capaz de armazenar dados pessoas, como computadores, tablets ou celulares, que sejam protegidos por senhas ou outro mecanismo de proteção, sendo o invasor um sujeito ativo doloso que burla o sistema de segurança em nome da violação da privacidade dos dados (KUNRATH, 2017, p. 68).

Há, entretanto, uma diferença entre as práticas tipificadas no âmbito da Lei nº 12.737 e a do estelionato digital (não tipificado), justamente porque as primeiras são relativas aos crimes contra pessoa e a segunda é um crime patrimonial, não relativo a honra. O estelionato digital por meio de *phishing* tem o intuito de capturar dados pessoais e financeiros dos destinatários do golpe para fins econômicos (COSTA, 2011, p. 99-100). Dessa forma, em analogia ao que apresenta a pesquisa de Wendt (2016, p. 154-159), devido à expansão de riscos e incertezas promovida pela comunicação da internet, o intuito criminalizar do Direito Penal não alcançará a complexidade da prática. É preciso contemplar critérios objetivos de aplicação do Direito, fugindo da tendência trazida pela expansão do risco da ampliação da lei penal – obrigando a sociedade a buscar alternativas não-penais.⁶ É o caso do estelionato, que sob o contexto digital mantém a necessidade de proteger o mesmo bem jurídico, independente dos novos meios, do ponto de vista da criminalização, mas expõe a necessidade de formas educativas e sociais de defesa e resistência aos novos golpes.

3 PROTEÇÃO DE DADOS E CIDADANIA DIGITAL PELOS MEIOS SOCIAIS DE DEFESA

Os desafios para prevenção do cibercrime enfrentam, portanto, a distinção entre políticas criminais e políticas preventivas inovadoras, ou seja, entre a criminalização formal da tipificação dos atos e a ascensão de políticas como (I) políticas de segurança digital, (II) polí-

5 Art. 5º, XXXIX da CRFB/1988: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

6 Como afirma Wendt (2016, p. 165): "Se o Direito Penal tiver função igual à dos espinhos em relação às flores, supostamente de proteger a sociedade, tanto espinho quanto Direito Penal estão fadados ao insucesso, porquanto o machado da contemporaneidade é avassalador e os cortes e feridas geradas não se curarão com mais machadadas. Há que se repensar o critério normativo-penal como forma de solucionar questões sociais que são possíveis de se solucionar através de práticas comportamentais, administrativas ou técnicas, ou, quiçá, por outros ramos do Direito que não o Penal."

ticas de educação informacional e ética na internet, (III) políticas de solução de conflitos nas relações virtuais, conforme Kunrath (2017, p. 72-146). Esse paradigma não-penal respeita a tendência de busca de alternativas para o combate ao cibercrime em âmbito internacional, mais ligadas a segurança da informação que a persecução penal (SILVA, 2012, p. 103-104).

A simulação promovida pelo estudo de Konradt, Schilling e Werners (2016, p. 10) indica que no contexto da corrente digitalização da sociedade tem sido promovida a profissionalização das análises dos chamados "cibercrimes", sendo necessário abordar as fontes econômicas e os frutos advindos dessas técnicas que se utilizam da engenharia social, tendo em vista que os engenheiros sociais trabalham sob uma multiplicidade de riscos e "tentativa e erro", sendo mais importante para combatê-los proteger a privacidade dos dados que a punição dessas condutas com um novo tipo criminal e um novo braço do sistema penal.

A ascensão de uma política de segurança digital (I) contempla aquilo proposto no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) como princípios e garantias do uso da internet no Brasil, como o respeito à liberdade de expressão e os direitos humanos (art. 2) e o princípio da proteção da privacidade e dos dados pessoais. As garantias (art. 7) são da inviolabilidade da intimidade e da comunicação pessoal via internet, sendo a única alternativa para fornecimento de dados pessoais para terceiros o consentimento livre, expresso e informado. Também, é dever do Poder Público (União, Estados e Municípios) o desenvolvimento da internet e de uma estrutura participativa e colaborativa de sua gestão, promovendo inclusão digital e uma cultura digital (art. 27).

A inclusão digital e a cultura de internet estão diretamente ligadas à proteção dos dados, por isso ela se instrumentaliza na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – Lei n. 13.709/2018) com vigência estabelecida para 2020, que dispõe sob esse aspecto do tratamento dos dados pessoais e é disciplinada pelo respeito à privacidade e a autodeterminação informativa (art. 2º, I e II), sendo assim uma ferramenta também com intuito de fomentar uma cultura de proteção de dados, tanto das pessoas físicas como jurídicas. Nesses aspectos podem ser compreendidas as políticas inovadoras de educação informacional e ética na internet (II) como ferramenta pública de defesa aos cibercrimes.

A inclusão digital, é, portanto, a promoção de uma cidadania que reconhece a dimensão do espaço virtual e reconhece a segurança digital como algo fundamental para inserção na sociedade da informação (MARTINI, 2005). A educação informacional que empodera o cidadão no âmbito digital também está associada à sua posição hipossuficiente nas relações de consumo, reconhecendo a desigualdade técnica que o consumidor possui frente às amplas bases de dados das empresas varejistas, por exemplo (MIRAGEM, 2019, p. 27-28). Portanto, a cidadania digital pressupõe o empoderamento técnico do cidadão ao mesmo tempo que reconhece as assimetrias tecnológicas da estrutura social.

Também, do ponto de vista das empresas, contempla-se a ideia de políticas de segurança de informação e *compliance* atentos ao princípio da privacidade e da preservação dos dados digitais, ou seja, políticas corporativas que estabeleçam diretrizes e normas administrativas de segurança da informação. O legado possível para esses marcos normativos, principalmente a LGPD, conforme Bioni (2019, p. 32-33), é do fortalecimento de uma cultura de proteção de dados para as organizações, tendo em vista fatores importantes como reputação e confiança no ambiente corporativo. Também, que haja uma cultura regulatória em

prol da interpretação e aplicação sistemática dessa proteção em todo o desenvolvimento tecnológico (DONEDA; MENDES, 2019, p. 322).

A mitigação dos riscos trazidos pelas técnicas associadas à engenharia social precisam passar pela identificação dos agressores com essas chamadas fragilidades dos usuários, ou seja, da parte humano nos sistemas digitais. Como observa Townsend (2019), a empresa Avast, ao relatar os fatores a serem observados para que os engenheiros sociais se aproveitem dos usuários: pressão do tempo (forçando o usuário a tomar decisões imediatas), medo da perda, direção errada, avaliações falsas, identidade fala e informações parciais. O *phishing* ampliou seu contexto para além do estelionato digital, sendo que o ato de *phishing for phools*, ou “pescando tolos”, como afirma Akerlof e Shiller (2015, p. 10) contempla as áreas da publicidade comercial e da política, em que os mercados de consumo e eleitorais se utilizam dos dados dos usuários da internet para interferir em suas percepções, adquirindo-os de maneira legal – mesmo sendo adeptos de práticas que escondem o real motivo da captação de informação.

A educação e a consciência coletiva podem contribuir para formas colaborativas de combate contra técnicas como a de *phising*, sendo preciso desenvolver formas educativas para criar um comportamento defensivo resistente e resiliente contra esses ataques: podem ser *games*,⁷ cartilhas ou informativos que exponham como os dados dos usuários podem ou não ser utilizados e de que forma esse uso é legal, impedindo ou ao menos diminuindo a confusão do usuário quando entrega dados pessoais em plataformas digitais. Assim, trabalhando a educação tecnológica – fortalecendo o elo humano (TAYOURI, 2015, p. 1096) –, como aponta o estudo de Nicholson, Coventry e Briggs (2017, p. 292) compreendendo a importância de utilizar meios sociais, não apenas tecnológicos, para se defender dos ataques dos engenheiros sociais – como a atenção aos dados de quem envia o ataque nos casos de *phishing*.

Para o ambiente corporativo, uma alternativa é o empoderamento individual dos empregados, formando usuários resistentes e resilientes aos ataques de engenharia social como o roubo de identidade e os *ransomware*. As recomendações feitas pelo estudo de Thomas (2018, p. 17) se dão no sentido de se reconhecer os grupos distintos de usuários dentro de uma rede corporativa tendo em vista o impacto de seus trabalhos, a familiaridade com o *phishing* e os níveis de confiança (em acreditar não ser suscetível a golpes), aprimorando as vulnerabilidades específicas, empoderando os funcionários a um comportamento ativo que saiba os riscos e as formas de defesa para cada ato executado em relação aos dados digitais.

Isso só é possível por meio de políticas organizacionais adequados à efetiva segurança de dados com formas participativas e que eduquem funcionários e práticas protetivas a privacidade nas atividades das empresas – a LGPD representa legalmente essa evolução no setor organizacional, seja na governança pública ou nas corporações privadas, ao se basear no fundamento da *accountability* ou responsabilidade empresarial. Daí sucede a necessidade das organizações entrarem em *compliance* com a lei, mantendo em suas práticas o princípio da autodeterminação informativa, do consentimento informado e da proteção dos dados pessoais – dando poder às instituições responsáveis pelas investigações e responsa-

7 O texto de Arachchilage. Love e Beznosov (2016) demonstra interessantes resultados sobre a educação dos usuários em um jogo digital que indica ferramentas anti-*phishing*.

bilização internas nas empresas tendo em vista esses princípios. Uma dessas práticas são as certificações privadas de adequação a princípios de proteção de dados.

A fixação de controles internos tem por objetivo ser um reforço à regulação estatal, ao cumprimento da lei, no caso da proteção de dados, conforme descrevem Frazão, Oliva e Abília (2019, p. 693-711), precisam ser adequados ao risco da atividade, à criação de um programa de treinamento dos empregados em relação à segurança de dados, à regulação *by design* e um efetivo monitoramento do próprio programa de *compliance*. Uma das consequências diretas desse cenário é a criação do *data protection officer* (RECIO, 2017), profissional ou setor responsável pela proteção de dados dentro de uma empresa,⁸ o que objetiva alinhar a atividade empresarial com os preceitos legais acerca da privacidade e da segurança informacional, tornando empresas e pessoas menos vulneráveis a golpes classificáveis como estelionato digital.

Ainda, resta o papel social determinado às empresas de tecnologia, que gerenciam os algoritmos e os sistemas digitais utilizados em todas essas operações (pessoais ou empresariais). É o que se chama de regulação *by design*, em que os criadores dos algoritmos são responsáveis por verificar a proteção aos direitos fundamentais, principalmente à privacidade, na ordem de seus sistemas, sendo sistematicamente incorporados. Isto é, conforme Magrani (2019), o Direito sendo usado como metatecnologia, ou seja, a engenharia de *software* passa a considerar os direitos fundamentais e direitos humanos, no caso o direito à segurança de dados, na esfera da produção tecnológica. É o *accountability* algorítmico, em que se exige a responsabilidade social do desenvolvedor (KITCHIN, 2017, p. 26-27).

É um processo que alia a autorregulação dessas empresas transnacionais (FORNASIER; FERREIRA, 2015, p. 409) de tecnologia à necessidade de auditabilidade social, devendo a programação ser submetida à análise crítica da sociedade, bem como a se importar com os princípios jurídicos que orientam os direitos humanos, estando entre eles o princípio da autodeterminação informativa. Ao mesmo tempo que há a privatização da regulação, também deve haver a privatização das responsabilidades, tamanha é a importância dos algoritmos orientados pelas grandes empresas de tecnologia (MARTIN, 2019). A programação precisa atentar a necessidade de criação de espaços com valores democráticos e sociais, trazendo o que há de melhor nos objetivos das leis para dentro dos algoritmos (WEBER, 2018, p. 705-706).

A característica disruptiva das novas tecnologias e seus algoritmos pode permitir sistemas mais seguros e empoderar usuários mais capazes de resistir a golpes digitais, devendo o Direito se portar de maneira adequada, não regredindo ao positivismo da criminalização penal da conduta do estelionato digital, mas sim incorporando princípios adequados ao núcleo da programação – criando um direito flexível e capaz de lidar com as tecnologias, tornando a relação entre engenharia de *software* e Direito como algo híbrido (SANTOS; MARCO; MOLLER, 2019, p. 3079-3081).

8 Acerca da figura do *Data Protection Officer* (DPO): "Para isso, será de suma importância que o encarregado desempenhe suas funções com autonomia e imparcialidade dentro das organizações, podendo ele interferir nos processos internos, e sugerir mudanças e adequações, mesmo que isso afete economicamente a empresa, tendo em vista que sua motivação principal deve ser a de fazer com que a empresa cumpra as normas impostas pela legislação" (OLIVEIRA et al., 2019, p. 18).

4 CONCLUSÃO

A defesa contra ataques e a proteção dos dados pessoais frente à engenharia social e sua mais evidenciada prática (*phishing*) não passa pelo simples desenvolvimento de um sistema invulnerável, pois essa prática não se utiliza de ferramentas digitais ou de tecnologias complexas. Essas práticas dependem da exploração de aberturas humanas e de fragilidades das relações sociais em relação a privacidade. O *phishing* depende de uma complexidade de fatores e se alimenta deles – devendo sua defesa ser proporcional, e necessitar de uma educação digital adequada, que contemple uma cidadania digital consciente de tudo aquilo que se compartilha nas redes e suas consequências, restringindo os buracos em que um engenheiro social possa se apropriar dos dados pessoais de usuários da internet.

Essa conclusão foi possível após descrever o fenômeno que é a engenharia social como um conjunto de métodos que condicionam uma série de práticas, legais e ilegais, tecnológicas e não tecnológicas. No caso, o *phishing* é um golpe que utiliza das práticas da engenharia social de captação de informações, elicitación, pretensão e táticas mentais para aplicar fraudes com intuito de perceber vantagem econômica. É um conceito complexo justamente pela sua associação entre fatores tecnológicos e práticas que nada tem a ver com a complexidade técnica. Ou seja, o engenheiro social, por mais que aplique estelionato em sistemas digitais, não precisa ser um *expert* informático, um *hacker* – até mesmo por isso são considerados crimes digitais impróprios.

A criminalização do estelionato digital passa pelo esclarecimento acerca da prática, evitando o deslumbre com as questões informáticas e digitais, percebendo que, por muitas vezes, o meio digital é simples e está associado a técnicas não tecnológicas de obtenção de dados. Assim, diferencia-se dos crimes contra a pessoa tipificados pela Lei 12.735/2012, pois não há uma complexa adulteração de um sistema digital de proteção de dados pessoais, mas a utilização de técnicas sociais para enganar as vítimas a entregar dados que sujeitam seu patrimônio a apropriação indevida. O *phishing* utiliza as novas tecnologias de informação e comunicação como meio para aplicação dessas fraudes, mas suas técnicas são puramente sociais. A prevenção dessas práticas passa, portanto, mais pela educação informacional e uma cultura de proteção de dados, um empoderamento do cidadão digital, que pela criminalização de condutas informáticas.

Buscando não cair na tentação da criminalização, respondendo ao problema de pesquisa deste, surgem alternativas criativas, inovadoras e socialmente mais adequadas para a proteção dos dados e a prevenção aos cibercrimes, neste trabalho elencamos ou dividimos essas respostas em em três grupos: (I) na educação informacional e no empoderamento da cidadania digital; (II) na cultura organizacional de proteção de dados por meio das políticas corporativas ou *compliance*; e (III) na autorregulação ou regulação *by design* das próprias empresas de tecnologia, pautando seus algoritmos em princípios de privacidade e direitos humanos. E saliente-se que o desenvolvimento de políticas preventivas, para além da mera repressão penal mediante novos tipos, não vem aqui a significar a responsabilização da vítima pela conduta do criminoso, mas sim, de responsabilizar o Poder Público e as empresas de tecnologia, clamando, em relação a tais entes, por atitudes preventivas e proativas contra tais práticas. Ou seja: tais entes devem abandonar a postura de repressão mediante legislação como sendo útil e necessária por si só.

Esses meios sociais de prevenção são as soluções alternativas ao sistema penal, que buscam mais uma cultura da promoção da cidadania digital e do empoderamento dos usuários baseados na noção de privacidade e resiliência aos golpes do que a criminalização das condutas, tendo em vista que a tipificação específica e cuidadosa do tipo penal do estelionato digital tem mais a ver com o bom funcionamento da dogmática penal que da efetiva proteção dos dados pessoais. A tríade de alternativas propostas, uma para as pessoas físicas, outra para as jurídicas e, também, daquela que instrui o funcionamento dos sistemas digitais, tem em vista a efetivação dos princípios da autodeterminação informativa e da inclusão digital.

REFERÊNCIAS

- ACHA, Fernanda Rosa. Crimes digitais: uma necessária releitura do Direito Penal à luz das novas tecnologias. VII Seminário e IV Congresso Interdisciplinar Direito e Medicina Cuidados paliativos. 20 a 22 de agosto de 2018. Itaperuna. Disponível em: <http://revista.srvroot.com/linkscienceplace/index.php/linkscienceplace/article/view/621/347>. Acesso em: 13 jan 2020.
- AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. *Phishing for phools: the economics of manipulation and deception*. Princeton: Princeton University Press, 2015.
- ARACHCHILAGE, Nalin Asanka Gamagedara; LOVE, Steve; BEZNOV, Konstantin. Phishing threat avoidance behaviour: An empirical investigation. *Computers in Human Behavior*, v. 60, p. 185-197, 2016. DOI: 10.1016/j.chb.2016.02.065.
- AVAST. *O guia essencial sobre phishing: Como funciona e como se proteger*. Disponível em: <https://www.avast.com/pt-br/c-phishing>. Acesso em: 14 jan 2020.
- BERGER, Leoni. *Estudo do emprego de técnicas da análise transacional e da programação neurolinguística na melhoria da comunicação pessoal e organizacional*. Dissertação (mestrado em Engenharia de Produção). 1999. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/80569/139040.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 jan 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. Inovar pela Lei. *Gv/Executivo*, v. 18, n. 4, p. 31-33, jul/ago 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/download/79978/76432>. Acesso em: 20 jan 2020.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 jan 2020.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 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: 13 jan 2020.
- BRASIL. *Lei 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/L13709.htm. Acesso em: 13 jan 2019.
- BRASIL. *Lei nº 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: 13 jan 2020.
- CHAUDHRY, Junaid Ahsenali; CHAUDHRY, Shafique Ahmad; RITTENHOUSE, Robert G. Phishing attacks and defenses. *International Journal of Security and Its Applications*, v. 10, n. 1, p. 247-256, 2016. DOI: 10.14257/ijisia.2016.10.1.23.
- COSTA, Fernando José da. *Locus Delicti nos crimes informáticos*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-24042012-112445/publico/Fernando_Jose_da_Costa.pdf. Acesso em: 14 jan 2019.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Um perfil da nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira In: BELLI, Luca; CAVALLI, Olga. *Governo e regulações da Internet na América Latina: análise sobre infraestrutura, privacidade, cibersegurança e evoluções tecnológicas em homenagem aos dez anos da South School on Internet Governance*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2019, p. 309-324.

FIORILLO, Celso; CONTE, Christiany. *Crimes no meio ambiente digital e a sociedade da informação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não-estatais. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v12i1.3303>.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIA, Vivianne da Silveira. *Compliance de dados pessoais*. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (orgs). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FREITAS, Rianny Alves de Freitas. Segurança Digital: estelionato digital e a segurança em sites de comércio eletrônico. *MPMG Jurídico*, n. 17, v. 1, p. 63-65, 2009. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/502/Estelionato%20digital.pdf?sequence=3>. Acesso em: 13 jan 2020.

HADNAGY, Christopher. *Social Engineering: The Art of Human Hacking*. Indianapolis: Wiley, 2011.

HEARTFIELD, Ryan; LOUKAS, George. A Taxonomy of Attacks and a Survey of Defence Mechanisms for Semantic Social Engineering Attacks. *ACM Computing Surveys*, v. 48, n. 3, p. 1-39, 2015. DOI: 10.1145/2835375.

JAGATIC, Tom N.; JOHNSON, Nathaniel; JAKOBSSON, Markus; MENCZER, Filippo. Social phishing. *Communications of the ACM*, v. 50, n. 10, p. 94-100, 2007. <https://doi.org/10.1145/1290958.1290968>.

KITCHIN, Rob. Thinking critically about and researching algorithms. *Information, communication & Society*, v. 20, n.1, p. 14-29, 2017. DOI: 10.1080/1369118X.2016.1154087.

KONRADT, Christian; SCHILLING, Andreas; WERNERS, Brigitte. Phishing: An economic analysis of cybercrime perpetrators. *Computers & Security*, v. 58, p. 39-46, 2016. DOI: 10.1016/j.cose.2015.12.001.

KUNRATH, Josefa Cristina Tomaz Martins. *A expansão da criminalidade no cyberspaço*. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2017. Disponível em: http://www.uefs.br/modules/documentos/get_file.php?curent_file=3330&curent_dir=1772. Acesso em: 14 jan 2019.

LONG; Johnny; PINZON, Scott; WILES, Jack; MITNICK, Kevin. *No tech hacking: a guide to social engineering, dumpster diving and shoulder surfing*. Burlington: Syngress, 2008.

MAGRANI, Eduardo. *Entre Dados e Robôs: a ética das "coisas": da ética do discurso e racionalidade comunicativa ao novo materialismo de sistemas sociotécnicos*. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago, 2019.

MANN, Ian. *Hacking the human: social engineering techniques and security countermeasures*. Hampshire: Gower, 2008.

MARTIN, Kirsten. Ethical implications and accountability of algorithms. *Journal of Business Ethics*, v. 160, n. 4, p. 835-850, 2019. DOI: 10.1007/s10551-018-3921-3.

MARTINI, Renato. Inclusão digital e inclusão social. *Inclusão social*, v.1, n. 1, 2005. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1501/1685>. Acesso em: 14 jan 2020.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, p. 173-222, nov. 2019.

MITNICK, Kevin D.; SIMON, William L. *The Art of Deception: controlling the human element of security*. Indianapolis: Wiley, 2002.

NICHOLSON, James; COVENTRY, Lynne; BRIGGS, Pam. Can we fight social engineering attacks by social means? Assessing social salience as a means to improve phish detection. *Proceedings of the Thirteenth Symposium on Usable Privacy and Security (SOUPS 2017)*. Santa Clara, CA, EUA. Julho, 2017. Disponível em: <https://www.usenix.org/conference/soups2017/technical-sessions/presentation/nicholson>. Acesso em: 10 jan 2020.

NORRIS, Gareth; BROOKES, Alexandra; DOWELL, David. The Psychology of Internet Fraud Victimization: a Systematic Review. *Journal of Police and Criminal Psychology*, v. 34, n. 3, p. 231-245, 2019. DOI: 10.1007/s11896-019-09334-5.

OLIVEIRA, Ana Paula de; ZANETTI, Dânton; LIMA, Flávia Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira na Prática Empresarial In: SILVA, Rafael Aggens Ferreira da (ed.). *Direito e Inovação - criptoativos, Fintechs, Oline Disput Resolution (ODR), Análise de Dados e Inteligência Artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados e Privacidade*. Curitiba: OAB/PR, 2019. Disponível em: <http://esa.sites.oabpr.org.br/wp-content/uploads/sites/7/2019/06/direito-e-inovacao-volume1.pdf>. Acesso em 14 jan 2020.

RECIO, Miguel. Data Protection Officer: The Key Figure to Ensure Data Protection and Accountability. *European Data Protection Law Review*, v. 3, n. 1, p. 114-118, 2017. DOI <https://doi.org/10.21552/edpl/2017/1/18>.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MARCO, Cristhian Magnus de; MÖLLER, Gabriela Samrsla. Tecnologia Disruptiva e Direito Disruptivo: Compreensão do Direito em um Cenário de Novas Tecnologias. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 4, p. 3056-3091, dez. 2019. DOI: 10.1590/2179-8966/2019/45696.

SILVA, Marcelo Mesquita. Ação internacional no combate ao cibercrime e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro. 2012. 109 p. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional Econômico da Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2012. Disponível em: <https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/276/1/Marcelo%20Mesquita%20Silva.pdf>. Acesso em: 13 jan 2019.

TAYOURI, David. The human factor in the social media security: combining education and technology to reduce social engineering risks and damages. *Procedia Manufacturing*, v. 3, p. 1096-1100, 2015. DOI: 10.1016/j.promfg.2015.07.181.

TETRI, Pekka; VUORINEN, Jukka. Dissecting social engineering. *Behaviour & Information Technology*, v. 32, n. 10, p. 1014-1023, 2013. DOI: 10.1080/0144929X.2013.763860.

THOMAS, Jason. Individual cyber security: empowering employees to resist spear phishing to prevent identity theft and ransomware attacks. *International Journal of Business Management*. v. 12, n. 3, p. 1-23, 2018. DOI: 10.5539/ijbm.v13n6p1.

TOWSEND, Kevin. Engenharia social: não se trata apenas de golpes de phishing. Disponível em: <https://blog.avast.com/pt-br/social-engineering-hacks>. Acesso em: 02 jan 2020.

WEBER, Rolf H. "Rose is a rose is a rose is a rose" - what about code and law?. *Computer Law & Security Review*, v. 34, n. 4, p. 701-706, 2018. DOI: 10.1016/j.clsr.2018.05.005.

WENDT, Emerson. *A internet e a fragmentação do direito penal no reforço da cultura do medo no Brasil: percepção social e perspectiva legislativa*. Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade La Salle. Canoas, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unilasalle.edu.br/bitstream/11690/1029/1/ewendt.pdf>. Acesso em: 13 jan 2020.

WORKMAN, Michael. Wisecrackers: A theory grounded investigation of phishing and pretext social engineering threats to information security. *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, v. 59, n. 4, p. 662-674, 2007. DOI: 10.1002/asi.20779.

XIANGYU, Liu; QIUYANG, Li; CHANDEL, Sonali. Social engineering and insider threats. In: *2017 International Conference on Cyber-Enabled Distributed and Knowledge Discovery (CyberC)*, p. 25-34, 2017. DOI: 10.1109/CyberC.2017.91.

Recebido/Received: 26.03.2020.

Aprovado/Approved: 27.05.2020.

O ATIVISMO JUDICIAL E O ENFRAQUECIMENTO DO PODER POLÍTICO: CRISE EFETIVA OU MUDANÇA PARADIGMÁTICA?

THE JUDICIAL ACTIVISM AND THE WEAKNESS OF POLITICAL POWER: EFFECTIVE CRISIS OR PARADIGMATIC CHANGE?

CELIO ROBERTO CORREA¹
DOACIR GONÇALVES DE QUADROS²

RESUMO

O objetivo neste artigo foi impulsionar uma reflexão teórica em torno da doutrina jurídica brasileira sobre o fenômeno do ativismo judicial. Recorrendo a pesquisa bibliográfica e ao método dedutivo com a análise conceitual e de reflexão procurou-se identificar as causas para o ativismo judicial e refletir se este processo intervenção intencional do judiciário no policy-makers se trata de uma crise dos poderes políticos ou se diz respeito ao fortalecimento do judiciário para a efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados. A reflexão sobre o tema a partir da teoria crítica permitiu concluir que o ativismo político caracteriza uma mudança paradigmática no comportamento do juiz e foi desencadeada a partir do texto Constitucional de 1988. As questões sociais passaram a ser objeto de efetiva cobrança pela sociedade, sobretudo ante a inércia dos poderes executivo e legislativo. As intervenções ativistas do judiciário procuravam fazer justiça ao mostrarem-se pontuais e atuaram, sobretudo, em matérias que envolveram riscos efetivos a saúde e a vida, ou ainda em outras questões sociais negligenciadas pelos poderes políticos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Crítica ao ativismo judicial. Crítica ao direito. Hermenêutica.

ABSTRACT

The purpose of this article was to promote a theoretical reflection on the Brazilian legal doctrine on the phenomenon of judicial activism. Using bibliographic research and the deductive method with conceptual analysis and reflection, we sought to identify the causes for judicial activism and reflect on whether this pro-

- 1 Mestrando em Direito no Centro Universitário Internacional de Curitiba - UNINTER. Bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER, sob orientação do Prof. Doutor André Peixoto de Souza. Pós-Graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Graduado em Direito pela Faculdade Internacional de Curitiba. E-mail: celiorc@yahoo.com.br.
- 2 Doutor em Sociologia (UFPR). Professor de Ciência Política e do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). Coordenador do Grupo de Pesquisa Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política (UNINTER), Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: dgquadros2001@yahoo.com.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

CORREA, Celio Roberto. QUADROS, Doacir Gonçalves de. O *ativismo judicial e o enfraquecimento do poder político: crise efetiva ou mudança paradigmática?* Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 130-148, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7832>.

cess of intentional intervention by the judiciary in policy-makers is a crisis of political powers or concerns itself strengthening of the judiciary for the enforcement of constitutionally guaranteed rights. The reflection on the theme from the critical theory allowed us to conclude that political activism characterizes a paradigmatic change in the judge's behavior and was triggered from the Constitutional text of 1988. Social issues started to be object of effective demand by society, especially before the inertia of the executive and legislative branches. The activist interventions of the judiciary sought to do justice by being punctual and acted, above all, in matters that involved effective risks to health and life, or even in other social issues neglected by the political powers.

KEYWORDS: Judicial activism. Criticism of judicial activism. Criticism of the law. Hermeneutics.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil a soma de direitos e garantias cuja efetividade é cobrada do Estado, sobretudo na figura dos poderes Legislativo e Executivo, mas que segundo Ferreira Filho (2007, p. 245) atuam de modo vagaroso, fazendo com que o Judiciário exerça com maior vitalidade as competências que lhe cabem, notadamente com relação à efetividade dos direitos e garantias previstos no texto constitucional.

É em torno desta situação entre os três poderes que nascem as críticas ao denominado ativismo judicial, o qual se destaca em razão da conduta do magistrado que promove uma interpretação das leis e da Constituição, a fim de resguardar o direito constitucionalmente previsto e pleiteado. As críticas dirigidas promovem questionamentos acerca da legitimidade democrática dos magistrados (vez que estes não foram conduzidos pelo escrutínio), a politização da justiça e a capacidade institucional do Judiciário. Ambas as críticas argumentam que o ativismo judicial está enfraquecendo a política e o processo democrático brasileiro como um todo. Por outro lado, os argumentos em prol da defesa do ativismo judicial se sustentam basicamente no fato de que a inércia dos demais poderes, sobretudo do Legislativo, acarreta visível descumprimento dos principais deveres sociais incumbidos ao Estado. (MARTINI e LESSA, 2017, p.5-24)

O propósito deste artigo é aguçar uma reflexão teórica frente a este debate sobre o fenômeno do ativismo judicial presente na doutrina jurídica brasileira. A questão que norteia a reflexão é se intervenção intencional do judiciário no *policy-makers* se trata de uma crise dos poderes políticos ou se diz respeito ao fortalecimento do judiciário para a efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados? Partimos da hipótese de que no Brasil a partir do texto Constitucional de 1988 os direitos sociais passaram a ser objeto de efetiva cobrança pela sociedade e as intervenções ativistas do judiciário são em questões sociais negligenciadas pelos poderes políticos. Há um progresso significativo no desenvolvimento de estudos sobre o ativismo judicial no Brasil, contudo a reflexão teórica proposta aqui se justifica por intencional tratar o tema do ativismo político a partir da teoria crítica e de uma mudança paradigmática no comportamento do juiz que além de aplicar a lei a atualizando de acordo com as necessidades sociais do momento ele procura fazer justiça (COELHO, 2004, p. 388).

Para atingir o objetivo proposto optamos pelo uso da pesquisa bibliográfica e ao método dedutivo com a análise conceitual e de reflexão para identificar como as doutrinas jurídicas selecionadas e tratadas nas próximas seções compreendem o fenômeno do ativismo judicial

e a sua intervenção sobre os *policy-makers*. Finaliza-se o artigo com a reflexão sobre a teoria crítica do direito e a mudança paradigmática que o referido sistema instaura no direito pátrio, e que permitirá compreender com maior clareza o fenômeno denominado ativismo judicial.

2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

De acordo com Schonardie, Foguesatto e Leves (2018) construídos ao longo de várias gerações, os direitos sociais evidenciam o reconhecimento pelo Estado quanto aos direitos mínimos dos cidadãos, remontando conteúdo de cunho individual e coletivo como, por exemplo, o respeito pelo Estado quanto aos direitos individuais – primeira geração – até direitos reconhecidos na quarta geração e que tratam das questões envolvendo genética ou ao meio ambiente, notoriamente coletivo.

De qualquer modo, necessária a abordagem conjunta entre os direitos sociais reconhecidos em suas várias gerações e o fenômeno do ativismo judicial, o que se justifica porque uma é resultado da outra, ou seja, o ativismo judicial nasce em razão da inobservância pelo Estado quanto aos direitos reconhecidos ao longo da história.

Assim, resta necessário abordar o processo de construção das gerações para após elencarmos as razões que fomentaram o ativismo judicial.

Para Miguel Reale “[...] as diferentes partes do Direito não se situam uma ao lado da outra, como coisas acabadas e estáticas, pois o Direito é ordenação que dia a dia se renova” (REALE, 2002, p.6) Não por acaso assevera Sarlet que na doutrina constitucionalista o conjunto de direitos humanos remonta historicamente o desenvolvimento e o reconhecimento dos direitos sociais, ou seja, das gerações de direitos, cada um deles condizente com o momento histórico em que foram desenvolvidos, somando e ampliando seu alcance protetivo. (SARLET, 2015, p. 459-488).

Ampliação protetiva que remonta o histórico construído ao longo de cinco gerações. Neste sentido, importante relembrar que a primeira dimensão reconhece o homem como sujeito dos direitos individuais, demarcando sua autonomia individual frente ao Poder Público, enquanto a segunda geração reconhece o trabalho do homem na sociedade e este como um ser social, fazendo jus aos direitos sociais, econômicos e culturais, ampliando ainda mais o sentido do *welfare state* (COELHO, 2011, p.182).

Para Cavalcante Filho, a primeira geração de direitos é caracterizada pela imposição ao Estado do dever de respeito aos direitos individuais, exigindo do Estado uma obrigação de não fazer, essa consubstanciada na impossibilidade de promover qualquer ofensa aos referidos direitos. Ao contrário, os direitos de segunda geração impõem ao Estado uma obrigação correspondente ao dever de fazer, ou seja, de entregar aos grupos sociais desprovidos direitos como educação, saúde e segurança pública, reduzindo assim as desigualdades (CAVALCANTE FILHO, 2010, p.12)

A terceira dimensão reconhece a constitucionalização dos direitos da cidadania (homem como ser humano e cidadão), onde a base ética é formada por solidariedade, fraternidade e

a caridade, reconhecidos de titularidade coletiva ou difusa, e impõe necessidade de observar um meio ambiente que proporcione vida digna efetiva. Daí a preocupação com os direitos ambientais, valores como a paz e a autodeterminação dos povos, qualidade de vida, comunicação e preservação do patrimônio histórico e cultural (COELHO, 2011, p.183).

Bobbio ressalta de forma clara essa construção histórica que remonta os direitos sociais do homem, construída de forma gradual. Aduz o autor:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O problema — sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer — do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem e um problema mal formulado: a liberdade religiosa e um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos (BOBBIO, 2004, p.9).

A doutrina reconhece aos direitos da terceira geração a característica de transindividuais, ou seja, pertencem a todos os cidadãos, mas não podem ser reconhecidos como sendo de qualquer um deles isoladamente. Exemplos relevantes dessa geração seriam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito a paz e o direito de desenvolvimento (CAVALCANTE FILHO, 2010, p. 12).

Bobbio por sua vez ressalta igualmente a questões envolvendo o meio ambiente:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo (BOBBIO, 2004, p.9).

Uma vez mais o Direito Constitucional viu-se imbuído de incorporar novas ampliações, haja vista que o homem é atualmente detentor de direitos virtuais e bioéticos que ampliaram exponencialmente as discussões jurídicas para uma esfera global, correspondendo efetivamente como quarta e quinta gerações de direitos humanos (COELHO, 2011, p.183).

Todavia, não existe consenso acerca dos direitos reconhecidos como de quarta geração, de modo que alguns doutrinadores reconhecem a engenharia genética, enquanto outros se referem a luta pela participação no processo democrático (CAVALCANTE FILHO, 2010, p.12).

O advento do Estado do Bem-Estar Social reverteu partes importantes dos postulados básicos existentes no Estado de Direito e por consequência, também o Judiciário tem suas atribuições alteradas, passando a analisar as medidas tomadas e a concretização dos resultados perseguidos pelo Legislativo (FERRAZ JR, 1994).

Mudança de postura imposta ao Judiciário que, sobretudo em razão da divisão clássica de poderes imposta, limitava-se a respeitar as condições sociopolíticas do século XIX. Cenário esse que seria alterado em razão da sociedade tecnológica e do Estado Social, os quais cobravam do Judiciário a desneutralidade, e do juiz o exercício de uma função sociopolítica, ou seja, uma responsabilidade prospectiva e preocupada com a finalidade política. Nesse novo cenário, o juiz é agora igualmente responsável pelo sucesso político dos demais poderes, inclusive atuando na correção de eventuais equívocos que possam destoar do cunho social perseguido pelo Estado (FERRAZ JR, 1994, p.12-21).

De fato, simples leitura a partir do texto Constitucional evidencia esse caráter generoso de direitos e garantias. Para Sarlet:

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 incluiu um elenco generoso (na ocasião, possivelmente, sem precedentes e paralelos no constitucionalismo contemporâneo) de direitos sociais e direitos dos trabalhadores no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, além de um conjunto de princípios e regras versando sobre matéria econômica, social, ambiental e cultural nos títulos da ordem constitucional econômica e social (SARLET, 2015, p. 461).

Modelo que cobra, no entanto, efetivo empenho dos poderes na União, sob pena de descumprimento das previsões consignadas no referido texto constitucional.

Nesse sentido, Moura ressalta que “[...] no Brasil o ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário” (MOURA, 2016, p.638).

Para Oliveira,

A concepção de ativismo, por sua vez, está jungida a uma efetiva participação extensiva e vigorosa do Judiciário na consolidação dos valores e fins preconizados constitucionalmente. É uma interpretação proativa da *Lex Fundamentallis* que propicia uma releitura de seu real sentido, alcance e valores axiológicos, com o objetivo de permitir a prolação de decisões modernas, reformadoras/revolucionárias, progressistas e construtivas (OLIVEIRA, 2017, p. 3)

Para Silva, é muito clara as razões que justificariam as decisões prolatadas pelo Judiciário, vez que se evidencia na sociedade contemporânea um déficit de dignidade que vê no Judiciário como destinatário das frustrações sociais, mormente por ocasião da efetivação de direitos que fundam o núcleo essencial. Assim, quedando inerte o Estado em suas obrigações, o poder Judiciário é chamado a intervir na garantia do mínimo existencial (SILVA, 2017, p.14-28).

Oliveira chama atenção ainda para o fato de que no Brasil também o fenômeno da judicialização se deve em grande parte ao próprio texto da Constituição, uma vez que possui um texto analítico abrangente, e que ao constitucionalizar as matérias por meio da interpretação

se retira automaticamente estas questões do âmbito da política, convertendo-as em norma constitucional. Segundo Oliveira outro fator de sustentação deste fenômeno seria o sistema híbrido de controle de constitucionalidade que permite a qualquer magistrado proclamar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o que faz com que novas insurgências sejam submetidas ao crivo do judiciário e fomentando ainda mais o protagonismo. (OLIVEIRA, 2017, p. 2)

Para Martini e Lessa, a ineficácia do Estado em gerir a saúde pública é que promoveu o fenômeno do ativismo judicial, vez que frente a inércia dos demais poderes, ao menos um dos poderes restou sensibilizado para temática tão importante, diga-se, essencial para alcançar o bem-estar e justiça sociais (MARTINI e LESSA, 2017, p.5-24)

As expectativas e pressões sobre a celeridade na implementação, assim como a expansão de direitos já reconhecidos a determinadas categorias, ou mesmo a efetividade de direitos recai sobre o Judiciário. É nesse sentido que advém o denominado Estado-providência, força motriz do ativismo judicial que leva os juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, os limites que são impostos pelo próprio ordenamento jurídico (RAMOS, 2015, p.286) Assim, orientados pelas constituições que passaram a prever e tratar dos direitos fundamentais, os juízes se permitem a dar o devido tratamento e atenção aos respectivos direitos. (BARBOZA, 2014, p.85).

Entendimento não distante da conclusão capitaneada por Coelho ao afirmar a necessidade se considerar não apenas o cumprimento das regras de conduta existentes na sociedade a qualquer preço, mas também as conseqüências da sua aplicação, o que nomeia como sendo justiça efetiva. Isto porque,

[...] se existe uma finalidade da justiça, ela se resume no binômio dignidade/solidariedade, o que vale tanto para o homem comum, o cidadão que sente a injustiça na própria carne, quanto para aqueles a quem a sociedade delegou a tarefa de distribuição da justiça, o que importa em torná-la efetiva em todos os setores da vida humana individual e coletiva (COELHO, 2001, p. 147).

Síntese que se extrai do entendimento apresentado por Herknhoff ao afirmar que

Não pode haver autêntica prevalência do Direito, se o Direito não se dirige a realizar a Justiça Social. Não se pode pretender verdadeiro Desenvolvimento se este não é centrado na Pessoa Humana, se seu endereço não é a construção de uma sociedade na qual as pessoas humanas que a integram possam realizar suas potencialidades existenciais (HERKNHOFF, 2004, p.116)

Para Barroso,

[...] 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, 2009, p.6).

Barroso justifica a atuação do Judiciário, sob o argumento de que o ativismo judicial está ligado a uma participação protagonista do Judiciário na concretização dos direitos constitucionais (BARROSO, 2009, p. 6).

Entendimento não muito distante daquele apontado por Oliveira ao asseverar:

[...] como sendo uma atitude, um modo proativo de interpretação, sobretudo da Carta Política, para disciplinar uma situação que não foi disposta por norma alguma, ou que foi disposta, mas que já não mais atende à realidade fática demandada pelos interessados que necessitam de um provimento jurisdicional.(OLIVEIRA, 2017, p. 3).

Ato contínuo ressalta Oliveira a necessidade de se ter em mente que não existe um conjunto infundável de soluções prontas para todo e qualquer conflito fático apresentado ao judiciário que precisa entregar a prestação jurisdicional. Ao mesmo tempo em que é preciso considerar o fato de que o Judiciário também não pode estar limitado aos exatos termos e expressões consignadas no texto normativo, muitas delas subjetivas e ambíguas, ou mesmo as situações de lacunas normativas. Ambas situações a exigir do magistrado uma atuação política do julgador, criando soluções ainda não concebidas pelo legislador, obedecidos sempre os limites da razoabilidade, extrema observância ao texto da Constituição, sem perder de vista que deve evitar situações de insegurança jurídica ou ferir a separação dos poderes (OLIVEIRA, 2017, p. 5)

Conforme ressalta Baquero e outros, a inércia dessas instituições democráticas, ou seja, este mau funcionamento coloca em risco a credibilidade deste sistema não apenas em razão da desconfiança dos cidadãos quanto a necessidade de existência do sistema em si, mas também quanto a existência dos partidos políticos. Segundo Baquero

Paradoxalmente, o fortalecimento da democracia representativa no Brasil, abalada que está pela inépcia da elite política na sua atuação política e institucional, passa pelo fortalecimento das instituições, que existirá na exata medida da mudança de práticas e hábitos políticos social e culturalmente arraigados em toda a sociedade (BAQUERO, 2018, p. 102).

É o que acontece em relação a instituição judiciária, chamada a intervir em várias questões sociais. Por fim, de suma importância apresentar as conclusões de Mazarotto e Quadros (2018), a qual ressalta que a denominada construção de uma sociedade justa se dá pelas várias instituições que a compõe, as quais são responsáveis diretas pela disseminação e a prevalência de um cenário de igualdade, sobretudo a partir do momento em que o Estado assume as tarefas de cunho assistencialista, mirando a todos sem qualquer distinção. Entretanto, as falhas de gestão que surgem motivam a intervenção política do Poder Judiciário como forma de implementação efetiva dos direitos previstos, vez que sua função primeira é justamente promover integralmente as previsões dispostas no texto constitucional. Trata-se, portanto, de um instrumento de efetivação de garantias e inclusivo, diga ainda (MAZAROTTO e QUADROS, 2018, p.156-178).

Assim, apresentada fatos e argumentos que justificariam a intervenção do Judiciário, convém apresentarmos os argumentos contrários à intervenção, objeto do próximo tópico.

3 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Um dos maiores questionamentos feitos ao modelo intervencionista protagonizado pelo Judiciário seria a legitimidade democrática, vez que, teoricamente, faltaria aos personagens o requisito necessário para validar suas decisões, ainda que essas atendam diretamente aos

interesses dos cidadãos. De fato, muito embora juízes, desembargadores e ministros não sejam agentes públicos eleitos, ainda assim desempenham poderes políticos, na medida em que acumulam forças para inclusive invalidar atos dos outros poderes, mesmo que esses dois órgãos estejam representados pelo Presidente da República ou pelos membros do Congresso Nacional em sua totalidade (BARROSO, 2009, p.1-29).

Em que pese ser considerado como o terceiro e menos importante dos três poderes apresentados pelo modelo clássico de divisão, a importância do Poder Judiciário é inquestionável quando analisada sob o prisma das liberdades e direitos individuais, da qual é sem dúvidas o seu principal garantidor (FERREIRA FILHO, 2007, p. 245). Herknhoff é muito claro ao asseverar que

[...] não pode haver autêntica prevalência do Direito, se o Direito não se dirige a realizar a Justiça Social. Não se pode pretender verdadeiro Desenvolvimento se este não é centrado na Pessoa Humana, se seu endereço não é a construção de uma sociedade na qual as pessoas humanas que a integram possam realizar suas potencialidades existenciais (HERKNHOFF, 2016, p.116).

Nesse sentido, aliás, Cambi assevera que efetivamente o direito não se resume a lei, vez que dele não se pode extrair um conteúdo decisório pré-estabelecido, e a Constituição brasileira direciona o processo como um todo para um viés de discussão e argumentação, de modo a extrair do ordenamento jurídico a melhor resposta possível aos problemas sociais. Conforme bem ressalta o Cambi, “[...] em países de modernidade tardia, como o Brasil, não é satisfatório que o Judiciário deixe de efetivar os direitos fundamentais, ficando à espera da indefinida atuação do legislador” (CAMBI, 2012, p.88).

Ao tratar especificamente do Poder Judiciário e suas garantias, Ferreira Filho lembra que incumbe ao judiciário a função de fazer justiça, mas que no atual Estado moderno essa tarefa se confunde com a aplicação das leis. Assim, aceitar o Judiciário como mero aplicador de regras, em que pese ser esta sua essência, significaria torná-lo limitado, sobretudo por ocasião da análise de casos concretos que demandam atenção especial, limitando-o a função administrativa (FERREIRA FILHO, 2007, p. 248-249). Assim:

[...] o respeito da democracia, em sentido substancial, justifica o protagonismo judicial responsável. É importante salientar que sua utilização não implica o incentivo decisionismos ou voluntarismos, nem tampouco ao retorno à Jurisprudência dos Valores. Ao contrário, pretende-se salvaguardar a posição da jurisdição na efetivação da Constituição, tendo, para tanto, que obstruir os empecilhos contrários à realização dos direitos fundamentais (CAMBI, 2012, p. 93)

Conforme assevera Alberto,

[...] se, em primeiro momento, a lei figurava como parâmetro seguro de definição das questões sociais, com o incremento da complexidade social tornou-se insuficiente, o que demandou atuação ativa do Poder Judiciário, realizando, ainda que de forma contramajoritária, os valores insertos na Carta da República (ALBERTO, 2012, p.42).

Não por acaso já anunciava Hespanha que a nova configuração mundial e a revolução científica, bem como a valorização da diversidade, do pluralismo de sociedades, da igualdade, de grupos portadores de diferenças (culturais, vivenciais, capacidades físicas e intelectuais),

profissionais, políticas, etc, imporria ao modelo vigente aceitar novas formas de construção da democracia e de novos paradigmas para o direito, tornando-o efetivo (HESPANHA, 2013, p.63)

Nessa toada, Alberto ressalta de forma muito clara e contundente que não cabe ao Supremo Tribunal Federal ou alternativa senão pronunciar-se sobre questões controvertidas, de modo que não o fazendo, estaria fomentando um modelo que lhe impõe atuação limitada, nos exatos termos do modelo original que lhe fora desenhado (ALBERTO, 2012, p.43).

De qualquer forma, não bastassem os argumentos dispostos acima, a doutrina também justifica o poder decisório dos magistrados sob duas vertentes, sendo uma delas normativa e a outra filosófica.

A primeira delas evidente no fato de que a Constituição Brasileira, assim como as demais nações que adotaram o regime democrático, reconhecem uma parcela de poder político ao Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal (STF). Mesmo os demais agentes públicos não eleitos pela via eleitoral, também, os detém. De qualquer modo, é certo que ao aplicarem as leis, os magistrados estão efetivamente concretizando decisões tomadas pelos legisladores, ou seja, os representantes do povo, em que pese a necessidade de se considerar que os magistrados e Tribunais não desempenham atividades meramente mecânica (GRAU, 2002, p.64).

Quanto à justificação filosófica, essa é fruto de duas vertentes, a saber, o constitucionalismo e a democracia, conforme ensina Barroso:

A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. *Constitucionalismo* significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já *democracia* significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes (BARROSO, 2009, p.11)

Referida medida retrata a postura do magistrado que decide a questão posta de forma ampla e proativa, mas interpretando sempre o texto Constitucional, indo além do legislador ordinário. Referida iniciativa se traduz num efetivo mecanismo que possibilita "contornar" uma situação criada pela inércia ou ineficácia daqueles que estão inseridos no processo político (BARROSO, 2009, p.1-29). Aliás, Barroso em outra de suas obras afirmava:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais (BARROSO, 2005, p. 51).

De fato, parece evidente o papel do juiz na materialização dos direitos fundamentais.

Convém ressaltar agora a existência de outras duas críticas direcionadas ao ativismo judicial. A primeira delas seriam os riscos da politização da justiça.

Para Ferraz Júnior, é no Estado de Direito que o juiz é desviado de sua função administrativa como de qualquer funcionário público, para incorporar a expressão de força originária do Estado. Aqui nasce a sua liberdade e independência, ao passo em que o Estado, seus funcionários e demais agentes públicos passam a responder civil e administrativamente por danos causados ao cidadão, cuja incumbência é do magistrado. Daí também o nascimento da necessária imunidade do juiz pelos seus atos, o que fomenta a necessária parcialidade e que reforça sem qualquer margem de dúvidas a segurança jurídica (FERRAZ JR, 1994, p.12-16).

Invocamos uma vez mais o magistério de Ferraz Júnior para lembrar que a chamada desneutralização política do judiciário o lançou e o expôs como um todo na mídia, evidenciando um conflito que considera as responsabilidades e a independência da magistratura, chegando a conclusão de que o sistema legal está a serviço da implementação de valores sociais. Com efeito, este marketing atinge diretamente o judiciário, de modo que mesmo a sua neutralidade em determinados acontecimentos é explorada politicamente, de modo a formar consenso popular, reduzindo o direito a simples condição de um objeto de consumo e que o faz perder a prudência (FERRAZ JR, 1994, p.16-21). Nesse sentido Ferraz afirma que:

Ora, com a politização da Justiça tudo passa a ser regido por relações meio e fim. O direito não perde sua condição de bem público, mas perde seu sentido de prudência, por sua legitimidade deixa de repousar na concórdia *potencial* dos homens, para fundar-se numa espécie de coerção: a coerção da eficácia funcional. Ou seja, politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria. Segue-se daí uma relação tornada meramente pragmática do juiz com o mundo. Pois, vendo ele como um problema político, sente e transforma sua ação decisória em pura opção técnica, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no bom funcionamento (FERRAZ JR, 1994, p.19).

Outro fato de relevância que deve ser considerado é que a partir do Estado Social surge a figura do chamado princípio da liberdade positiva, onde todos passam a ter assegurada a igualdade de acesso a plena cidadania, cuja implementação é rapidamente cobrada dos poderes Legislativo e Executivo, mas as conseqüências também atingiriam o Judiciário, bem como alterariam o papel deste último (FERRAZ JR, 1994).

Significa dizer que a partir de então o Judiciário é, também, responsável pela concretização dos direitos sociais, assumindo responsabilidades que caberiam inicialmente apenas aos demais poderes. Acerca da politização Cappelletti acentua.

Efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. [...] Não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma pre-estabelecida, clara e objetiva, na qual pode base-ar sua decisão de forma 'neutra'. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente (CAPPELLETTI, 1993, p. 33)

Segundo o magistério de Cappelletti, inicialmente apenas os Estados Unidos não teriam oferecido resistência quanto a assumir as responsabilidades impostas pela politiza-

ção que era considerada inicialmente um fardo demasiadamente pesado, mas que o dever de cumprimento ao disposto nos respectivos textos exige conduta mais contundente, de modo a fazer com que o Estado – na pessoa dos poderes Executivo e Legislativo cumpram para com as suas obrigações (CAPPELLETTI, 1993, p. 46-47)³.

Para Barroso, os movimentos dos Tribunais no sentido promoção de decisões construídas argumentativamente são perfeitamente válidos, vez que não existem soluções prontas para todos os problemas que surgem, assim como a inexistência de independência absoluta do direito em relação a política.

Acerca dessa temática, Ferreira Filho afirma que a politização detém relevante apoio na política nacional, vindo daqueles que perseguem um modelo de “controle externo” do Judiciário, como forma de punição dos excessos cometidos. Efetivamente, entende o doutrinador que esta seria uma tentativa de impor ao Judiciário um padrão politicamente correto de suas decisões, sobretudo, porque não são os juízes eleitos pelo povo, mas deveria ser controlado pelos representantes do povo (FERREIRA FILHO, 1994, p. 1-17).

Risco que não pode ser efetivamente afastado, conforme ressalta Barroso, incumbindo ao magistrado o dever de observância aos limites existentes, sem deixar de cumprir os deveres de proteção aos direitos fundamentais, incorrendo em resultados injustos (BARROSO, 2009, p. 1-29)

Outro risco apontado pelos críticos seria a capacidade institucional do Judiciário. Neste sentido, Barroso esclarece que ambos os poderes o exercem, impedindo assim que surja uma espécie de instância hegemônica que traga riscos a democracia. No entanto, ressalta que no modelo constitucional em vigor a palavra final no que diz respeito a interpretação das normas constitucionais seja do Judiciário, não significa dizer que todas as matérias devam efetivamente decididas por ele. É o que acontece por ocasião da análise de demandas envolvendo rigor técnico ou científico onde o Judiciário irá privilegiar os entendimentos apresentados pelo Legislativo e Executivo, ou a título de intervenção atuar como limitador em razão de decisões extravagantes que comprometem questões mais relevantes, como é o caso, por exemplo, do sistema público de saúde. Em suma, reserva atuação limitada e apenas em casos onde sua atuação necessária (BARROSO, 2005).

Exemplo prático desta aplicação tem-se em relação ao julgamento do caso Cesari Battisti, no qual a capacidade institucional restou diretamente abordada pelo STF, que declarou-se incompetente, reconhecendo a competência e a capacidade técnica do Executivo para decidir sobre o processo de extradição⁴.

Tem-se com isso, fundamento suficiente para se entender pela funcionalidade do sistema, capaz de reconhecer e balizar competências de julgamento limites de poderes decisórios. Mesmo porque, as circunstâncias que ensejam o ativismo judicial devem ser reconhecidas como solução dotada de caráter de provisoriedade, e que deve ter seu uso aplicado de modo eventual e controlado, e que a expansão do judiciário não deve perder de

3 Além do dever de cumprimento previsto por Cappelletti, também, é fato que é defeso ao magistrado furtar-se ao seu dever legal de entregar a prestação jurisdicional, sobretudo quando tratar-se de direitos assegurados constitucionalmente.

4 Acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição Avulsa de Extradicação nº 1085. PETIÇÃO Avulsa na Extradicação n. 1085 / Reclamação n.11243. Voto do Ministro Luís Fux, p. 33. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia-NoticiaStf/anexo/ext1085LF.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2019.

vista a mau que atinge a democracia brasileira, que é a crise de representatividade do poder legislativo (BARROSO, 2005, p. 1-42)

Fato é que os partidos devem considerar os cidadãos como verdadeiros atores políticos e potencialmente participativos no que diz respeito as escolhas mais importantes da comunidade. Mais ainda, devem os partidos repensarem o papel que verdadeiramente lhe incumbe e o que tem cumprido efetivamente, este último, aliás, mais focado em interesses ideológicos e organizacionais do que o verdadeiro objeto, que é viabilizar os ideais que permeiam a democracia representativa (FACHIN e SILVA, 2017, p.239).

4 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA

Consoante assevera Ferrajoli, dois modelos de Estado de Direito são contabilizados no Estado moderno. O primeiro destaca-se pela existência de uma única fonte de direito que é a formal, ou seja, o Estado de Direito que bebe do princípio da legalidade e que consagra o entendimento juspositivista, enaltecendo e fortalecendo ainda mais o monopólio do Estado quanto a produção de regras normativas. Por sua vez, o segundo modelo evidencia a obediência pelo Estado quanto aos princípios e direitos fundamentais previstos no texto Constitucional, ao passo em que prega a divisão de poderes e igualmente a obediência a regra máxima pelos mesmos (FERRAJOLI, 2001, p. 31).

Acerca do fenômeno da Revolução Constitucional, Cappelletti pondera que na Europa a mesma só ocorreu em razão da compreensão que os direitos fundamentais exigem uma máquina judiciária para se tornarem efetivos, de modo que Cortes constitucionais foram criadas e processos constitucionais foram criados para fazê-los funcionar (CAPPELLETTI, 2001, p. 261).

Perceba-se que pontos importantes merecem atenção neste momento. O primeiro mais óbvio retrata a importância dada aos temas constitucionais e a sua promoção, enquanto o segundo, por sua vez, aponta a necessidade de se criar de uma estrutura judiciária especializada para efetivar os direitos assegurados a partir da Revolução Constitucional.

As constituições passaram a prever direitos fundamentais e um detalhe importante diz respeito ao fato de que, muito embora as mesmas existissem antes segunda guerra mundial, as primeiras eram reconhecidas apenas pelo caráter meramente declaratório, ao passo que no modelo atual é evidente proteção aos direitos humanos, além de atuar simultaneamente como limitador dos poderes legislativo e executivo, ou seja, como efetivo instrumento de controle de constitucionalidade (BARBOZA, 2014, p. 85).

No entanto, essa mudança não entrega de imediato os direitos previstos nos textos constitucionais, oportunizando a criação de um movimento crítico.

Conforme ressalta Wolkmer, esse modelo crítico evidencia um sistema relativamente novo inaugurado nos anos 60 na extinta União Soviética, e que passa a questionar de modo contundente o modelo juspositivista que reinava soberano nos meios acadêmicos e institucionais, desmistificando a legalidade da dogmática tradicional, ao passo que introduzia uma

análise sociopolítica. Com efeito, referido modelo consolidou-se na França na década de 70, expandindo-se para países como Itália, Espanha, Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Portugal (WOLKMER, 2015, p.44).

Referida crítica buscava a necessária sintonia das regras com a evolução percebida pela sociedade. Nesse sentido, aliás, Stein ressalta que a partir desta idéia de mudança de sociedade se extrai um paradigma antropológico de transformação do homem, que o conduz à liberdade frente aos determinismos naturais e históricos sociais. (STEIN, 1986:102 apud WOLKMER, 2015, p. 34). Acerca da crítica frankfurtiana Stein ressalta que:

Se caracteriza por pressupor que estamos todos sobre um plano em que há somente o humano. E é a partir desse plano que as questões se colocam. As questões do conhecimento não podem mais ser resolvidas através do apelo à natureza ou a explicações teológicas. A partir da destruição da idéia de consciência, da crítica dos modelos epistemológicos da relação sujeito-objeto, da recusa das teorias da representação, estas questões não podem mais ser resolvidas através de uma espécie de viagem para o interior, para a consciência. Não é por uma descrição de uma fictícia máquina mental-cognitiva que nós vamos resolver o problema do conhecimento. Teremos que resolvê-lo a partir da análise do que o homem produz: seu discurso, sua cultura, sua história (STEIN, 1986:113 apud WOLKMER, 2015, p.34)

Dito isso, Wolkmer assinala a necessidade de observação quanto a forma de conhecimento que a teoria crítica impõe, indagando se esta amolda-se ao conhecimento científico-observável ou de uma filosofia reflexivamente aceitável. (STEIN, 1986, p. 113 apud WOLKMER, 2015, p. 35). Resposta que é dada por Geuss ao asseverar que a teoria crítica tem como finalidade o esclarecimento e a emancipação, mas não a necessidade de confirmação empírica. Assim, são admitidas mesmo em razão do pesado crivo de avaliação que sofrem, mas que lhe conferem a característica de serem reflexivamente aceitáveis. (GEUSS, 1988, p. 92 apud WOLKMER, 2015, p. 34)

Falta de especificidade científica que não retira o modelo crítico e a característica de investigador social que lhe faz reconhecido e que o legitima em razão de múltiplos interesses de grupos reprimidos, provocando-os em sua autoconsciência. Assim, a teoria crítica tem o papel positivo de ideologicamente trazê-los a participar de um processo adequado de esclarecimentos e emancipação, o que atende as necessidades e interesses dos realmente oprimidos (GEUSS, 1988, p. 141-143 apud WOLKMER, 2015, p.35-36).

Para Coelho, esse engajamento não comporta discussões no campo das ciências sociais, sobretudo no campo do direito onde a justiça, o Estado e os valores são objetos de discursos ideológicos. Justamente por serem objetos criados pelo conhecimento, e sabendo que o conhecimento é transformado paulatinamente, o saber jurídico também o é, recebendo nova atribuição que é de promoção da crítica no sentido de prospectiva, ou seja, voltada para as necessidades futuras a partir da realidade social que vivencia naquele momento. Daí a importância da jurisprudência que ao considerar outras ciências em seu bojo permite uma leitura mais ampla e acertada das reais condições sociais. Conclui-se com isso, que a crítica ao direito traz em seu bojo o passado acumulado não com a intenção de incorporá-lo ao ordenamento como regra, mas como ferramenta que permite a estruturação, viabilizando a reconstrução do homem e da sociedade (COELHO, 2004, p. 383).

Para Wolkmer, a teoria jurídica crítica pode ser conceituada como:

[...] a formulação teórico-prática que se revela capaz de questionar e de se romper com o normativo que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso, no comportamento e no institucional) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras de prática jurídica (WOLKMER, 2015, p. 46).

Em verdade, o trabalho diuturno da teoria crítica é promover a evolução dos debates, de modo a contemplar maior gama de interesses que permeiam a sociedade. Neste sentido, aliás, Coelho ressalta que na visão da dogmática a crítica busca reescrever a teoria geral do direito, mesclando conceitos, experiência e dinâmica do direito, mas para o autor é necessário acrescentar ainda o papel do jurista na substituição de conteúdo normativo, de modo que este considere o contexto e a realidade social. Afinal, “[...] ao juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, mas fazer justiça” (COELHO, 2004, p. 388).

Perceba-se a partir do disposto acima que Coelho anuncia um novo papel confiado aos juristas, que é o de atualizar as normas de acordo com as necessidades sociais daquele tempo. Assim, referida teoria impõe um papel de extrema importância aos juizes, fazendo com que eles passem a observar com maior cautela não apenas a letra fria da lei, mas considerem em suas decisões as relações sociais que permeiam a sociedade e o caso em concreto. Em verdade, esta mudança paradigmática quanto a atuação dos magistrados, bem como a valorização da figura do juiz já havia sido apresentada por Carnelutti. Dizia:

É evidente que o juízo sugere a figura do juiz, em que a ciência do direito reconhece, cada vez mais, o órgão elementar do direito. Antigamente não se pensava assim. Durante muito tempo o juízo foi desvalorizado, em comparação a lei, e o juízo aparecia como um elemento de segundo plano, em comparação com o legislador. Não obstante, a verdade é que, sem o juízo, a lei nem poderia surgir nem poderia servir aos fins do direito. Em termos históricos, o juízo é anterior as leis: antes de criador das leis, o chefe se afirma como juiz; a formação primitiva das leis é o costume, e este supõe uma seqüela de juízos. Por outro lado, sem o juízo, a lei seria um mandato não cumprido e frequentemente inativo. [...] Não só a lei, mas também a sentença não são um produto jurídico acabado, isto é - sem metáforas -, não basta para alcançar os fins do direito. Para esse fim, o processo executivo é tão necessário como o processo de cognição (CARNELLUTI, 2015, p. 83)

Afirmção semelhante percebe-se na doutrina de Ferraz Júnior ao ressaltar que o estado de Bem Estar Social unificou Estado e sociedade, de modo que este último busca a efetividade de seus direitos cobrando do Legislativo e Executivo a materialização dos direitos prometidos. Novo cenário que exige do Judiciário a alteração de suas atribuições, que passa a laborar juntamente com os demais poderes na concretização dos sociais anotados (FERRAZ JR, 1994, p. 12-21)

Assim, orientados pelas constituições que passaram a prever e tratar dos direitos fundamentais, os juizes acabam por parasse permitirem dar o devido tratamento e atenção aos respectivos direitos (BARBOZA, 2014, p. 85). Com efeito, esse modelo constitucional acaba por transferir ao juiz a tarefa de extrair direitos e garantias previstas em meio as regras abstratas do texto da constituição. Neste sentido:

O caráter aberto e abstrato das normas constitucionais modifica o paradigma positivista de uma suposta previsão da norma a ser adotada ao caso concreto, passando os países que adotaram o constitucionalismo como

forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais a se aproximar do common law, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional. Nessa medida, como não há possibilidade de se apontar previamente qual o direito aplicado ao caso, caberá ao Judiciário densificar e dar significado a estes direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento. A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto (BARBOSA, 2014, p. 92).

Igualmente ressalta Barroso o papel do magistrado, lembrando que um importante acontecimento do constitucionalismo é a ascensão institucional do Poder Judiciário em sua jurisdição constitucional, notadamente na judicialização de questões sociais, ou mesmo aquelas de cunho moral ou político, inclusive dotadas de certo grau de ativismo judicial. No entanto, pondera há de existir o zelo com relação a legitimidade que não pode extrapolar os limites institucionais, e sempre que não houver direitos fundamentais ou garantias em jogo, as escolhas devem primar por regras criadas pelos legisladores. Por fim, que tampouco deve a jurisdição constitucional suprimir a voz da sociedade, mormente porque o poder emana do povo e não dos magistrados (BARROSO, 2013, p.923-924).

Com efeito, não incumbe ao jurista o papel de manter plano normativo estático, mas sim atualizá-lo no sentido de incorporar as demandas e exigências da realidade social daquele momento, sobretudo ao magistrado, que não lhe cabe mais apenas aplicar a lei, mas sim, fazer justiça efetiva (COELHO, 2004, p. 388).

Efetividade que considera os anseios da sociedade, e reconhece que "Justiça que não é algo que possa ser reduzido a uma manifestação setorial do humano: ela não pode ser reduzida a um conceito, uma virtude, uma norma, um valor, um critério. Ela é um sentimento, uma emoção, uma paixão, algo que as pessoas vivenciam e que permeia tudo isso" (COELHO, 2011, p. 147).

Note-se, aliás, que a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro em seu art. 5º faz previsão expressa acerca dessa possibilidade de interpretação teleológica⁵, ou seja, a idéia de finalidade da lei que pode ser considerada pelo juízo, quer seja no preenchimento de lacunas ou mesmo para considerar as conseqüências advindas da sentença prolatada.

Siqueira Neto, por sua vez, ressalta não só a necessidade de observância pelo magistrado quanto as regras constitucionais, mas vai além para afirmar que uma nova função é reconhecida ao magistrado, esta consubstanciada na "ampliação da função do denominado Juiz Constitucional que passa de aplicador do direito constitucional a verdadeiros construtor da cidadania constitucional. Tudo, repita-se, sem desrespeitar a divisão de poderes, vez que, sua atuação é nos limites da Constituição e do Ordenamento Jurídico" (SIQUEIRA NETO, 2015, p. 297)

Mais ainda, "[...] há uma quebra de paradigma aqui, passando-se de decisão constitucional para construção constitucional, processo no qual, o juiz se torna um agente que promove a construção do direito constitucional" (SIQUEIRA NETO, 2015, p. 297). Referido autor cita nesta mesma obra, como exemplo desta afirmação o teor do discurso de posse do Min. Enrique Ricardo Lewandowski, cuja importância merece reprodução.

5 Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, com redação da Lei 12.376, de 2010), art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Nesse contexto, o Judiciário confinado, desde o século XVIII, à função de simples *bouche de la loi*, ou seja, ao papel de mero intérprete mecânico das leis, foi pouco a pouco compelido a potencializar ao máximo sua atividade hermenêutica de maneira a dar concreção aos direitos fundamentais, compreendidos em suas várias gerações. Ocorre que, assegurar a fruição desses direitos, hoje, de forma eficaz, significa oferecer uma prestação jurisdicional célere, pois, como de há muito se sabe, justiça que tarda é justiça que falha. Entre nós, inclusive, incluiu-se, recentemente, na atual Constituição um novo direito do cidadão: o direito à 'razoável do processo'(LEWANDOWSKI, 2013, p.2)

De fato “[...] aludida posição reforça a missão do Juiz Constitucional integrada à valorização dos Direitos Humanos em uma perspectiva de realização e harmonização concomitante” (SIQUEIRA NETO, 2015, p. 297).

Ainda em referência ao mesmo discurso de posse, Lewandowski por sua vez ressalta a postura do Judiciário, afirmando que “o Judiciário, superando uma postura hermenêutica mais ortodoxa, que desvendava o Direito apenas a partir de regras jurídicas positivadas na Constituição e nas leis, passou a fazê-lo também com base em princípios, superando a visão tradicional que se tinha deles, considerados preceitos de caráter meramente indicativo ou programático”. E continua afirmando que “[...] os juízes começaram a extrair consequências práticas dos princípios republicano, democrático e federativo, bem assim dos postulados da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da dignidade da pessoa humana, ampliando assim o espectro de suas decisões” (LEWANDOWSKI, 2013, p 3).

Fato é que a partir de então:

“[...] o Judiciário começou a intervir em questões que antes estavam reservadas exclusivamente aos demais Poderes, participando, de maneira mais ativa, da formulação de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção de idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência [...] o Supremo Tribunal Federal, de modo particular, passou a interferir em situações limítrofes, nas quais nem o Legislativo, nem o Executivo, lograram alcançar os necessários consensos para resolvê-las” (LEWANDOWSKI, 2013, p 3).

Há, portanto, notória alteração paradigmática que cobra do Estado maior atenção e respeito para com os direitos previstos, exigindo, sobretudo do Judiciário, uma intervenção mais contundente, o que se vislumbra com certa facilidade a partir do fenômeno reconhecido como ativismo judicial, conforme restou devidamente tratado em tópico específico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou evidente a partir deste breve trabalho que a construção daquilo que entendemos hoje como direitos sociais enfrentaram um árduo caminho. Nesse sentido, importantíssima a revolução constitucional, que em meio aos resquícios deixados pela Segunda Guerra Mundial promoveu a incorporação dos direitos sociais. Assim, somados esses aos direitos asse-

gurados pelas várias gerações de direitos que seriam posteriormente reconhecidas, dá ao ordenamento as garantias constitucionais que hoje temos consolidadas.

No caso brasileiro, a partir do texto Constitucional de 1988, as questões sociais foram devidamente assentadas em seu bojo e passaram a ser objeto de efetiva cobrança pela sociedade, sobretudo ante à inércia dos poderes Executivo e Legislativo. Com efeito, a doutrina demonstra que intervenção reconhecida no ativismo judicial mostra-se pontual e atua, sobretudo, em matérias que envolvem riscos efetivos a saúde e a vida, ou ainda em outras questões sociais onde se vislumbra igualmente a negligência dos demais poderes.

Com efeito, o juiz, figura conclamada pelos doutrinadores como ferramenta essencial, norteado sempre pelo texto Constitucional passa a decidir de modo mais amplo, inclusivo e assistencial, de modo a fazer cumprir as previsões dispostas na lei maior. Mesmo porque é preciso considerar que uma vez provocado este não pode furtar-se ao dever de decidir. Não por acaso aponta a pesquisa que foram justamente as demandas sociais ignoradas e as mudanças paradigmáticas que entregaram ao Judiciário a competência de enfrentamento das questões levadas ao referido órgão, fazendo cumprir efetivamente o texto Constitucional do qual é guardião maior.

De outra banda, essa breve pesquisa demonstra que existe legitimidade política Judiciário, assim como existe parcela política em qualquer sentença prolatada por qualquer magistrado, ainda que ele utilize pura e simplesmente o texto normativo de uma lei, vez que a regra então utilizada é efetivamente produto legislativo amplamente discutido pelos representantes do povo.

Demais disso, veja que os limites institucionais, também, restam obedecidos, vez que em questionamentos feitos, nas muitas oportunidades em que foi consultado pelos demais poderes, o judiciário, quando o era efetivamente, reconheceu no outro a legitimidade de poder. Significa dizer que se houvesse de fato oportunismo exacerbado, poderia o judiciário aproveitar do fato de ter sido provocado para tomar as decisões que literalmente bem entendesse.

Assim, existindo obediência aos limites constitucionais e por tudo quanto o mais restou fundamentado anteriormente, é possível se depreender que inexistente o alegado enfraquecimento da política por ocasião das intervenções do Judiciário, vez que esse guarda parcela de poder político que lhe foi confiado e que não lhe torna um risco iminente ao processo democrático. Ao contrário, resguarda direitos assegurados na Constituição.

Veja-se, inclusive, que não apenas os fundamentos que estruturam as decisões, mas também as repercussões pré e pós decisão, assim como a inexistência da Lei ou mesmo os limites de sua interpretação são, também, objetos de discussão pública e notória, que é exatamente o que o modelo crítico perseguiu sempre, tudo no sentido de discutir e efetivar os direitos sociais previstos, incutindo no pensamento jurídico moderno a necessidade de pensar o direito considerando o cumprimento efetivo das previsões sociais previstas no texto constitucional, individual e coletivamente.

Tem-se, portanto, clara e notória mudança paradigmática, sem que houvesse para tanto o pseudo-enfraquecimento de quaisquer dos poderes de Estado. Ao contrário, como bem disse Cappelletti, implementando o Judiciário as previsões constitucionais dispostas em seu texto, ambos saem fortalecidos, sobretudo o Estado que é a soma de todos eles.

REFERÊNCIAS

- ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Poder Judiciário e Argumentação no Atual Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.
- BAQUERO, Marcello; RANINCHESKI, Sônia; CASTRO, Henrique Carlos de O. de. A formação política do Brasil e o processo de democracia inercial. In: *REVISTA DEBATES*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 87-106, jan.-abr. 2018.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 864-939, set./dez. 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 19 Jul. 2019.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CAMBI, Eduardo. CAMBI, Eduardo. PROTAGONISMO JUDICIÁRIO RESPONSÁVEL. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 83-97, fev. 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre. Editora Sergio Antônio Fabris. 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da Justiça Constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, Outubro/2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. São Paulo: Editora Pillares, 2015.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2010 Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Disponível em 30 jan. 2020.
- COELHO, Luiz. Fernando. *Saudade do Futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.
- COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de Introdução ao Direito*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.
- COELHO, Luiz Fernando. *Direito constitucional e filosofia da constituição*. Curitiba: Juruá, 2011.
- DA SILVA, Rodrigo Monteiro. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 7. N. 1. 2017.
- FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Christine Peter da. Democracia representativa no Brasil: breves reflexões sobre a participação do povo como sujeito político. In: *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 225-239, jan./jun. 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: *Revista internacional de filosofía política*. Año 2001, Número nº 17. 31-46.
- FERRAZ JUNIOR, T. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Revista USP*, (21), 12-21. 1994
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out. 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HERKNHOFF, João Baptista. *Movimentos Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2013. p. 63.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski na presidência do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013. 8 f. STF Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>. Acesso em: 6 mar 2020.

MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. O Ativismo Judicial e a Intervenção do Poder Judiciário: A Limitação dos Orçamentos Públicos e a Garantia do Direito Fundamental à Saúde. In: *Revista Jurídica (FURB)* v. 21, n. 44 . 2017.

MAZAROTTO, Eduardo Brugnolo; QUADROS, Doacir Gonçalves de. Ações afirmativas e judicialização da política: um olhar baseado na teoria de John Rawls. In: *Revista Eletrônica Direito e Política UNIVALI*, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Seguridade social, mínimo existencial e ativismo judicial. In: *Revista de Políticas Públicas*. v.2. n.2. 2016.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. Ativismo Judicial: qual é o limite do Poder Judiciário. In: *Doutrina Pátria*. 2017. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/ativismo-judicial-qual-o-limite-do-poder-judiciario/>

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. In: *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, Editora Unoesc, 2015b, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Direito, Judiciário e Política: um diálogo mais que necessário. In: Org. LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman; ALMEIDA NETO; Manoel Carlos. *Juiz Constitucional: Estado e poder no século XXI: homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHONARDIE Elenise F, Foguesatto Ana M, Leves Aline Michele P. A tutela de direitos humanos num cenário de crise ambiental em tempos de globalização. In: *Meritum – Belo Horizonte* – v. 13 – n. 1 – p. 368-387 – Jan./Jun. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Crítico Moderno*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Recebido/Received: 24.04.2020.

Aprovado/Approved: 11.05.2020.

O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONAIS INDÍGENAS NA REGIÃO SUL DO BRASIL: UMA ANÁLISE DOS OBSTÁCULOS JURÍDICOS E POLÍTICOS

THE PROCESS OF DEMARCATION OF TRADITIONAL
LANDS IN THE SOUTHERN BRAZIL REGION:
AN ANALYSIS OF LEGAL AND POLITICAL OBSTACLES

PEDRO LUIS LOCKS JUSTI¹
DANIEL RIBEIRO PREVE²

RESUMO

O estudo proposto tem como objetivo analisar a problemática da demarcação das terras indígenas na Região Sul do Brasil. Inicialmente abordou-se os aspectos históricos, conceitos relevantes, direitos e garantias constitucionais dos povos indígenas e as políticas intervencionistas na defesa destes povos. Neste sentido, destacou-se o papel da FUNAI como órgão responsável direto pelas demarcações, mas, especialmente a situação atual dos processos de regularização das áreas indígenas. Foi utilizado como metodologia científica o método dedutivo em exploração teórica e qualitativa com a utilização de material bibliográfico e documental legal. Constatou-se que um dos principais obstáculos para as efetivas demarcações das terras indígenas está ligado à ausência de políticas públicas, em que os interesses de determinados grupos se sobrepõem aos interesses difusos e coletivos. Além disso, a falta de servidores públicos capacitados na FUNAI, o baixo orçamento e a falta de pessoal do judiciário, aliada à grande demanda de processos de todas as espécies, em todas as esferas deste poder, acabam gerando os impasses as demarcações definitivas, uma vez que os procedimentos administrativos não conseguem ser finalizados e, no final, grande parte destes processos vai parar no Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Povos indígenas. Demarcação. Direitos indígenas. Região Sul do Brasil.

1 Bacharel em Direito. Advogado. pejusti@hotmail.com.

2 Doutor em Direito – UFSC. Professor titular do Curso de Direito e Especializações da Universidade do Extremo Sul Catarinense - Unesc. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito. Vice-reitor da UNESC. Advogado. drp@unesc.net.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

JUSTI, Pedro Luis locks. PREVE, Daniel Riberio. *O processo de demarcação das terras tradicionais indígenas na região sul do Brasil: uma análise dos obstáculos jurídicos e políticos*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 149-164, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7786>.

ABSTRACT

The proposed study aims to analyze the problem of demarcation of indigenous lands in the southern region of Brazil. Initially, the historical aspects, relevant concepts, constitutional rights and guarantees of indigenous peoples and interventionist policies in defense of these peoples were addressed. In this sense, the role of FUNAI as an organ directly responsible for the demarcations was highlighted, but, especially the current situation of the processes of regularization of indigenous areas. The deductive method in theoretical and qualitative exploration was used as a scientific methodology with the use of bibliographic and legal documentary material. It was found that one of the main obstacles to the effective demarcation of indigenous lands is linked to the absence of public policies, in which the interests of certain groups overlap with diffuse and collective interests. In addition, the lack of trained civil servants at FUNAI, the low budget and the lack of staff in the judiciary, coupled with the great demand for lawsuits of all kinds, in all spheres of this power, end up generating the impasses the definitive demarcations, a since administrative procedures cannot be finalized and, in the end, a large part of these processes will end up in the Judiciary.

KEYWORDS: *Indigenous peoples. Demarcation. Indigenous rights. South region of Brazil.*

1 INTRODUÇÃO

A ocupação e conquista do intitulado, "Novo Mundo", pelos conquistadores europeus em relação ao futuro continente Americano, visava a exploração de riquezas, principalmente os metais preciosos, ouro e prata. Estes metais, principalmente, o ouro constituía a base de medida de riqueza dos novos Estados Absolutistas do século XV.

Entretanto, os europeus encontraram neste "novo" território "descoberto" ao atravessarem o Oceano Atlântico, diversos povos originários com línguas, culturas, tradições e formas de organizações sociais distintas. Em determinadas regiões foram encontradas civilizações complexas em suas formas de organização social, outras com organizações mais tribais. Contudo, todas com modelos de organização social, totalmente distintas dos modelos europeus.

Num primeiro momento os conquistadores europeus necessitando do conhecimento destes povos sobre como sobreviver nesta "nova" terra buscam compreender e tolerar estes povos. Todavia, após os primeiros conflitos serem instalados e a necessidade europeia em explorar e escravizar os povos indígenas para forjarem o modelo econômico de exploração das riquezas da terra, teve o início dos grandes massacres.

Em nenhum momento de toda a história de ocupação e conquista do território americano a proteção aos direitos dos povos indígenas e a manutenção de suas terras esteve no escopo deste processo. Pelo contrário, o que foi instaurado foi um verdadeiro genocídio destes povos, com vistas a exterminar esta cultura e todo o seu direito sobre a sua terra e ao seu modo de vida milenar.

Ao longo dos períodos colonial, imperial, republicano, militar e por fim democrático, os povos indígenas foram ora ignorados, ora tratados como se não fossem seres humanos, ora tratados como incapazes, o que de certa forma ainda permanece, e não tiveram seus direitos respeitados, especialmente no que concerne o direito a terra. A Constituição de 1988 veio fortalecer algumas ideias e políticas que haviam surgido de 1910 em diante. No entanto, apenas com o advento da Constituição de 1988 é que se passou a dar real importância, ainda que

em pequena escala, aos direitos dos povos indígenas. O Estatuto do Índio foi recepcionado pela Constituição de 1988 e, embora ultrapassado, fortalece a necessidade de se garantir as condições de vida dos povos indígenas, tanto na forma de integração, que prevê o estatuto, quanto na forma de manter a sua identidade.

Assim, far-se-á a análise jurídica e fática da atual situação das populações indígenas no Brasil, mais especialmente no que tange as questões territoriais e a demarcação das terras indígenas, bem como, dos empecilhos políticos e jurídicos que por ventura possam prejudicar a efetivação das referidas demarcações, na região Sul do Brasil.

2 TERRAS TRADICIONALMENTE INDÍGENAS E OS EFEITOS DA COLONIZAÇÃO

Inicialmente, cabe destacar que as ocupações européias³ causaram significativas modificações na cultura e demografia das diversas populações indígenas que residiam no país. As alterações demográficas se deram em função da própria colonização, com lutas em razão da demarcação e conquistas territoriais, doenças transmitidas pelos povos brancos, além da "[...] intensiva exploração da mão-de-obra indígena, como a escravidão [...]". (COLAÇO, 2005, p.11-12).

As modificações culturais se deram em decorrência da falta de respeito pela cultura dos povos indígenas, que aos poucos foi sendo destruída, uma vez que os colonizadores passaram a impor sua própria cultura aos índios colonizados. Importantes alterações ocorreram para os povos indígenas, especialmente, no que tange a evangelização, com consequências significativas em sua cultura, uma vez que a vinda dos Jesuítas culminou com uma modificação significativa nas crenças religiosas impostas a partir daí. Os jesuítas, vindos da Europa, serviam primordialmente aos interesses da Monarquia Espanhola, "ocupando o território, defendendo as suas fronteiras, e, através do poder tutelar, atuando como eficiente veículo de divulgação da cultura cristã-ocidental européia". (COLAÇO, 1998, p.05).

Os europeus visualizavam os indígenas como seres completamente inferiores e sem capacidade alguma de governarem a si mesmos, inclusive, com a crença de que não havia sistema jurídico entre estes povos, o que se provou não ser real, com o passar dos anos e de muita análise. Assim, por meio da tutela que lhe impuseram os europeus, através dos jesuítas, justificavam o que chamaram, à época, de humanização. (COLAÇO, 1998, p.22).

É possível observar que desde o início das conquistas e colonizações européias, no "novo" continente americano, não houve observância dos direitos destes povos originários, ou dos sistemas jurídicos próprios das populações indígenas, impondo-se como primordial a implementação de situações e condições que visavam garantir a continuidade dos projetos dos colonizadores. Neste sentido, a busca por riquezas e a imposição da cultura, religião e civilidade dos dominantes, sem que atentassem para o fato de que os reais proprietários das

3 Os europeus, segundo a história, quando chegaram a América não sabiam que aqui estavam, acreditando que na realidade desembarcavam na Índia, inclusive tendo chamado os povos que aqui viviam de índios por tais motivos. Aliás, o próprio Cristóvão Colombo acabou morrendo, após duas viagens, acreditando que realmente havia chegado à Ásia. (GALEANO, 1980).

terras encontradas à época, eram ocupadas e pelos povos que ali já se encontravam, com os direitos de uso e de ocupação pré-existentes já estabelecidos. (WOLKMER, 2001).

No caso da história da conquista e colonização do Brasil, por parte dos portugueses que aqui chegaram, encontraram povos nativos (originários), os quais de forma generalizada denominaram de índios e que possuíam história e cultura diversa dos povos europeus⁴. (COLAÇO, 2005).

Quando da chegada dos portugueses ao Brasil, diversas populações indígenas ocupavam o território, sendo que os Tupi-Guarani se encontravam predominantemente no litoral, onde aportaram primeiramente os conquistadores⁵ europeus provenientes de Portugal. Desta forma, foram os primeiros a sofrerem as interferências culturais e sociais, como um todo, dos povos europeus. Além disso, foram capturados e forçados a trabalhar para os colonizadores, ocorrendo assim a aniquilação de suas tradições, costumes, crenças, culturas e de sua história, que passou a se misturar com a história dos então invasores. (SANTOS, 1973)

Meira (2013, p. 103), destaca que, no Brasil, "o que vigorou de fato desde a Colônia até o Império foi uma forte redução da população indígena em razão de epidemias, guerras e exploração do trabalho indígena", não tendo existido, nos primeiros séculos, qualquer preocupação política, humanitária ou cultural, com estes povos.

Estes povos originários, além das tradições e culturas próprias, possuíam ordenamento jurídico, ou regras jurídicas, ainda que estas não fossem escritas ou que delas não se tenha real conhecimento. Pelo contrário, os povos indígenas encontrados no Brasil quando da sua colonização, detinham até então, normas de convívio elaboradas pelo próprio grupo ao qual pertenciam, que chamavam de tradição. Estas normas, ou tradições, deveriam ser respeitadas e seguidas, sob pena de o indivíduo que a desobedecesse, ser excluído e abandonado pelo grupo de que fazia parte, afinal, "[...] burlar os costumes seria desrespeitar os tabus, seria irar os deuses e a natureza [...]" e isto colocaria em risco tanto o indivíduo quanto o grupo como um todo. (COLAÇO, 2005, p. 23).

As instituições sociopolíticas e jurídicas destes povos originários indígenas atendiam as suas necessidades de solução de conflitos, de organização e convívio social por milênios. Estas instituições, se assim pode-se nomear, possuíam uma outra forma de organização e constituição totalmente distinta do modelo europeu do mesmo período. (MONTE, 1999, p. 17).

É necessário destacar que embora a evangelização e integração dos povos indígenas tenham suprimido tradições, costumes e sistema jurídico próprio destes povos, eles ainda mantêm traços de suas culturas próprias, o que acaba por transformá-los em exemplo de resistência ao sistema de monismo jurídico imposto pelos colonizadores. (MONTE, 1999).

As primeiras normas que regeram as situações dos povos indígenas encontrados no Brasil, foram as cartas trocadas entre as colônias e seus territórios, sendo que no caso do

4 Aos olhos dos europeus, os indígenas eram seres inferiores e incapazes de se autogovernar; assim, através do regime tutelar lhes trariam a civilização e a conseqüente [sic] "humanização", legitimando a transmissão e a interferência cultural, inserindo-os em nova ordem sócio-cultural. (COLAÇO, 2005, p. 13).

5 "O termo "descoberto", que por um longo período foi utilizado pela história oficial latino-americana, desconsidera de forma preconceituosa e arbitrária os povos originários que habitavam o continente americano. Para a abordagem no presente estudo, optou-se pelo uso da palavra "conquista", a qual representa de forma mais fidedigna a realidade que se passou naquela época." (PREVE, 2019, p. 148).

Brasil, cumpre frisar que se tratava do Império Português, por meio da Carta Régia de 09, de abril, de 1655 e, posteriormente a Lei Pombalina de 1755. A referida Carta Régia estabelecida determinados direitos aos indígenas, mas paradoxalmente, permitia determinadas situações para que os fossem escravizados. (ALENCAR, 2015, p.01)

A primeira norma jurídica que trouxe alguma segurança aos povos indígenas, foi a Lei Imperial 601 de 1850, que reservava a estes povos as terras dos aldeamentos⁶, que se resumiam em agrupamentos de várias etnias, incluindo as indígenas, em determinada área de terra, com a finalidade, especialmente, de manter o controle e a catequização dos povos ali aglomerados. (ALENCAR, 2015, p. 01).

Os chamados aldeamentos fizeram surgir o que se denominou "Diretório dos Índios", à época criado pelo Marquês de Pombal, em meados de 1757, que perduraria até 1798, tendo, durante este período, instituindo-se políticas que se resumiam a confinar as populações indígenas em pequenos conglomerados de terras, que, em regra, se limitavam aos arredores de suas pequenas aldeias. "Esta política, associada à praxe de transformar todos os demais espaços em terras devolutas sobre as quais se permitia a titulação a terceiros, vai gerar o caos fundiário, de fato e de direito, no qual os índios se viram envolvidos". (ARAUJO, 2006, p. 25).

A Constituição de 1891, não trouxe qualquer modificação na situação jurídica, humana, política e nacional, dos povos indígenas. Apenas em 1910, foi criado o SPI – Serviço de Proteção ao Índio – comandado por Marechal Rondon, que passou a trazer certa paz e segurança aos povos nativos do Brasil, até então, não considerados integrantes do povo brasileiro. (ALENCAR, 2015, p.01).

Apenas em 1934, os índios passaram a possuir proteção jurídica efetiva, sendo que o texto da Constituição daquele ano, estabelecia a competência privativa da União legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional, em seu art. 5º, e em seu artigo 129, estabelecia o "(...) respeito a posse de terras de silvícolas que nelas se achem, permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las." (BRASIL, 1934).

Novas alterações em relação à questão indígena somente serão observadas na Constituição seguinte, de 1967, e a Emenda Constitucional de 1969, as quais mantiveram tais dispositivos, acrescentando, ainda, no artigo 186 da citada Constituição, que as terras indígenas passavam a pertencer aos bens da União. Enquanto isso, a Emenda de 1969 incluiu no artigo 198 a nulidade dos efeitos jurídicos de domínio, posse ou ocupação por terceiros das terras indígenas sem direito a ação ou indenização contra a União e a FUNAI. (ALENCAR, 2015, p. 1).

Em 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição Brasileira, os povos indígenas passaram a ter um capítulo inteiro protegendo-os, bem como seus legados, além de artigos espalhados no texto constitucional, a exemplo do artigo 231, que protege e garante aos povos indígenas, suas línguas, costumes, tradições, direitos a terras originalmente e tradicionalmente por eles ocupadas, reconhecendo-os como organização social. (ALENCAR, 2015).

6 Aldeamento: destinação de áreas onde eram reunidas comunidades indígenas sob a administração de ordens religiosas (especialmente de jesuítas) e que seguiam o chamado Regimento das Missões, de 1686, visando em especial facilitar o trabalho de assistência religiosa, ou catequese. (ARAUJO, 2006, p. 25).

Em se tratando dos conceitos relevantes para a compreensão do trabalho proposto, é possível encontrá-los na Lei 6.001/73, que dispõe sobre o estatuto do índio. Assim, é necessário que tais conceitos sejam aqui explicitados, conforme a seguir.

A legislação em comento, em seu artigo 3º, inciso I, descreve como índio, ou silvícola, todo e qualquer indivíduo que possua origem e ascendência pré-colombiana e que possa ser identificado como pertencente a um grupo étnico sendo que suas características culturais possam distingui-lo da sociedade nacional. Ainda, no inciso II, do mesmo artigo encontra-se a descrição de que Comunidade Indígena, ou Grupo Tribal, se caracteriza quando um conjunto de famílias ou comunidades índias, que vivam tanto em isolamento completo quanto em contato permanente, ou não, com outros setores e conjuntos sociais, não estão a estes últimos integrados.

O artigo 4º da Lei 6.001/73 explica, ainda, que as populações indígenas serão consideradas isoladas quando vivem em grupos desconhecidos ou, ainda, quando destes grupos se tem poucas e vagas informações, geralmente por meio de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional.

De outro lado, os índios são considerados integrados quando congregados à comunhão nacional e perfilhados no pleno exercício de todos os direitos civis, ainda que mantenham seus próprios usos, costumes e tradições. E, estando eles em contato permanente ou intermitente com grupos estranhos, e conservando parte das condições de sua vida aborígine, mas estando abertos a aceitarem determinadas práticas e estilos de vida comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão se tornando cada vez mais dependentes para o sustento próprio, pode-se dizer que se encontram em vias de integração. (FUNAI, 2018).

No que se refere ao conceito de terras indígenas, a Lei n. 6.001/73 traz em seu artigo 17, as seguintes imposições legais:

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

- I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;
- II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;
- III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas. (BRASIL, 1973).

As terras ocupadas são aquelas que tradicionalmente já são habitadas e usadas pelas populações indígenas, ainda que não existam ações demarcatórias ou, nem mesmo reconhecimento por parte do Estado. (CAVALCANTE, 2016).

Consoante o entendimento de Cavalcante (2016), quando se fala das terras reservadas, descritas no capítulo III da Lei 6.001/73, se está a fazer referência às terras denominadas expressamente de reservas indígenas, que são demarcadas pelo poder estatal para que os índios possam ocupá-las e delas se apossarem, independente se já havia por parte destes povos ocupação previa.

Já as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas dizem respeito especificamente aos territórios dominiais, ou seja, que pertencem efetivamente, com titularidade registral, aos índios, o que na realidade, ocorre em raros casos. Em contrapartida, as duas espécies acima descritas, ou seja, as terras de ocupação tradicional e as reservas indí-

genas, pertencem efetivamente à União, sem título de propriedade às populações indígenas. (CAVALCANTE, 2016).

No final do século XIX, quando os imigrantes europeus passaram a vir trabalhar no Brasil, após a abolição da escravatura, observou-se no sudeste e sul no país, mais especificamente nos Estados de São Paulo, Paraná e Santa Catarina, o surgimento de inúmeros conflitos com os povos indígenas que foram sendo expulsos de seus territórios pelos imigrantes que aqui chegavam. (MEIRA, 2013, p. 104).

Já no fim do século anterior e início do século XX, o governo brasileiro decidiu expandir suas linhas telegráficas em relação ao oeste/noroeste, em direção ao Mato Grosso, culminando com a entrada dos funcionários em território ainda não explorados, o que fez com que se passasse a ter conhecimento de inúmeras tribos e populações indígenas até então desconhecidas. Nesse contexto surgiu a figura de Candido Rondon, militar que passaria a defender os povos indígenas e lutar contra os atos de extermínio destas populações que ocorriam intensamente nas regiões sul e sudeste. "Seu lema 'morrer se preciso for, matar nunca' se tornou legendário". (MEIRA, 2013, p. 104).

Devido à grande influência de Candido Rondon, em 1910 seus argumentos foram capazes de influenciar o governo ao ponto de criar o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que ficou conhecido como SPI, a partir de 1918, que perduraria até 1967, conforme já destacado anteriormente. (MEIRA, 2013, p. 105).

Necessário, também se faz o destaque em relação as políticas intervencionistas de proteção aos povos indígenas no Brasil. Um dos principais marcos neste sentido foi a criação do Serviço de Proteção aos Índios, criado em 1910, não teve qualquer chance de reconhecer aos povos indígenas seus direitos, especialmente à terra, conforme determinava a nova legislação vigente à época. Em 1910 houve o movimento de reconhecimento das terras indígenas, o que deveria ser feitos pelos Estados-membros da União e seus respectivos municípios. Contudo, como as terras haviam sido transformadas em devolutas, e, conseqüentemente a Coroa Portuguesa as havia transferido a quem lhe interessasse, tornava-se difícil a demarcação dos territórios para ocupação dos povos indígenas (ARAUJO, 2006, p. 27).

As reais mudanças, iniciaram-se entre 1967 e 1969, com a Constituição de 67 e a Emenda Constitucional de 69, que declararam as terras indígenas como sendo patrimônio da União, afastando, ao menos, a continuidade dos esbulhos praticados pelos entes federados e particulares aliados aos seus governos. Ademais, os dispositivos legais passaram a garantir o usufruto exclusivo dos recursos naturais que por ventura existissem nas terras por eles ocupadas, além de expressamente anularem os atos que tivessem incidência sobre as terras ocupadas pelos indígenas, sem qualquer indenização ou entendimento de direito adquirido. (ARAUJO, 2006, p. 30).

Ainda que os discursos protecionistas fossem acirrados, na prática o governo militar não cumpriu com as promessas de fiscalização e punição dos culpados pela dilapidação do patrimônio dos indígenas e descumprimento dos dispositivos legais, culminando, em 1967, com a extinção do SPI, e, concomitantemente, com a criação da FUNAI – Fundação Nacional do Índio. (ARAUJO, 2006, p. 31).

A FUNAI, no entanto, viria a ser erguida nas bases do SPI, seguindo, aliás, as mesmas diretrizes e funcionamento, o que, na prática não trouxe, na época, nenhum resultado dife-

rente. A situação e a pressão no governo acabaram por obrigar que o governo militar elaborasse legislação específica para defender os interesses dos povos indígenas, quando então, em 1973, entrou em vigor a Lei 6001, denominado Estatuto do Índio. (ARAUJO, 2006, p. 31-32).

O Estatuto do Índio traz como premissa, a integração progressiva e harmoniosa dos povos indígenas à sociedade e ao ordenamento jurídico brasileiro. "Em outras palavras, o objetivo do Estatuto era fazer com que os índios paulatinamente deixassem de ser índios". (ARAUJO, 2006, p. 32).

Contudo, a partir de 1988 a FUNAI passou a ser uma espécie de tutora dos povos indígenas, como se estes fossem totalmente ou relativamente incapazes, inclusive, com certa dificuldade para que o judiciário da época entendesse a possibilidade dos índios escolherem seus próprios representantes, especialmente advogados, sendo que estes sofriam com a necessidade de sempre esclarecer seus interesses quanto a representação daqueles, junto a autoridade policiais e judiciais. (ARAUJO, 2006, p. 41-42).

Séculos após a colonização vislumbra-se, atualmente, a existência da PNPPPI – Política Nacional de Promoção e Proteção dos Povos Indígenas – constata-se que embora o discurso protecionista seja difundido há muito tempo, é possível observar, nos últimos anos, a crescente preocupação com os reais direitos e garantias previstos na Constituição, ao menos, em tese. (FUNAI, 2018).

Consoante se extrai do tópico política indigenista, no Portal do Ministério da Justiça, é necessário destacar que inúmeras normas vêm sendo elaboradas com o intuito de garantir real proteção aos índios, inclusive, com desconcentração e descentralização das políticas pertinentes em relação, por exemplo a educação voltada para os povos indígenas e as questões acerca da saúde indígena. (FUNAI, 2018).

Ocorre, no entanto, que por mais valorosa e intensa que seja a elaboração de legislação capaz de garantir direitos e políticas públicas aos índios, somente a execução e fiscalização constante destas normas é que serão capazes de elidir o abandono pátrio ao qual estão sujeitos os povos indígenas. Como todos os setores nacionais, as populações indígenas carecem de maior atenção e efetiva realização de atos administrativos capazes de causarem impactos verdadeiros no que se refere às garantias e aos direitos constitucionais, conforme abordagem a seguir.

Nesse sentido, pela magnitude e impactos gerados a partir da vigência da Constituição brasileira de 1988 para os direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas faz-se necessário alguns destaques. Isto porque a Constituição de 1988 instaurou o reconhecimento aos povos indígenas direitos coletivos e permanentes, "(...) criando as bases para o estabelecimento do direito de uma sociedade pluriétnica e multicultural, em que povos continuem a existir como povos que são, independente do grau de contato ou de interação que exerçam com os demais setores da sociedade." (ARAUJO, 2006, p. 45).

O texto Constitucional de 1988, principalmente, no disposto no artigo 231, vem reconhecer os direitos dos índios em relação a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, determinando que a União é responsável pela proteção e demarcação das terras indígenas.

Depreende-se, portanto, do texto expresso na Carta Magna, que os povos indígenas passaram a possuir maior proteção, ao menos em tese, em relação aos seus direitos indi-

viduais e coletivos, bem como, em relação as terras consideradas de ocupação tradicional, sendo que cabe à União zelar por tais direitos.

Os direitos previstos no artigo acima transcrito podem traduzir-se em direitos extra patrimoniais, como direito à organização social, aos costumes, às línguas, crenças e tradições, ou seja, de forma mais resumida, direito à diferença, e, direito patrimonial, que se resume no direito à terra, sendo estes últimos considerados originários, o que equivale a dizer que antecedem a criação do próprio Estado. (OLIVEIRA, 2017).

É possível constatar, portanto, que a Constituição de 1988 trouxe determinações importantes no que se refere aos direitos e garantias dos povos indígenas, sobretudo no que tange as terras tradicionalmente ocupadas por estes povos, garantindo-lhes, de certa forma, que seus bens culturais e tradicionais sejam mantidos e preservados.

Desse modo, a Constituição de 1988, mais especificamente em seu artigo 231, vem assegurar direitos dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas, ante a ausência de normas expressos, o que acabava causando diversas inseguranças jurídicas aos interessados. Neste sentido, é possível constatar que mesmo com as garantias e proteções de direitos relacionados aos povos indígenas pela Constituição de 1988, a história social de formação do Estado brasileiro, desde o período colonial, ainda marca a sociedade com profundas desigualdades sociais vividas entre o seu povo. (CUSTÓDIO; LIMA, 2009, p. 286).

Ademais, deve ser destaca que o Direito sempre esteve a serviço (e ainda está), e foi elaborado, em sua maior parte, por uma elite social burguesa sedenta de poder. "A produção normativa teve como uma de suas funções o exercício do controle social sobre as classes menos favorecidas, escamoteada por interesses políticos e econômicos." (CUSTÓDIO; LIMA, 2009, p. 286).

Todavia, é inegável constatar os avanços proporcionados pela Carta Constitucional de 1988. A partir deste diploma legal, diversas legislações complementares e ordinárias desdobram-se da mesma. Desta forma, para reforçar os dispositivos legais que tratam das questões de demarcação das terras indígenas, agora assegurados constitucionalmente, frisa-se a existência do Decreto 1.775/96, que dispõe sobre os procedimentos administrativos das referidas demarcações; o Decreto 5051/2004, que promulgou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre os povos indígenas; a Portaria MJ nº 14/96, que veio estabelecer regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação das terras indígenas; a Portaria MJ nº 2498/11, que regulamenta a participação dos entes federados no âmbito do processo administrativo de demarcação de terras indígenas; a Instrução Normativa da FUNAI nº 02/2012, que institui a Comissão Permanente de análise de Benfeitorias – CPAB – e estabelece o procedimento para indenização das benfeitorias implantadas no interior de terras indígenas; e, por fim, a Portaria 682/PRES – FUNAI, de 24 de junho de 2008, que estabelece o Manual de Demarcação Física de terras indígenas.

Ademais, insta consignar que a função precípua do FUNAI, desde a sua criação, mas especialmente após a entrada em vigor da Lei 6001/73, sempre foi a de tutelar os interesses dos povos indígenas, bem como, seus patrimônios, considerando-os relativamente incapazes de praticar os atos de representação própria. (ARAUJO, 2006).

Diante do que fora tratado até o momento, e com base na posição de Araujo (2006), verifica-se que várias medidas vem sendo tomadas, nos últimos anos para que as populações indígenas tenham seu direito à terra respeitado, sendo que deste deriva o respeito aos demais aspectos intrínsecos aos povos indígenas, como os costumes, tradições, cultura, religião, etc. Se as legislações, embora ainda precárias no sentido de proteção, vem trazendo alento aos anseios territoriais dos indígenas, é preciso que as condutas e procedimentos sejam mais viáveis e ágeis.

Assim, não se estaria permitindo, por outro lado, que “um ou outro” possuíssem poder absoluto sobre as decisões que deferem, ou não, os processos administrativos de demarcação das terras indígenas, evitando-se, desta forma, que erros permaneçam cerceando os povos indígenas de exercerem efetivamente o poder que lhes cabe em suas terras.

3 OS OBSTÁCULOS JURÍDICOS E POLÍTICOS PARA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO SUL DO BRASIL

Não é possível precisar a época em que os primeiros habitantes passaram a ocupar os territórios na América do Sul, e, conseqüentemente, no sul do Brasil, embora se estime, por meio dos estudos antropológicos, que a presença humana data, na região sul do país, de 13 (treze) mil anos, migrando da América do Norte para regiões da América do Sul, e, posteriormente, se instalando na região sul brasileira. (LISBOA, 2010).

Os primeiros registros escritos dos povos indígenas na região sul do Brasil datam de 1626 e 1630, quando os jesuítas, os colonizadores e políticos passaram a migrar para esta região em missões que, ao que indica a história, tinham como principal objetivo colocar fim as disputas da região entre as Coroas Portuguesa e a Espanhola. (LISBOA, 2010).

Em relação aos povos indígenas encontrados quando da ocupação do Sul do Brasil pelos europeus destacam-se os Kaingang, Xokleng e Guarani. (LISBOA, 2010, p. 31). Os conflitos com estes povos e o colonizador europeu tiveram como principal elemento de disputa a ocupação das terras dos indígenas.

Nesse processo de conflitos instaurados, aponta-se a figura social dos chamados bugreiros, que nada mais eram do que caçadores de índios, já que estes, acuados e com suas áreas e territórios sendo ocupados, destruídos e suas glebas de terras cada vez menores, passaram a atacar o gado e as fazendas dos colonos em busca de saqueá-las para sobrevivência. A forma como os referidos bugreiros agiam, exterminando e massacrando as populações indígenas, teve destaque na região sul do Brasil, uma vez que o Estado era incapaz de prover a segurança que os colonizadores exigiam. (LISBOA, 2010).

Apenas com a criação de órgão oficiais indigenistas, como o SPI, por exemplo, é que se observou o início da demarcação de terras indígenas nos territórios do sul do Brasil, e que, apesar de não terem cumprido seu papel, em muitas circunstâncias, como se destacou anteriormente, acabaram por impedir que massacres maiores fossem cometidos contra os povos indígenas e que, de alguma forma, fossem iniciadas as demarcações de suas terras como passava a prever a legislação vigente à época. (LISBOA, 2010).

Dessa forma, a partir do disposto na Constituição de 1988 e no Decreto n. 1775/96, o processo de demarcação de terras indígenas constitui-se como um procedimento administrativo com objetivo de identificar e sinalizar os limites das áreas tradicionalmente ocupadas pelas populações indígenas. Em relação ao decreto citado, no entendimento de Araujo (2006), o procedimento de demarcação das terras indígenas, estabelecido no decreto 1775/96, divide-se em algumas etapas.

A primeira etapa é a da identificação, onde a FUNAI nomeia um antropólogo que irá elaborar o estudo na área a ser demarcada. Este estudo irá embasar o trabalho de um grupo técnico escolhido, preferencialmente formado por membros do órgão indigenista, em regra, a FUNAI, "que fará estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, além do levantamento fundiário para a delimitação dos limites da Terra Indígena". O trabalho realizado deverá ser apresentado ao presidente da Fundação Nacional do Índio, que o aprovará, publicando-se o documento oficial em seguida, além de fixação em mural público no Município onde ocorre a demarcação. (ARAUJO, 2006, p.50).

A segunda etapa é denominada de contraditório. É o momento seguinte, em que, feita a publicação e afixado o edital em mural municipal, abre-se a oportunidade dos Estados, Municípios, ou qualquer outro interessado impugnar o procedimento de demarcação, dentro do prazo de 90 (noventa) dias a contar da publicação, requerendo e apresentando provas que possam estabelecer indenização ou apontarem vícios no relatório técnico. "A FUNAI tem, a partir daí, 60 dias para opinar sobre as razões dos interessados e encaminhar o procedimento ao Ministro da Justiça". (ARAUJO, 2006, p. 50).

Em seguida, na terceira etapa, tem-se a declaração dos limites, que é o momento em que o Ministro da Justiça, no prazo de 30 (trinta) dias, deverá fazer a declaração dos limites definidos no estudo técnico, e, por fim, determinar a demarcação física do território em questão. "Ao invés disso, porém, poderá optar por prescrever diligências a serem cumpridas em mais 90 dias, ou ainda, desaprovar a identificação por meio de decisão fundamentada, a ser também publicada na imprensa oficial". (ARAUJO, 2006, p. 50).

Ultrapassadas as etapas anteriores e tendo o Ministro da Justiça declarado os limites, sem qualquer pedido de diligências ou desaprovado a identificação, nos moldes anteriormente explicados, segue-se a etapa da demarcação física.

Esta etapa será feita pela FUNAI, que fará a colocação de marcos físicos, colocação de placas, picadas na vegetação, dentre outras formas de marcar os limites da área definida no estudo técnico. "Ainda nesta etapa, o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), em caráter prioritário, procederá ao reassentamento de eventuais ocupantes não-índios". (ARAUJO, 2006, p. 50-51).

A quinta etapa é a da Homologação, sendo que "todo o procedimento de demarcação será, por fim, submetido ao Presidente da República para ratificação por meio de decreto". (ARAUJO, 2006, p. 51).

Por fim, a sexta e última etapa consiste no Registro. "A Terra Indígena demarcada e homologada será registrada, no prazo de 30 dias, no cartório de registro de imóveis da comarca correspondente e no SPU - Secretaria de Patrimônio da União". (ARAUJO, 2006, p. 51).

Desta forma, o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas pode ser considerado ato de natureza meramente declaratória. Ou seja, o ato administrativo de demarcação das terras indígenas não constitui qualquer direito, mas, tão somente, reconhece um direito já existente, que, conforme acima descrito, é um direito originário, advindo da própria Constituição de 1988.

Além disso, como as terras indígenas passaram a ser consideradas bens da União, são, conforme já dito anteriormente, inalienáveis e indisponíveis, bem como, os direitos sobre elas tornaram-se imprescritíveis, sendo que abrigam, atualmente, cerca de 300 povos indígenas em todo território nacional. É possível observar na atualidade, 462 terras indígenas regularizadas no Brasil, ocupando em torno de 12,2% do território nacional, sendo a maior concentração na área chamada Amazônia Legal. Destas áreas as Regiões Sul e Sudeste possuem o menor percentual de distribuição. (FUNAI, 2018).

Nas áreas de maior impacto resultantes da colonização, que se desenvolveram economicamente de forma galopante, a posse dos índios manteve-se de forma reduzida e esparsa, sem levar em conta as reais necessidades destes povos para manutenção do seu modo de vida e sua sobrevivência. É justamente em regiões como a do Mato Grosso do Sul, e mais especialmente os Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul que existem as maiores incidências de conflitos no que concerne a regularização fundiária das terras indígenas e disputas territoriais.

Em relação as políticas de incentivo da regularização das terras indígenas, extrai-se do Portal da FUNAI:

Isso se dá a partir de políticas específicas, incentivos fiscais e repasse de recursos federais exclusivamente destinados às terras indígenas e às políticas indigenistas desenvolvidas dentro e fora das terras indígenas (como, por exemplo: ICMS ecológico, repasses relacionados à gestão territorial e ambiental de terras indígenas, repasses relacionados à educação escolar indígena, recursos relacionados às políticas habitacionais voltadas às terras indígenas, recursos destinados a ações de etno desenvolvimento, fomento à produção indígena e assistência técnica agrícola em terras indígenas etc.). Especialmente nos estados e municípios localizados em faixa de fronteira, a demarcação de terras indígenas garante uma maior presença e controle estatal nessas áreas especialmente vulneráveis e, em muitos casos, de remoto acesso. (FUNAI, 2018).

Observa-se no texto acima que a União, responsável por garantir a aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, possui políticas de incentivo aos Municípios e aos Estados para que estes implementem e assegurem as demarcações e regularizações das áreas indígenas, inclusive, com repasses de recursos e incentivos fiscais.

Além dos incentivos fiscais e repasses de recursos que beneficiam os entes federados, a regularização das terras indígenas trazem, ainda que indiretamente, benefício à sociedade como um todo, a começar pela diminuição dos conflitos sobre as terras, passando por entender que estas regularizações contribuem para a construção de uma sociedade pluriétnica e multicultural, e, por fim, mantendo vivas as tradições e modo de vida das populações indígenas, que acabam por enriquecer o patrimônio cultural do país. (FUNAI, 2018).

Além de todos os benefícios e reconhecimento de direito da dignidade humana dos índios, é preciso ressaltar que a demarcação das terras indígenas traz benefícios ao meio

ambiente, e assim, tem impacto direto na comunidade internacional, já que as terras dos índios mantêm como as mais protegidas ambientalmente.

Todavia, segundo Barros e Barcelos (2016), a FUNAI enfrenta dificuldades múltiplas em seu aparelhamento, especialmente no que se refere à falta de servidores e pessoal qualificado para realização dos procedimentos exigidos para a demarcação, que fica, em regra, a encargo da Fundação.

É possível identificar como principais entraves para demarcação e regularização das áreas indígenas, segundo Barros e Barcelos (2016), as restrições orçamentárias e de pessoal na FUNAI, além de pressões políticas que asfixiam o direito constitucional à terra, a principal reivindicação desses povos.

Conforme declaração dos funcionários, por meio de carta enviada ao Poder Público e a imprensa, em 2016, a FUNAI conta com 7 Coordenações Regionais (CR's) e 297 Coordenações Técnicas Locais (CTL's), unidades descentralizadas próximas aos indígenas, sendo que em muitas destas Coordenações Técnicas Locais não existem funcionários, e quando existem, não passam de três. (BARROS E BARCELOS, 2016).

Existem relatos, inclusive de casos no Paraná em que os prefeitos de diversos Municípios reuniam-se para coagir e ameaçar a vida de funcionários das CTL's, que tiveram, inclusive, que deixar as regiões, indo instalar-se em Brasília. (BARROS E BARCELOS, 2016).

Mais do que os entraves causados pela falta de estrutura da FUNAI, é preciso atentar para o fato de que os maiores obstáculos para efetivação da demarcação e regularização das terras indígenas se encontram na disputa política e econômica.

As bancadas ruralistas e do agronegócio são os maiores empecilhos a concretização das demarcações das terras indígenas, uma vez que, movidos por interesses próprios, os proprietários de terras voltadas a agricultura e a pecuária, além das grandes empresas madeireiras e mineradoras, dentre outras empresas ligadas à extração de recursos naturais, pressionam politicamente o governo para que as regularizações não afetem o andamento de seus negócios.

Na Região Sul do Brasil, os processos de demarcações encontram inúmeros obstáculos, especialmente pela grande quantidade de títulos de propriedade registrados. Essa suposta regularidade das terras devidamente registradas em nome de proprietários que as ocuparam ou obtiveram seus títulos há muitas décadas, faz com que as pressões políticas se tornem mais acirradas, inclusive, com maior facilidade de articulações no Judiciário. (BARROS E BARCELOS, 2016).

"Num contexto de reprimarização das exportações do país, que passou a depender ainda mais das *commodities* agrícolas e minerárias, a contradição com a pauta indígena se evidencia novamente." (BARROS E BARCELOS, 2016, p. 1).

Ademais, a máquina judiciária também se encontra, há muito, defasada em relação à quantidade de servidores, desde técnicos à Magistrados e membros do Ministério Público. Essa defasagem de servidores, como é sabido, torna a justiça brasileira exageradamente morosa, e, de uma forma ou outra, quase todos os processos administrativos de demarcação acabam gerando algum tipo de discussão no judiciário.

Escrevem Barros e Barcelos (2016, p. 01):

Em 2014, foram anuladas demarcações de três terras indígenas após uma decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF). Duas dessas terras estão no epicentro da violência contra os povos indígenas, o Mato Grosso do Sul: a TI Guyraroka, dos povos Guarani e Kaiowá, e a TI Limão Verde, do povo Terena. Também a TI Porquinhos, do povo Canela- pãnjekra, do Maranhão, teve a demarcação anulada. O Supremo, porém, já adotou posições contrárias. Recentemente, o tribunal negou o seguimento de um mandado de segurança que pedia a revogação da demarcação da TI Morro dos Cavalos, em Santa Catarina, com base na tese do marco temporal.

Num contexto geral é possível constar que o Estado, como um todo, possui defasagem de funcionários e pessoal capacitado em todas as áreas, indo desde a FUNAI, que é responsável pelos estudos técnicos e etapas do processo administrativo de demarcação, findando no Poder Judiciário, onde acaba a maioria dos processos de demarcação.

Além da falta de estrutura do Estado, constata-se que os interesses particulares ainda tendem a se sobrepor aos interesses difusos e coletivos, já que um dos maiores, se não o maior obstáculo à demarcação e regularização das terras indígenas é o setor político e o econômico, no qual os empresários do agronegócio, e demais ramos ligados à extração de bens e produtos advindos da terra influenciam, por meio de suas bancadas, as decisões do Poder Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

O direito dos povos indígenas às terras, especialmente as que ocupam tradicionalmente, tem como objetivo respeitar as culturas e tradições dos povos originários, garantir a diminuição dos conflitos territoriais, promover a sustentabilidade e a preservação do meio ambiente além de assegurar que os Municípios e os Estados possam cumprir com suas obrigações de oferecer atendimento digno aos seus cidadãos. (FUNAI, 2018).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante os primeiros séculos de ocupação europeia no território brasileiro, os povos indígenas foram massacrados, mortos, escravizados e, em sua grande maioria, expulsos ou retirados das terras que ocupavam originalmente. Em nome do progresso, da civilização e dos interesses econômicos privados e governamentais, os povos indígenas passaram a perder suas tradições, costumes, religiões e formas de organizações primárias, embora, em grande parte, estes povos lutam para manter vivas as lembranças étnicas de seu povo.

Em relação aos procedimentos de demarcação de terras indígenas verifica-se que poucas condutas efetivas, pois os processos têm sido paralisados em razão de interesses de determinados grupos econômicos ou de grupos políticos. O desmonte da FUNAI como espaço público do Estado promotor de políticas públicas tem sofrido reduções e cortes de orçamento e de estrutura de pessoal. Tal fato, aliado a morosidade processual do Poder Judiciário e os incontáveis recursos disponíveis para terceiros interessados em impedir as demarcações, acabam por causar a demora na finalização dos processos demarcatórios das terras indígenas.

Em todo o Brasil, especialmente na Região Sul, os maiores obstáculos às demarcações e regularizações das terras indígenas encontram-se nos conflitos políticos e econômicos

ligados aos interesses do agronegócio, tendo em vista de se tratar de uma região com alto capital especulativo da terra para a produção de commodities. Desfavorecendo, portanto, aqueles que são os ocupantes originários destes territórios e que acabam por ser marginalizados e excluídos de qualquer processo de reconhecimento dos seus direitos originários sobre a terra que vivem.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Adriana Vital Silva de. Evolução histórica dos direitos indígenas.

Revista Jus Navigandi, Teresina, jan. 2015. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/35348/evolucao-historica-dos-direitos-indigenas>. Acesso em: 29 maio 2018.

ARAUJO, Ana Valéria *et al.* *Povos indígenas e a lei dos brancos: o direito a diferença*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006. (Coleção Educação para Todos). Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=64

4-vol14povos-indigenas-pdf&categoryslug=documentos-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 4 maio 2018.

BARROS, Ciro; BARCELOS, Iuri. A Funai pede socorro. *Revista on-line Carta Capital*. jun. 2016. Seção Sociedade. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-funaipede-socorro>. Acesso em: 27 jun. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. *Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. *Decreto 1.775 de 8 de janeiro de 1996*. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm. Acesso em: 15 maio 2018.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. Terra indígena: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. *Revista História*, Franca, v. 35, p. 1-22, jul. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/his/v35/0101-9074-his-35-00075.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.

COLAÇO, Thaís Luzia. *O direito Guarani pré-colonial e as missões jesuíticas: a questão da incapacidade indígena e da tutela religiosa*. 1998. 524 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1998. Disponível em: <http://tede.ufsc.br/teses/PDPC0280-T.pdf> Acesso em: 04 maio 2018.

COLAÇO, Thaís Luzia. *"Incapacidade" indígena: tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas*. Curitiba: Juruá, 2005.

CUSTÓDIO, André Viana; LIMA, Fernanda da Silva. O direito fundamental à titulação de terras das comunidades remanescentes de quilombos no Brasil. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 10, n. 2, p. 275-298, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1931/999>. Acesso em: 12 jun. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora Moderna, 2004.

FUNAI. Fundação Nacional do Índio. *Entenda o processo de demarcação*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-24-53>. Acesso em 05 jun. 2018.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

LISBOA, João Francisco Kleba. *O direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da antropologia jurídica*. 2010. 168 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/93900>. Acesso em 10 jun. 2018.

MEIRA, Marcio. Direitos indígenas no Brasil: reveses, avanços e contradições. In: BOKANY, Vilma; VENTURI, Gustavo (Orgs.). *Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013. p. 101-125.

MONTE, Marcos Antônio Lorencette. *O pluralismo jurídico e os povos indígenas no Brasil*. 1999. 158 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1999. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/80658/150585.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 jun. 2018.

OLIVEIRA, Cristiane de. Povos indígenas: conheça os direitos previstos na constituição. *EBC*, Brasília, abr. 2017. Notícias Direitos Humanos. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-04/povos-indigenasconheca-os-direitos-previstos-na-constituicao>. Acesso em 10 jun. 2018.

PREVE, Daniel Ribeiro. *Pluralismo jurídico e interculturalidade: os sistemas jurídicos indígenas latino-americanos e as formas alternativas na resolução de conflitos*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019. Disponível em: <http://www.essenelmondo.com/pt/direito-pluralismo-juridico-e-interculturalidade-ebook170.php>. Acesso em 10 jan. 2020.

SANTOS, Silvio Coelho dos. *Índios e brancos no sul do Brasil: dramática experiência dos Xokleng*. Florianópolis: Luanrdelli Representações Ltda, 1973.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: Unesco, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega Ltda, 2001.

Recebido/Received: 03.04.2020.

Aprovado/Approved: 11.05.2020.

ACESSO À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA NOS CONFLITOS COMPLEXOS: CONTRIBUIÇÃO DA EXPERIÊNCIA ROMANA A SOLUÇÕES POR AUDIÊNCIA PÚBLICA JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL DELIBERATIVA

ACCESS TO THE JURISDICTION OF
JUSTICE IN COMPLEX CONFLICTS:
CONTRIBUTION OF THE ROMAN EXPERIENCE TO SOLUTIONS BY
DELIBERATE JUDICIAL OR EXTRAJUDICIAL PUBLIC HEARING

JOSÉ ISAAC PILATI¹
ORIDES MEZZAROBA²

RESUMO

Com o método de ensino do Mestrado Profissional em Direito da UFSC, cuja área de concentração é Acesso à Justiça, o artigo aventa, com base nas fontes e na *iurisdictio* romanas, uma teoria para a participação popular nos conflitos complexos, através de audiência pública judicial deliberativa. Exemplifica com uma proposta de estrutura institucional e de rito processual próprio, elaborados junto a operadores jurídicos no Brasil. O resultado aponta para uma teoria própria, e um texto modelo para orientação prática.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência pública. Jurisdição. Acesso à justiça. Conflito complexo. Bens coletivos.

SUMMARY

*With the teaching method of the professional master in law of UFSC, whose area of concentration is access to justice, the article is based on the Roman sources and *iurisdictio*, with a theory for popular participation in complex conflicts, through audience Deliberative judicial public. Exemplifies with a proposal of institutional structure and own procedural rite, elaborated with legal operators in Brazil. The result points to a theory of its own, and a model text for practical guidance.*

KEYWORDS: Public hearing. Jurisdiction Access to justice. Complex conflict. Collective assets.

1 Professor Titular (Graduação e Pós-graduação, Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina. jipilati@matrix.com.br.

2 Professor Titular e Coordenador do Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador de Produtividade do CNPq. oridesmezza@gmail.com.
Agências de fomento: Fundação Boiteux; Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

PILATI, José Isaac. MEZZAROBA, Orides. Acesso à jurisdição da justiça nos conflitos complexos: contribuição da experiência romana a soluções por audiência pública judicial ou extrajudicial deliberativa. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 165-178, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7838>.

INTRODUÇÃO

O Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (2019)³, criado em 2015 e instalado em novembro de 2016, vem provocando grande impacto na metodologia do ensino jurídico e na introdução de novas tecnologias de acesso à Justiça (Universidade Federal de Santa Catarina, 2019)⁴ no Brasil: o estudante é desafiado a partir de um caso concreto da sua experiência profissional, a descrever o problema na sua casuística e a construir soluções com auxílio de aportes teóricos do Curso, da instituição em que labora e da pesquisa a que se devota.

Esse tipo de postura metodológica contrasta com o modelo tradicional do ensino jurídico brasileiro, que prefere privilegiar o caminho inverso, de partir do abstrato para o concreto. Este trabalho devota-se ao problema, e trata de comparar as experiências, romana: casuística; e moderna: metafísica e fragmentada. Duas matrizes estanques, teoricamente separadas, mas historicamente indissociáveis, que se defrontam perante os conflitos complexos dos tempos atuais; os quais apontam para a necessidade de rever todo o padrão do pensamento jurídico reinante nos últimos séculos e construir um novo modelo.

Tendo por objeto essa questão e esta proposta, sob o viés do ensino universitário do Direito, o artigo vê o raciocínio jurídico propriamente dito, como o processo mental e técnico que se realiza em contextos normativos e jurisdicionais, voltado à decidibilidade dos conflitos. Pressupõe o raciocínio jurídico, a existência de um método próprio sob um conjunto de fórmulas válidas, às quais se possa validamente recorrer. Os romanos ensinaram que o *ius* às vezes se aplica ao pertinente e às vezes se constrói sob a medida para o caso concreto.

Disse May (1907, p. 59 *et seq*) que o Direito, em sendo um fenômeno histórico, as pessoas e as coisas recebem dele uma versão artificial e técnica, em que não prepondera ponto de vista ou aspecto das suas qualidades naturais. A pessoa passa à condição de *persona*, papéis a desempenhar, e as coisas (*res*) tornam-se objeto de direitos, na situação de bens (*bona*); o que dá origem, nos conflitos e na perspectiva histórica, aos ritos: *legis actiones*.

Pelo sistema formulário (*per formulas*), completa Maynz (1891, p. 498), o *iudicium* romano foi simplificado por uma série de medidas que culminaram na Lei Ebúcia, em fins da República, mas anteriormente a Cícero. Esse é o período a que se reporta este artigo, ao falar das fontes, considerando, ainda, as duas leis *Iuliae* que reformaram a lei Ebúcia sob Augusto e deram completa feição ao processo *formulário*, conforme Gaio (CORREIA, 1955, p. 1-289).

Disse Aristóteles (2011, p. 44) na Poética (4.5) que a poesia nasce da propensão à imitação desde os primeiros conhecimentos da pessoa; e da realidade natural de que a imitação proporciona prazer. E que não é função do poeta o relato fiel dos fatos, no modo que se impõe ao historiador; porque o compromisso dele, poeta, é com o universal, não com o particular: ele expressa, no belo, a dimensão estética da sua visão de mundo. Já o Direito, cumpre acrescentar, procura imitar a si mesmo; com método próprio e compartilhado de lidar

3 A Área de Concentração é Direito e Acesso à Justiça. Linhas de pesquisa: Acesso à justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: a administração da justiça sob o enfoque do diálogo; e acesso à Justiça e processo judiciais e administrativos: a administração da justiça sob o enfoque do combate.

4 Visando a produzir impacto nas instituições públicas a que pertencem seus discentes, o Curso promove: Seminário Acesso à justiça e novas tecnologias. Programa de Pós-Graduação profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 10-11 jun. 2019. Disponível em <http://mpd.posgrad.ufsc.br/>, acesso em 10 jun. 2019.

tecnicamente com os fatos enquanto provas, perante a existência objetiva de um conflito a decidir em dado ordenamento.

O raciocínio jurídico, em outras palavras, persegue de forma constante e perpétua a justiça, no anseio de dar a cada qual o que é seu. Mas Justiça não é vingança. Aquilo que é justo, não nasce da justa indignação, mas da equidade, já disse o Digesto 2.2.1 (PILATI, 2013, p. 40)⁵. Os fatos interessam para o jurista, assim e nesse contexto, na dimensão de prova, que se submete a versão e argumento, na busca da decisão necessária.

Porém, voltando ao objetivo geral do artigo, as coisas não são tão simples, quando se coteja a justiça moderna com a *iuris dictio* romana, a propósito dos conflitos complexos que ameaçam o planeta, à revelia do ultrapassado modelo vigente. Eis o problema. E o que almeja, enfim, o artigo é apontar um rumo para a solução dos conflitos complexos através da autocomposição, mediante audiência pública judicial participativa e deliberativa.

Conflitos complexos, para o texto, são aqueles que envolvem interesses da coletividade em qualquer aspecto, incluindo os de grande repercussão social, demandas repetitivas e demandas provocadas por grandes litigantes. Da mesma forma aqueles que dizem respeito a direitos fundamentais coletivos, como o ambiente e o plano diretor participativo dos municípios. Porque a densidade e multiplicidade de interesses e de pessoas não abrem outra perspectiva que não a da autocomposição, a envolver autoridades de diversas esferas, além da condução de magistrado competente.

O texto é desenvolvido em cinco seções: a primeira pertinente à dimensão das fontes romanas, contextualizadas nos planos: político, filosófico, jurídico e jurisdicional. A segunda relativa à dimensão moderna do direito, com destaque ao tratamento metafísico do conflito, que ela opera. A terceira voltada à decibibilidade dos conflitos complexos, que desafiam a aproximação dos dois modelos, antigo e moderno; no rumo de uma fusão em novo paradigma, que nasce do questionamento da estrutura e da cultura jurídica reinante; esta demasiadamente voltada para a dimensão individualista e autocrática, inadequada para o enfrentamento dos conflitos complexos.

E a quinta seção é um relato de pesquisa realizada pelo autor deste artigo junto à Justiça do Trabalho da 12ª Região, em Santa Catarina, que culminou com uma proposta de estrutura e de procedimento adequados para audiência pública na Justiça do Trabalho. A conclusão, assim, é com uma proposta concreta de institucionalização da audiência pública, teoria e prática, no Brasil.

1 A DIMENSÃO DAS FONTES: O MODELO ROMANO DE JURISDIÇÃO SOB A LEI EBÚCIA

Um dos grandes erros no estudo das fontes é restringir-se o intérprete ao aspecto jurídico, sem se preocupar com o arcabouço: histórico, político, filosófico e jurisdicional da experiência revisitada; cumpre a ele, sem dúvida, conhecer e levar em conta a real distância

5 Literalmente: *Hoc Edictum summam habet aequitatem e sine cuiusquam indignatione iusta.*

entre as duas épocas, a sua e a outra a que se reporta; enfim, e o mais importante, para uma leitura transformadora das fontes é necessário que se parta de uma teoria transformadora do presente. Sem isso não avança.

No caso deste artigo, a visita que faz às fontes baseia-se, em grande parte, na teoria pós-moderna do Direito (PILATI, 2011). Em síntese, a teoria propõe a superação da dicotomia moderna de público-privado; trazendo à baila, em contrapartida e por inspiração no direito romano, a trilogia dos bens em nova configuração: públicos, privados e coletivos. Coletivos são aqueles direitos sociais fundamentais, tal qual o ambiente, que pertencem a todos os cidadãos, *em condomínio extrapatrimonial*.

Na raiz da proposta está uma ideia de recuperação da soberania direta dos cidadãos, para poderem existir e atuar coletivamente no plano político e jurídico, no sistema representativo; e assim poderem deliberar em audiência pública judicial participativa em nível exercício de direito coletivo. Com isso, a função social, por seu turno, deixa de ser sinônimo de solidariedade, meramente, já que os interesses econômicos podem esbarrar em direitos autônomos, de outros titulares, tal qual se observa, *mutatis mutandis*, nos direitos de vizinhança.

Tal ideia é de inspiração romana, porque no plano político, o final da república é de democracia direta em Roma: a soberania reside no *populus*. As leis são de iniciativa da magistratura, são aprovadas pelo *populus* e confirmadas pela *auctoritas patrum* do Senado e bem assim, pelo T de concordância assinado pelo Tribuno da Plebe. Não é uma lei representativa, portanto. Também se deve notar que ainda não se empregava a palavra *derectum* (de inspiração judaico-cristã) e sim o termo *ius* para representar todo o sistema de justiça (PARICIO; BARREIRO, 2010, p. 22)⁶. E que a propriedade ainda era de caráter familiar e não individual, como o seria na constituição moderna.

No plano dos valores, a Roma de então era voltada ao fortalecimento das famílias com vistas no poderio militar e na subjugação dos povos, e não no desenvolvimento de um sistema econômico-financeiro aos moldes modernos de hegemonia. E a *iuris dictio*, sob o *ordo iudiciorum privatorum* constituía-se num grande sistema arbitral privado, longe do feito estatal que mais tarde se implantaria sob a égide representativa em que hoje se vive.

O *iudicium* realizava-se em duas fases, pelo sistema formulário, então, vigente, e sob a batuta do Pretor; um magistrado civil temporário, eleito pelo *populus*, que assume baixando o seu edito, pelo qual introduz novos interditos, novas ações e exceções, para enfrentar os novos conflitos (hoje talvez se diga: novos direitos); e preside um processo que mais ordena (na fase *in iure*), sem preocupação em condenar. Somente se cogita de condenação na segunda fase (*apud iudicem*), que corria perante juiz ou árbitros de escolha das partes; e o julgamento era baseado no *ius* ou no fato, na boa-fé, na equidade, enfim, conforme a especificidade do conflito, habilitada na fórmula.

O processo pertence às partes, porque em verdade se instaura entre condôminos da coisa pública, que ademais, têm a prerrogativa de escolher qualquer cidadão para exercer o papel de *iudex* (nas causas mais simples) ou de *arbitri* (quando o julgamento deveria ser por equidade e por mais de um julgador). E assim enfrentavam os romanos as transformações e

6 Entre os séculos IV e IX o termo *derectum* substituiu completamente a palavra romana *ius*. O *justo* romano foi substituído pela ideia de *retidão* moralizante judaico-cristã.

os novos conflitos pela via da *ius dictio*, e não por leis representativas estatais, nos moldes da modernidade.

Em suma e para encerrar esta parte: o processo judicial complexo e participativo de autocomposição só pode ser construído juridicamente no Brasil, se a teoria e a cultura jurídica aprenderem, com o direito romano, como se procede em jurisdição de democracia direta. Porque a modernidade, como se pode observar da próxima seção, não tem forma nem figura de modelo para comportá-lo.

2 A DIMENSÃO MODERNA: O MODELO ESTATAL

Para abordar o sistema atual cumpre, antes de tudo, ter presente que a modernidade está voltada, no plano dos valores, à racionalidade econômica. Tudo o que existe fora de nós, as *res* como definiam os romanos, ela destina precípua, política e juridicamente ao jogo dos interesses econômicos. E nesse sentido toda a ciência caminha e se governa por tecnologias de lucro e de acumulação; de sorte que o crescimento populacional e tecnológico acirra e acelera, por exemplo, a destruição ambiental. Porque o ambiente não é propriedade no sentido forte do termo, de propriedade privada. Ao chamar o ambiente de "direito", o verdadeiro sentido, na prática, é que ambiente é um caso de polícia, à mercê do voluntarismo estatal.

A roupagem política de tal desígnio filosófico (ou econômico mais propriamente) é um traje de encomenda: o sistema representativo, de democracia indireta. Um modelo engenhoso, que alinha as políticas públicas à atividade econômica hegemônica, de livre iniciativa sob o controle estatal frouxo e às vezes conivente. O *populus* da época romana deu lugar à dicotomia: Estado (com a supremacia de direito público estatal) e Sociedade Civil (amorfa e juridicamente, inexistente, limitada a maiorias eleitorais). O debate eleitoral, já denunciava Nabuco (2015, p. 35), pouco avança, além das acusações e moralismos pessoais.

No plano jurídico é um sistema que opera através da estatização do coletivo, ou seja, da desclassificação automática dos interesses extrapatrimoniais coletivos, assim relegados a uma tutela de segunda classe, a cargo de um Estado leniente, tal como acontece com as reservas florestais perante a sanha incontrolável do desmatamento. Porque todo o sistema está voltado para a exploração econômica, e proteger o ambiente, investir em saúde, em educação é caro e antieconômico para o pensamento reinante.

Nesse contexto, a atividade jurisdicional torna – a cargo do Estado e seu poder autocrático – o juiz a boca da lei (representativa), ou pouco mais do que isso; já que opera um sistema voltado para conflitos individuais, previamente recortados e embalados para consumo de um ordenamento que não se compadece dos conflitos na sua complexidade real. Tende a trabalhar no plano de formalidades e questões técnicas, já que a verdade do conflito é previamente excluída da apreciação, porque o modelo em si é intocável.

O conflito ganha sob a modernidade uma dimensão metafísica, de operação abstrata por subsunção, e as próprias palavras, como disse Wilde (2017, p. 74)⁷, desviam-se, sob a

7 Nesse contexto, diz Wilde, todas as formas de governo estão fadadas ao fracasso (p. 38); porque o modelo de propriedade estorva (p. 33) o desenvolvimento do (verdadeiro) *Individualismo*.

tiranía da autoridade política, do sentido próprio e verdadeiro, *para expressar o anverso de sua exata significação*. Fecha-se o espaço humano vital da intuição, como diz Nietzsche (2017, p. 52), e na mesmice os gênios ordinários têm uma grotesca habilidade para, diante do dito mais profundo e rico, nada ver a não ser sua própria opinião corrente.

3 A DIMENSÃO DOS CONFLITOS COMPLEXOS: NECESSIDADE DE REVISÃO DO SISTEMA

As limitações do modelo jurídico-político hodierno revelam-se em toda a extensão perante os conflitos de maior complexidade, que ele não consegue resolver, e que hoje afetam todo planeta e a própria economia; é o caso do aquecimento global e das grandes tragédias ambientais, tal qual o rompimento de barragens de rejeitos de minério em Minas Gerais, no Brasil (CASTRO, 2019). São problemas que não se resolvem no âmbito das políticas públicas e dos instrumentos estatais ordinários de polícia, estes que são muito mais voltados para serem condescendentes com a causa do que comprometidos com a solução e a prevenção.

Conflitos complexos, portanto, são os que decorrem da economia global em rede; de atividades que tendem a jogar o custo ambiental para a periferia e transferem as vantagens para os países centrais. É o agrotóxico, o desmatamento, a poluição da atividade minerária; como é o risco das barragens de contenção de rejeitos no Brasil. São conflitos que afetam indiscriminadamente pessoas, bens, patrimônios e direitos de populações inocentes, em decorrência direta do modelo jurídico que privilegia determinada atividade econômica, e relega a verdadeira segurança jurídica a uma tutela de segunda classe.

Isso acontece porque os demais direitos, que o Estado relega, estão rebaixados *ab ovo* pelo sistema jurídico em vigor no mundo, entregues que estão aos azares do voluntarismo estatal no plano interno e às reuniões de cúpula no plano externo; colegiados em que prevalece a vontade hegemônica daqueles que se beneficiam da distorção. E assim, por fazer tanto tempo que as coisas assim são, parece normal o Direito ser inane e aparentemente descomprometido com conflitos de maior impacto social. Perante tragédias como a de Brumadinho em Minas Gerais, parece que tudo se resume em identificar culpados e perseguir indenizações, sem tocar nas causas para a prevenção e a substituição das tecnologias oportunistas e antieconômicas.

Trata-se de um modelo que se nega a devolver aos cidadãos a condição de *populus*, como titular dos bens coletivos; que desde muito tempo excluiu dos ordenamentos jurídicos a fase *in iure* do processo romano, em que o magistrado mais ordenava e lidava com cidadãos soberanos, deixando o ato de condenar para o segundo momento, já no plano dos efeitos, depois de esgotado o espaço de criação de direito para o caso concreto.

A questão nessas condições é uma só: como restabelecer o papel do Direito para que atue em tempo real, na velocidade de hoje, como mediador de todo e qualquer conflito complexo? Como instrumento de absorção do novo, enfrentando o desafio das novas tecnologias sem negar a essência do *suum cuique tribuere*? Não resta dúvida que cumpre recuperar os três elementos do tríptico de Gaio: restabelecer a soberania da pessoa enquanto *populus*;

superar o público e privado tradicional da Modernidade, e devolver aos cidadãos o condomínio sobre os bens coletivos, tal qual o do ambiente equilibrado e saudável; enfim, resgatar no plano das *actiones* o processo coletivo complexo, de participação popular deliberativa, de autocomposição.

4 ESBOÇO DE UM MODELO PARA TRATAR DOS CONFLITOS COMPLEXOS: NOVOS PAPEIS PARA OS SUJEITOS PROCESSUAIS A PARTIR DA CRFB/88

Não se trata de excluir o Estado, ou desautorizar sua jurisdição autocrática; e sim de otimizar o sistema na plenitude constitucional do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil-CRFB/88, que estabelece no parágrafo único que a soberania é exercida: *por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*.

O sistema de jurisdição complexa abarca necessariamente as duas dimensões da soberania: a representativa e autocrática, no que de ordinário lhe compete; e a participativa, de exercício direto pelo *populus* – a propósito dos bens coletivos; ou seja, relativamente àqueles bens de que não se pode dispor individualmente e sim coletivamente. Isso descortina um novo e ampliado arcabouço jurisdicional, com inclusão de novos papéis a serem desempenhados pelos sujeitos processuais, em face dessa nova categoria de envolvimento, que são os direitos coletivos fundamentais.

Portanto, uma das dimensões da jurisdição complexa é o devido processo legal de exercício de direitos coletivos em face de outras pretensões e interesses particulares ou públicos estatais; seu objeto são bens que pertencem a toda a coletividade, tal qual o ambiente, de que somos todos condôminos. Envolve sempre pluralidade de sujeitos e de interesses, e atua perseguindo o consenso. A via processual adequada é a da audiência pública judicial deliberativa⁸. Não que não se possa operar extrajudicialmente; mas o envolvimento, a dimensão social é de intensidade tal e tamanha nesses casos, que a presença de um magistrado trona-se imprescindível à condução, a contento, dos atos processuais.

A outra dimensão, paralela à jurisdição complexa é a tradicional, da faceta autocrática, punitiva, condenatória. Em cada caso, cabe às partes e ao magistrado darem o devido encaminhamento à demanda em concreto, pela via participativa ou pela autocrática no que lhe compete, conforme a sua natureza e as previsões do ordenamento. Mas as duas alternativas são completamente distintas e pautam-se por formas processuais próprias.

No México, por exemplo, recentemente foi ajuizada ação judicial em defesa do ar limpo; mas pela via tradicional autocrática (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019); o Judiciário condenou o Estado a limitar a poluição, o que certamente é muito difícil de quantificar e de executar sem reunir todos os protagonistas: poluidores, autoridades, população em geral, técnicos, cientistas e todas as informações a serem previamente colhidas.

8 Quanto à audiência pública judicial, trabalhos anteriores, mais detalhados, em Pilati (2017) e (2015, p. 359-389).

Um processo dessa natureza não pode seguir outra via processual que não a via da audiência pública deliberativa; que obriga o magistrado a desencadear um fórum coletivo de estudos e de encaminhamento de decisões dialogadas, em todas as esferas competentes, identificando as causas e comprometendo a todos os setores e sujeitos envolvidos. Esse magistrado forçosamente tem que se inspirar na jurisdição romana, porque o seu papel seria de ordenar e coordenar um grande mutirão em prol do desenvolvimento sustentável, a acomodar os ônus e os bônus do processo econômico.

De fato, o papel da jurisdição nesse caso é presidir e mediar um grande esforço coletivo, a reunir saberes e informações, realizar diagnósticos, viabilizar discussões de alternativas e de novas tecnologias, com o Estado participando, recebendo ordens, disponibilizando recursos e insumos, viabilizando, enfim, um processo de efetiva e soberana participação do *populus* na perseguição do justo e da melhor qualidade de vida. Certamente o mundo não seria mais o mesmo, pois o direito aplicável estaria sendo construído a partir da solução por consenso dos conflitos na sua própria realidade.

5 RELATO DE UM ESTUDO TEÓRICO-PRÁTICO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA JUDICIAL EM SANTA CATARINA

No início de 2014, os Magistrados e a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, estimulados pela política do Conselho Nacional de Justiça no Brasil, resolveram focar-se no problema da *Audiência Pública*. Superar a prática da simples consulta pública e enfrentar a questão no plano do direito material e processual, desafogar o Judiciário Trabalhista das demandas repetitivas, dos grandes litigantes e dos grandes vazios jurídicos que escarnecem da Justiça. A Audiência Pública judicial participativa deveria ser esse instrumento.

Cumpria discutir e definir estrutura institucional e processo respectivo, pautados por uma nova teoria jurídica; capaz de alcançar e mediar os conflitos coletivos, caso a caso e no plano macro, mediante a autocomposição sob a égide dos direitos sociais fundamentais. Buscar uma noção ampliada dos conceitos tradicionais de parte, de conflito, de acesso à justiça, processo. Esboçar uma teoria voltada à participação no processo do Trabalho; redefinir o papel da jurisdição; e chamar para tanto o universo de magistrados envolvidos na prática do foro, no âmbito do TRT da 12ª Região.

O ponto de partida foi adotar como método o conceito de paradigma (KUHN, 2013, p. 115; MORIN, 2011; MORIN, 2000, p. 40)⁹ como instrumento de comparação/transformação entre: Antiguidade, Modernidade e Pós-Modernidade. A Modernidade centrada no indivíduo e no Estado, na representação política com democracia indireta, leis parlamentares e seus vínculos complementares, e que prioriza a atividade econômica, o individualismo. E a Pós-Modernidade centrada na participação política soberana da Sociedade, na noção de sujeito coletivo, de bens coletivos, no âmbito dos direitos sociais fundamentais, enfim, nos termos

9 Os paradigmas são os princípios dos princípios, algumas noções mestras que controlam os espíritos, que comandam as teorias, sem que estejamos conscientes de nós mesmos (MORIN, 2000, p. 40).

da Constituição da República Federativa do Brasil. E a Antiguidade romana como inspiração de democracia direta e de jurisdição fulcrada no *populus*, como um grande sistema arbitral privado.

Após um ano de discussão com cerca de cem magistrados, a proposta do Grupo foi que a audiência pública poderia ser insitucionalizada mediante duas Resoluções (PILATI, 2017, p. 137-147) a serem baixadas pela autoridade superior: a primeira criando um Núcleo Permanente de Audiência Pública – NAP; e a outra regulamentando o procedimento. Com tal solução contemplavam-se as dificuldades e obstáculos levantados pelos Juízes, de forma a conciliar a nova estrutura com as atividades normais da Justiça do Trabalho em Primeiro e Segundo Grau.

O Ato de criação do NAP seria introduzido com uma série de *Consideranda*: fundamento no art. 1º da CRFB; acesso à justiça como acesso à ordem justa (art. 5º, XXXV); política judiciária aperfeiçoada por mecanismos consensuais de solução de litígios; visando à pacificação social e à prevenção de litígios, frente à excessiva judicialização; na linha já praticada pelos tribunais, conforme Resoluções em vigor, a optar pela criação de Núcleos controladores de recursos repetitivos, além de mecanismos de composição de conflitos de massa; a necessidade de planejamento, implementação e aperfeiçoamento de ações voltadas ao cumprimento da política judiciária de pacificação dos conflitos com reflexos coletivos; enfim, a criação do Núcleo Permanente de Audiência Pública teria como objetivo a padronização das estruturas existentes, profissionalização e concretização da impessoalidade no funcionamento dos órgãos voltados aos meios autocompositivos no âmbito coletivo.

Em oito artigos, implantava-se, mediante Resolução a ser baixada pelo Presidente no *Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região o Núcleo Permanente de Audiências Públicas – NAP, vinculado à presidência do TRT, como órgão integrante do CONAP (Núcleo Permanente de Conciliação e Apoio às Unidades Judiciárias de Primeira Instância), responsável pela coordenação do sistema de autocomposição de questões que envolvem expressiva repercussão social, demandas repetitivas e grandes litigantes.*

Isso se daria com atuação integrada de Juízes e Desembargadores, *mediante a participação e cooperação de pessoas, órgãos, entidades e atores sociais, econômicos e políticos, no âmbito das relações do trabalho.* O NAP, especificamente, seria composto de Desembargadores (Presidente, Corregedor, Diretor da Escola Judicial) e três magistrados eleitos (um juiz substituto, um juiz titular e um desembargador). A coordenação seria do Diretor da Escola, que se conduziria conforme regras previstas nos parágrafos do art. 2º.

Quem indicaria os magistrados para realizar a audiência pública seria o NAP, suspendendo-se os prazos para atos decisórios de quem fosse convocado. A Escola encarregar-se-ia de promover cursos de capacitação para condução de audiência pública e os casos omissos seriam resolvidos pelo próprio NAP. Observa-se que a estrutura de coordenação das audiências públicas é um órgão à parte das atividades jurisdicionais rotineiras, e está centrada na Escola Judicial.

A segunda Resolução regulamentaria a realização das audiências públicas no âmbito do TRT, à vista da criação do NAP, com fundamento constitucional nos art. 1º e 58, §2º e *considerando a existência de questões de superior relevância social e cujo interesse extrapola*

o das partes e reclama conhecimentos técnicos interdisciplinares e participação da Sociedade. São dezessete artigos.

O art. 2º definindo Audiência pública: *para os fins desta Resolução, é instrumento de deliberação participativa e presencial conduzida por Magistrado(s) do Trabalho, com o objetivo de obter a autocomposição de conflito de expressiva repercussão social – aí incluídos os casos de demandas repetitivas e de grandes litigantes – sob a coordenação do Núcleo Permanente de Audiência Pública – NAP instituído pelo TRT da 12ª Região.*

A diretriz geral (art. 3º) é *a busca da autocomposição pelo consenso, reconhecendo para tanto as condições de autonomia e independência dos cidadãos como Sociedade e como indivíduos; das autoridades e agentes públicos como representantes do poder do Estado; e dos magistrados do trabalho em suas prerrogativas da jurisdição.*

Podem ser considerados sujeitos e participantes, a critério da Comissão de Audiência Pública (art. 4º):

- I as pessoas físicas, jurídicas e grupos de interesse em geral, sem exceção;
- II as autoridades, órgãos e agentes do Estado no que tange às respectivas esferas de poder público, na forma da lei;
- III os magistrados do trabalho, ainda que não integrantes da Comissão da Audiência Pública; e
- IV outros órgãos, entidades e atores sociais, econômicos, políticos, acadêmicos e científicos.

As audiências públicas são convocadas e realizadas no âmbito institucional e logístico do Núcleo Permanente de Audiências Públicas– NAP, nos termos do Edital de Convocação (art. 6º). Mas qualquer magistrado ou interessado poderá propor a instauração de audiência pública sobre tema relacionado à jurisdição trabalhista; e o NAP apreciará o pedido, designará os membros da Comissão, e o magistrado coordenador.

Por solicitação ou por iniciativa própria, o NAP pode realizar outros atos de participação, *como consulta pública, produção coletiva de prova para processos da mesma natureza, na forma e nos termos definidos no ato de convocação respectivo.* E o magistrado ou interessado que propuser a instauração de audiência pública indicará o teor e a abrangência do conflito, com os elementos de que dispuser, assim como pode *manifestar interesse em participar da Comissão responsável*, sugerindo membros e participantes da audiência pública.

O NAP, conjuntamente com a Comissão designada, cuida das medidas preparatórias, providencia informações, recursos e infraestrutura necessários, e esboça a condução dos trabalhos, as formas de participação e o rol de participantes e convidados (art. 7º). Alguns protagonistas são comunicados diretamente da realização da audiência Pública (art. 8º): Procurador-Chefe do Ministério Público do Trabalho da 12ª Região; Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina; Representante de cada entidade interessada; Diretor do Escritório da Organização Internacional do Trabalho no Brasil; e o Superintendente Regional do Trabalho e Emprego em Santa Catarina. E o art. 9º permite aos Magistrados do Trabalho de Santa Catarina *manifestar-se na audiência pública, em qualquer fase do processo, por qualquer meio.*

Um dos documentos mais importantes do processo é previsto no art. 10: realizadas as providências preliminares, o NAP publicará o Edital de Convocação da Audiência Pública. O Edital indicará (art. 11):

- I – os membros da Comissão da Audiência Pública;
- II - o objeto;
- III – o objetivo;
- IV – a data, horário e o local da abertura da Audiência Pública;
- V – o rito e as formas de participação;
- VI – a proposta de cronograma dos atos processuais;
- VII – os respectivos efeitos jurídicos do processo;
- VIII – a relação de participantes e convidados.

A Comissão decide sobre a inclusão de novos participantes e convidados, após a publicação do edital, que será amplamente divulgado e encaminhado a todos os juízes e desembargadores do TRT da 12ª Região. Cabe ao magistrado ou órgão competente, a partir da publicação do Edital, decidir acerca da suspensão dos processos que tenham relação com o objeto da audiência pública.

Os convidados devem confirmar a presença, podendo comparecer pessoalmente à audiência pública ou por meio de representante com poder de deliberar; mas o serviço de apoio, entre a publicação do Edital e a instalação da audiência pública, fará contato com os participantes a que se refere o art. 8º, reforçando o convite, e comunicando à autoridade judicial condutora qualquer informação relevante.

O art. 12 dispõe sobre a sessão de instalação da audiência pública, na qual a autoridade judicial condutora:

- I – advertirá os presentes sobre a natureza do processo;
- II – definirá os ajustes a serem feitos na proposta e no rito;
- III – identificará as providências complementares a serem tomadas, tais como esclarecimentos técnicos, requisições e comunicações;
- IV – fixará o cronograma de atividades.

Antes de qualquer deliberação, a autoridade judicial esclarece os participantes a respeito da natureza do processo que se inicia; seu caráter aberto, inclusivo e construtivo, e concitará a que exponham com clareza e sinceridade os seus interesses e as suas propostas, visando a construir em consenso a decisão mais adequada para indivíduos, Estado e Sociedade. E ao constatar ausência de participante da categoria a que se refere o artigo 8º, tomará as medidas necessárias para o comparecimento, na forma da lei.

O acesso à audiência pública é franqueado a todos aqueles que desejarem, seja no espaço físico de sua realização, seja por outros meios disponíveis, como internet, videoconferência, televisão ou rádio, conforme o caso e a decisão da autoridade judicial condutora (art. 13). O acesso ao espaço físico poderá ser feito mediante inscrição prévia no prazo do Edital, se assim o entender a autoridade judicial condutora.

A participação nas deliberações será oral ou por escrito, tendo prioridade os sujeitos diretamente convocados (art. 14). E a Comissão estabelecerá, em cada caso, as condições, prazo, tempo, ordem e prioridade das manifestações, garantida a participação às diversas correntes de opinião. Todas as manifestações serão registradas e integrarão o processo da audiência pública.

O art. 15 dispõe, *que concluída a audiência pública, a Comissão de Audiência Pública elaborará o Relatório Final* contendo a síntese dos atos realizados, debates, propostas, provas e os resultados alcançados, sem prejuízo de outros elementos considerados relevantes. Os participantes diretamente convocados poderão firmar documento próprio, a ser homologado pela autoridade judicial condutora.

Finalmente, art. 16, o NAP encaminhará cópia do Relatório Final a todos os Magistrados do TRT da 12ª Região, bem como a todos os participantes e convidados, e a disponibilizará no sítio eletrônico do TRT da 12ª Região. No caso de impasse (art. 17) acerca de questão sobre andamento da audiência pública, a decisão será proferida de imediato pela autoridade judicial condutora, em caráter irrecorrível.

Como se pode observar, é um documento discutido e minucioso, que dá bem a ideia da complexidade que é um trabalho de realização de audiência pública, na linha teórica e prática defendida neste artigo. Ele pressupõe espírito público e lealdade entre os participantes.

CONCLUSÃO

Não resta a menor dúvida de que a preocupação do Mestrado Profissional em Direito da UFSC em adotar o método de partir do fato, do problema a resolver, está sintonizado com o sistema casuístico romano. E que as fontes clássicas são referência e oportuna lição para auxiliar a resolver os problemas complexos que a modernidade não consegue enfrentar, adequadamente, com seu método de partir do abstrato para o concreto. Ademais, a Antiguidade romana laborava num sistema de democracia direta, com a jurisdição fulcrada no *populus* e não num Estado separado e diferente dele. E assim oferece lastro para que superem os problemas da modernidade dos códigos, estruturalmente despreparada em relação à participação de que se necessita no caso de audiência pública judicial deliberativa.

As limitações do sistema jurisdicional brasileiro são evidentes perante tragédias como a de Mariana, do Rio Doce e de Brumadinho em Minas Gerais, assim como a poluição dos rios e outros tipos de problemas que o modelo jurídico não abarca e não soluciona, já que se trata de conflitos complexos; também o caso das demandas repetitivas, grandes litigantes e grande repercussão social, que sobrecarregam a justiça com uma carga impossível de absorver. Justamente quando os tempos são de velocidade e de acirramento nas necessidades de acesso justo à Justiça.

É nesse contexto de crise, que o artigo traz e trava uma discussão de cunho teórico-prático, com vista na solução da crise pela participação; propondo enfrentar esses problemas através da jurisdição complexa, à semelhança do processo romano, que se amoldava à

natureza mesma do conflito; ou seja, acostando ao sistema de acesso à justiça a audiência pública participativa e deliberativa, sem prejuízo da jurisdição tradicional.

E assim amparado numa teoria que redefine o modelo brasileiro com nova classificação dos elementos: pessoas, bens e ações, o artigo lança mão de uma pesquisa concretamente realizada em Santa Catarina com operadores jurídicos, magistrados da Justiça do Trabalho, a qual oferece um modelo para realização de audiência pública judicial participativa e deliberativa. Duas resoluções que estabelecem, respectivamente, o arcabouço institucional e o caminho processual a seguir, no caso.

E assim se pode restabelecer, com a noção de *populus* soberano quanto aos bens coletivos, e afirmação da jurisdição complexa: ao lado do processo tradicional e autocrático, punitivo e condenatório, o processo participativo, de construção de consenso em torno do exercício de direitos fundamentais coletivos e extrapatrimoniais reconhecidos e garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.
- CASTRO, Claudio Henrique de. *A justiça e as tragédias no Brasil*. <http://paranaextra.com.br/a-justica-e-as-tragedias-no-brasil/>, acesso 27 abr. 2019 e <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/04/24/brumadinho-chega-a-233-numero-de-mortos-identificados-em-rompimento-de-barragem-da-vale.ghtml>.
- FOLHA DE SÃO PAULO. *Mexicanos entram na justiça por direito a ar limpo e vencem*. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/06/mexicanos-entram-na-justica-por-direito-a-ar-limpo-e-vencem.shtml?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=newsfolha. Acesso em 09 jun. 2019.
- GAIO. *Instituições*. In: CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. *Manual de direito romano*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1955, v. 2-2, p. 1-289.
- KUHN, Thomas s. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- MAY, Gastón. *Éléments de droit romain a l'usage des étudiants des facultés de droit*. Neuvième éd. Paris: Sirey, 1907.
- MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. 5ed, Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1891, t.1.
- MORIN, Edgar. *O método 4: as ideias, habitat, vida, costumes, organização*. Tradução de Juremir Machado da Silva. 5 ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- MORIN, E. A epistemologia da complexidade. In: MORIN, E; LE MONATAGNE, J. *A inteligência da complexidade*. Tradução de Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000.
- NABUCO, Joaquim. *Minha formação*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A filosofia na era trágica dos gregos*. Tradução de Gabriel Valladão Silva. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 72.
- PARICIO, Javier; BARREIRO, A. Fernández. *Historia del derecho romano y su recepción europea*. Madrid: M. Pons, 2010.
- PILATI, José Isaac. *Audiência pública na justiça do trabalho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PILATI, José Isaac. Audiência pública na justiça do trabalho: uma proposta teórico-prática de inspiração romanista junto aos magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região no Brasil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região*. v. 18, n. 27, 2014-2015, p. 359-389.

PILATI, José Isaac. *Digesto de Justiniano*: livro segundo jurisdição. Florianópolis: Edufsc, 2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. *Seminário Acesso à justiça e novas tecnologias*. Programa de Pós-Graduação profissional em Direito da UFSC. Florianópolis, 10-11 jun. 2019. Disponível em: <http://mpd.pos-grad.ufsc.br/>, acesso em 10 jun. 2019.

WILDE, Oscar. *A alma do homem sob o socialismo*. Tradução de Heitor Ferreira da Costa. Porto alegre: L&PM, 2017, p. 74.

Recebido/Received: 28.04.2020.

Aprovado/Approved: 19.05.2020.

EUTANÁSIA SOCIAL, DIREITO À SAÚDE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UM OLHAR SOBRE A POBREZA EXTREMA

SOCIAL EUTHANASIA, RIGHT TO HEALTH AND PERSONALITY RIGHTS: A LOOK AT EXTREME POVERTY

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA¹
BRUNA CAROLINE LIMA DE SOUZA²

RESUMO

O direito à saúde se configura entre os direitos mais importantes, na medida em que ele se faz necessário para a preservação da própria vida humana, além de encontrar íntima ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, o cenário atual demonstra um grande descaso estatal com relação a efetivação desse direito, que acaba gerando, entre outras consequências, a ocorrência da mistanásia, ou seja, a antecipação da morte de uma forma miserável e sofrida. Deste modo, o artigo terá como problemáticas os questionamentos sobre: qual a importância da efetivação desse direito à todos? Como a mistanásia ainda permanece invisível nos debates jurídicos e sem uma responsabilização ao agente violador? Como esse fenômeno pode vigorar como forma de exclusão social institucionalizada das camadas pobres e extremamente pobres? Assim, tem-se como objetivo geral fazer uma análise crítica da eutanásia social como fruto da ineficiência estatal e como fenômeno institucional de exclusão da camada populacional abarcada pela pobreza extrema, e de modo específico, objetivará fazer uma análise acerca do direito à saúde e da sua relação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos da personalidade e da necessidade de sua efetivação por parte do Estado, para posteriormente ser possível analisar a mistanásia de forma crítica, e como tal fenômeno pode se mostrar como fator de exclusão social principalmente das camadas mais pobres da população. Para tanto, se utilizará o método hipotético-dedutivo e a metodologia de revisão bibliográfica.

PALAVRAS CHAVE: Mistanásia. Abandono público. Reserva do possível. Mortes. Pobres.

1 Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State – EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br.

2 Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), na condição de Bolsista da CAPES (Modalidade Bolsa/ PROSUP); Bacharel em Direito pela mesma Instituição, na condição de bolsista PROUNI. brunacaroline-limadesouza@gmail.com.

Agência de fomento: Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI)

Como citar esse artigo/How to cite this article:

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. SOUZA, Bruna Caroline Lima de. *Eutanásia social, direito à saúde e os direitos da personalidade: um olhar sobre a pobreza extrema*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 179-199, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7873>.

ABSTRACT

Right to health is one of the most important rights, once it is necessary to preserve human life itself. It also has a close connection with the dignity of the human person. However, the current scenario shows a great state neglect about this right effectuation. It generates, among others consequences, mysthanasia, or in other words, death anticipation in a miserable and suffered way. Thus, this paper will show problems using questions about: What is the effectuation of this right importance to everyone? How is mysthanasia still invisible in legal debates without charge the violator agent? How this phenomenon can hold as a social exclusion form institutionalized from poor people's layers and extremely poor? Therefore, there is, as a main goal, a critical analysis about social euthanasia as a state inefficiency fruit and as an institutional phenomenon of populational layer exclusion connected to extreme poverty. And also, as specific objective, this paper aims to analyze the right to health, its relation with the dignity of the human person and with personality rights, and the necessity of its state effectuation, enabling, then, the analysis of mysthanasia in a critical way and of how this phenomenon can be shown as a social exclusion, mainly of the poorest population layers. Therefore, it used the hypothetical-deductive method and the literature review methodology.

KEYWORDS: *Mysthanasia. Public abandonment. Reserve for contingencies. Deaths. Poor people.*

INTRODUÇÃO

No mundo pós-moderno, o princípio da dignidade da pessoa humana possui uma importância ímpar dentro do cenário jurídico nacional e internacional, irradiando seus efeitos para o reconhecimento de inúmeros direitos fundamentais, entre eles o direito à saúde. Tal direito figura não apenas como um direito fundamental (social) mas também como um direito humano, ou seja, um direito que deve ser garantido à toda e qualquer pessoa em toda a extensão mundial.

Tal importância se dá em razão da estreita ligação que o direito à saúde possui com o direito à vida, principalmente à vida digna, podendo inferir sua importância inclusive entre os direitos que tutelam o pleno desenvolvimento da personalidade humana, dada a sua correlação com o núcleo norteador da dignidade da pessoa humana.

Todavia, em função do mesmo se enquadrar entre os direitos fundamentais sociais, ou seja, entre os direitos que dependem da ingerência do Estado para se efetivarem, não raras são as vezes em que o poder público alega ausência de recursos para garantir materialmente o acesso à saúde à todos, fazendo com que um problema cruel advenha: a eutanásia social ou mistanásia, fenômeno esse que antecipa a morte de inúmeras pessoas, de forma miserável, cruel e dolorosa, em razão principalmente do abandono público com relação à efetivação de um direito à saúde que seja, de fato, acessível à todos.

Assim, o presente artigo possui como problemáticas os questionamentos sobre: qual é a importância da efetivação do direito à saúde à todos? Como a mistanásia, que ocorre corriqueiramente no Brasil, permanece quase invisível dentre os debates jurídicos no cenário contemporâneo? E, como tal fenômeno pode vigorar como uma forma de exclusão social institucionalizada das camadas pobres e extremamente pobres?

Tendo em vista as problemáticas que envolvem o artigo, tem-se como hipótese primeira o fato de que o debate jurídico sobre a eutanásia social é infrequente pois o responsável por tal ato é justamente o Estado, que deixa de ser responsabilizado em razão de se

revestir de proteção, sob o manto da ausência de recursos financeiros e da reserva do possível, proteção essa aceita e chancelada por boa parte dos juristas. Ademais, no que tange a como a *mistanásia* pode vigorar como uma forma de exclusão social institucionalizada dos pobres, a hipótese vai no sentido de que as pessoas que dependem exclusivamente da rede pública de saúde para tratar de doenças são essencialmente a camada populacional mais pobre que, além de já encontrar-se financeiramente vulnerável, quando doentes, têm também uma vulnerabilidade física externada, de modo que a omissão ou imprudência do Estado com relação a essas vidas, ao ponto de promover-lhes uma morte sofrida, acabam por promover também a exclusão social dessas pessoas, seja antes da morte, ao inviabilizar o acesso à saúde ou a um tratamento qualitativo, seja após, com a morte ocorrida antes ou fora do tempo.

Para tanto, terá como objetivo geral fazer uma análise crítica da eutanásia social como fruto da ineficiência estatal com relação a efetivação do direito à saúde à todos, e como um fenômeno institucional de exclusão dos mais pobres do cenário social, através da promoção (ou no mínimo de uma permissão) estatal de mortes indignas, infelizes e antes ou fora da hora. E objetivará, de modo específico, fazer uma análise acerca do direito à saúde e da sua relação com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, bem como das questões atinentes ao mesmo como um direito humano, fundamental e da personalidade, e da necessidade de sua efetivação por parte do Estado para, então, ser possível analisar a eutanásia social (ou *mistanásia*) de forma crítica, abordando os principais aspectos característicos da mesma e da sua ocorrência como resultado advindo da não efetivação do direito à saúde à todos, bem como a forma como tal fenômeno pode se mostrar como fator de exclusão social principalmente das camadas mais pobres da população.

Com vistas a realizar a análise do tema, será utilizado o método hipotético-dedutivo, o qual parte de premissas gerais, tais como os direitos fundamentais (direito à vida, à saúde,...) e o princípio da dignidade da pessoa humana, para posteriormente adentrar uma análise específica, qual seja a da eutanásia social e dos aspectos que a permeiam.

Quanto a metodologia adotada, o artigo pautará no método de revisão de literatura, valendo-se de artigos, livros e capítulos de livros, sejam eles físicos, provenientes de revistas eletrônicas nacionais ou contidos em plataformas brasileiras, com o fim de aferir quais os entendimentos acerca dos direitos que envolvem a eutanásia social (vida, saúde, princípio da dignidade humana, etc.), como e porque essa se dá, a atuação estatal na sua ocorrência, como ela vigora como fator de exclusão social, entre outros, bem como de artigos disponíveis em plataformas internacionais, como a Ebsco e a SSRN, visando analisar os debates internacionais acerca dos aspectos que serão delineados no artigo, como direito à saúde, direitos humanos e dignidade humana.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL, HUMANO E DA PERSONALIDADE À SAÚDE

1.1 DIREITO À SAÚDE: DA FUNDAMENTALIDADE À EFETIVAÇÃO DESSE DIREITO

Inicialmente, antes de adentrar especificamente ao direito à saúde, faz-se necessário destacar a importância que o princípio da dignidade da pessoa humana possui para todo o ordenamento jurídico, na medida em que ele consiste “no ponto nuclear onde se desdobram todos os direitos fundamentais do ser humano” (SZANIAWSKI, 2005, p. 142), inclusive o direito à saúde.

A dignidade da pessoa humana, em sua concepção mais atual, encontra-se ainda muito fundamentada e até mesmo conceituada a partir do pensamento kantiano (SARLET, 2009-a, p. 37), que sustenta que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade (KANT, 1980, p. 140) e que “o Homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT, 1980, p. 134-135). Kant tece, assim, que a qualidade peculiar e insubstituível do ser humano, enquanto ser racional, é ser dotado de uma dignidade, o que se desdobra nessa capacidade de exercício da autonomia da vontade.

A dignidade da pessoa humana se revela, assim, no maior entre os princípios e naquele que deve ser utilizado de parâmetro interpretativo para todos os demais (MORAES, 2019, p. 19), e cuja conceituação é de difícil ou impossível tarefa, por se tratar de um conceito “fluído, multifacetário e multidisciplinar” (SZANIAWSKI, 2005, p. 140), mas se assenta, essencialmente, sobre “o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo” (BARROSO, 2014, p. 14) e cuja função primordial é “atribuir força normativa à Constituição e conferir eficácia máxima aos direitos fundamentais negativos e prestacionais” (WEDY, 2018, p. 206).

Nesta perspectiva é que se tem a utilização da dignidade da pessoa humana³ como princípio fundamental matriz, gerador de outros direitos fundamentais (SZANIAWSKI, 2005, p. 143), pois nela se evidencia sempre uma conotação de respeito ao ser humano (MORAES, 2019, p. 21). Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2009-b, p. 37) ensina que:

Tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pes-

3 Sobre a tutela da dignidade da pessoa humana no âmbito internacional, Mary Neal defende: “A ideia de dignidade está, obviamente, intimamente associada aos direitos, mas nenhum “direito à dignidade” específico é enumerado no direito internacional ou no direito interno do Reino Unido. Em vez disso, a dignidade parece ser geralmente considerada uma justificativa subjacente aos direitos substantivos ou uma ‘fonte de direitos’, implicando (i) que a dignidade não é um direito substantivo em si; e (ii) que a dignidade é mais abrangente e mais fundamental do que qualquer um dos direitos individuais que ela fundamenta” - tradução livre. NEAL, 2014, p. 31: “*The idea of dignity is, of course, very intimately associated with rights, but no specific ‘right to dignity’ is enumerated either in international or in UK domestic law. Instead, dignity seems usually to be regarded as an underpinning justification for substantive rights, or a ‘source of rights’, implying (i) that dignity is not a substantive right in itself, and (ii) that dignity is more overarching, and more fundamental, than any of the individual rights it grounds.*”

soa tanto contra todo e qualquer ato degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável [...].

Ademais, e evidenciando a sua importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 trouxe a dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III⁴, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tratando-a como o "epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico" (SARMENTO, 2004, p. 109).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser vislumbrado sob dois aspectos, pois de um lado representa uma qualidade substancial do ser humano e expressão da essência da dignidade humana, e de outro, como fundamento da ordem política e paz nacional, que o faz ser uma fonte de direitos (SZANIAWSKI, 2005, p. 143).

Nesta perspectiva, tem-se que o direito à saúde e todos os demais direitos fundamentais, sejam eles de índole individual, social ou difusa, devem ser sempre analisados sob a óptica da dignidade da pessoa humana, principalmente no que tange à sua matriz geradora de direitos que garantem condições existenciais mínimas para o exercício de uma vida digna, pois, os "direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (atuando como direitos positivos), constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana" (SARLET, 2009-a, p. 100).

Assim, tem-se que o direito à saúde, dada a sua importância para a concretização da dignidade da pessoa, tem a sua tutela tanto no ordenamento jurídico internacional, estando previsto em documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)⁵ e o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)⁶, quanto no nacional, prevista no artigo 6º da Constituição Federal de 1988⁷ e no art. 196⁸ a 200 do mesmo diploma, configurando-se, assim, como um legítimo direito humano e fundamental (social).

Todavia, as meras previsões internacionais e constitucionais desse direito não são suficientes para que o mesmo se concretize, é necessário ir além, criando políticas públicas que os efetivem, tarefa essa que incumbe prioritariamente ao Estado, principalmente na vigência de um Estado Democrático Social de Direito, que "apresenta-se como ente garantidor de recursos mínimos para uma vida digna" (OTERO; MASSARUTTI, 2016, p. 856). Nesse sentido, tem-se os ensinamentos de Cleber Sanfelici Otero e Marcelo Luiz Hille (2013, p. 490):

4 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

5 Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo XXV: 1- Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.[...] - grifo inexistente no original.

6 Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Artigo 12: 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

7 Art. 6º, CF/1988: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

8 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ao ser defendido o princípio da dignidade, busca-se o respeito à vida, à integridade física e à integridade moral do ser humano.

Cabe, assim, ao Estado Democrático de Direito prover meios para que sejam asseguradas as garantias mínimas para a existência digna de todo ser humano, mediante o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, tais como a liberdade, a igualdade, o acesso à saúde e à educação, entre outros.

Assim, para a concretude do princípio da dignidade da pessoa humana devem haver garantias mínimas, que é a própria essência dos direitos fundamentais, os quais vinculam "o poder público como um todo, bem como os particulares, pessoas naturais ou jurídicas" (SZANIAWSKI, 2005, p. 142). Assim, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão (2007, p. 73) ensina que configuram-se "agressões à dignidade humana, a ausência de moradia, habitação, educação, saúde [...]", impondo principalmente ao poder público a efetivação dos mesmos.

Nesse mesmo sentido ensina Luis Roberto Barroso (2003, p. 38):

O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental.

Conforme se observa, o direito à saúde sempre vem especificado entre os principais direitos que constituem o mínimo existencial que deve ser garantido à todos, o que se dá justamente pela íntima ligação que possui com o direito à vida e principalmente com o direito à vida digna⁹.

Todavia, a questão da efetivação de direitos fundamentais sociais como o direito à saúde envolve necessariamente a imprescindibilidade de que haja prestações positivas do Estado (VIDAL DE SOUZA; SANOMIYA, 2017, p. 394), visto que configura-se como "um direito público subjetivo, exigível contra o Estado, posto que seu exercício e efetividade dependem de aporte de recursos materiais e humanos a serem implementados por meio de políticas públicas de saúde" (BAHIA; ABUJAMRA, 2009, p. 303), o que implica, conseqüentemente, no debate acerca das limitações do orçamento do Poder Público.

Todavia, tal debate "é agravado no cenário brasileiro em virtude da crise econômica, política e social que se evidencia atualmente no Brasil" (SELAYARAN; MACHADO; MORAIS, 2018, p. 10), havendo, assim, o acolhimento por parte da doutrina e jurisprudência da aplicação da denominada "reserva do possível", que consiste num "conceito originário - e ontologicamente desprezioso -, na limitação argumentativo-fática à implementação dos direitos sociais em razão de insuficiência orçamentária para tal" (BERNARDI; LAZARI *In* SIQUEIRA;

9 Nesse sentido: "O mínimo existencial trabalha com a efetivação de direitos fundamentais considerados mínimos para o alcance de uma vida digna, vincula a atividade estatal na execução de políticas públicas para a materialização do direito à saúde, segurança, moradia, educação, entre outros" - tradução livre. MACIEL-LIMA; OLIVEIRA; DOMINGOS, 2018, p. 239: "*The existential minimum works with the effectuation of fundamental rights considered as minimum for the reach of a dignified life, links state activity in the execution of public policies for the materialization of the right to health, safety, housing, education, among others*".

LEÃO JUNIOR, 2011, p. 254), utilizada pelo poder público como forma de “se eximirem das responsabilidades prestacionais na área da saúde, como também em outras, dentro do contexto de direitos sociais” (TASCA, 2013, p. 100).

Ocorre que, sem negar a existência de limitações estatais de cunho financeiro para a efetivação de todos os direitos sociais, tal argumento não pode ser utilizado pelo Estado para não oferecer prestações e serviços quando está em questão o mínimo necessário para as pessoas viverem e sobreviverem com respeito e dignidade (OTERO; HILLE, 2013, p. 501), o que é o caso do direito à saúde, pois “mesmo que o recurso orçamentário seja pequeno, é fundamental assegurar provisão orçamentária para esse mínimo considerado essencial” (BERTOLAIA; PALAZZOLO, 2016, p. 296) . Nesse sentido, Sarlet e Figueiredo (2007, p. 201) delinham que:

[...] em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que se reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feição absolutas.

Ademais, a reserva do possível só poderá figurar como argumento válido quando estiver efetivamente demonstrado pelos poderes públicos que eventual restrição a direitos sociais foi resultante de um exercício de ponderação entre princípios conflitantes, no qual se cumpriu os requisitos da proporcionalidade e com a preservação do conteúdo mínimo necessário para a garantia de uma vida digna (KELBERT, 2011, p. 106) ou “para aquelas situações que extrapolem o mínimo existencial e que se refiram aos indivíduos que possuam meios de obter por si só a prestação pretendida” (RIBEIRO, 2011, p. 89). Acrescenta-se ainda os ensinamentos de Otero e Massarutti (2016, p. 856-857), de que:

[...] a vida digna possui um núcleo dentro do princípio da dignidade humana, que é o mínimo de condições ou instrumentos assecuratórios para uma existência com dignidade, o qual não pode ser afetado em nenhuma hipótese. Se o administrador público ou o legislador tiver que fazer uma escolha entre direitos fundamentais a serem concretizados, ele até poderá realizar esta opção com supedâneo na cláusula da reserva do possível, mas jamais estará autorizado a atingir o mínimo capaz de proporcionar uma existência digna.

Nesse sentido, pelo menos do ponto de vista teórico, a saúde, como parte integrante de um mínimo de recursos necessários para uma existência digna não poderia sofrer qualquer tipo de restrição [...]

Assim, é imperativa a necessidade de atuação estatal no sentido de investimento em políticas públicas de saúde que satisfaçam a necessidade de todos, não apenas no que se refere ao âmbito de reparação, mas também de prevenção e promoção da mesma, nos termos do art. 196 da Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como coadunando com a definição de saúde da OMS (Organização Mundial da Saúde), que a define como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença

ou de enfermidade"¹⁰, ou seja, "o conceito de saúde engloba o equilíbrio biopsicossocial da pessoa humana" (SIQUEIRA; LAZARETTI, 2019, p. 310) e não pode ser visto apenas como a ausência ou cura de doenças, mas sim em uma perspectiva mais ampliada de prevenção de enfermidades e promoção da qualidade de vida (MASSAFRA, 2004, p. 66), não podendo arguir o Estado - em razão da sua inércia, ineficácia ou ineficiência na efetivação do direito à saúde (em seu conceito amplo) e na aplicação correta do dinheiro público - a justificativa da reserva do possível como mecanismo legitimador da não-garantia material desse direito essencial para preservação da própria vida (digna) humana.

1.2 DIREITO À SAÚDE: UM LEGÍTIMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Conforme destacado anteriormente, o direito à saúde tem uma íntima relação com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana, configurando-se como necessário para a garantia do mínimo existencial do ser humano e, com previsão no ordenamento jurídico tanto como um direito humano como um direito fundamental. Todavia, é possível também o seu enquadramento enquanto um direito da personalidade, ou seja, o pertencimento ao rol de direitos tão "essenciais ao desenvolvimento e realização da pessoa, que fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e respeito ao seu próprio ser, em todas as dimensões, espirituais e físicas" (FOLLONE; RODRIGUES *In* SIQUEIRA; AMARAL, 2017, p. 317).

No que se refere aos direitos da personalidade, a nossa Constituição não inseriu um dispositivo específico que os tutela, porém acaba por reconhecer e tutelar o direito geral de personalidade por meio do princípio da dignidade humana, que vigora como uma cláusula geral de concreção da proteção e desenvolvimento da personalidade do indivíduo, visto que tal princípio, figurando como um princípio fundamental diretor que deve servir de interpretação para todo o ordenamento jurídico, acaba por se constituir na cláusula geral de proteção da personalidade, na medida em que a pessoa natural é o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica (SZANIAWSKI, 2005, p. 137).

Os direitos da personalidade são tão importantes que Adriano de Cupis defende que sem eles "a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor completo: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo - o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal" (CUPIS, 2004, p. 24).

Assim, tem-se que os direitos da personalidade possuem por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o que permite defender a tutela de um direito geral da personalidade, e são direitos que possuem ligação precípua com a própria possibilidade de pleno desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade, garantindo, assim, o próprio exercício do "ser", em todas as suas diversas dimensões.

Deste modo, a proteção ao pleno desenvolvimento da personalidade de cada pessoa não deve levar em conta tão somente direitos individuais, como vida e liberdade, e deixar de lado a tutela de direitos essenciais para o próprio asseguramento daqueles, direitos sem

¹⁰ Definição contida no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 20 nov. 2019.

os quais não se pode sequer falar em vida e principalmente em vida digna, como o direito à saúde ou à alimentação. São direitos que, uma vez ausentes, impossibilitam ou, no mínimo, prejudicam o pleno desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade. Nesse sentido, importante os ensinamentos de Rabindranath Capelo de Souza (1995, p. 516), de que:

[...] a personalidade <física> ou <moral> referida no art. 70.º do Código Civil abrange quer os bens ligados à realidade física de cada homem (*homo phenomenon*) quer os bens inerentes à sua autonomia e liberdade (*homo noumenon*), que com essa disposição legal se protege não apenas o essencial da personalidade de todos os homens (*humanitas*) mas também a particular individualidade e irrepetibilidade de cada um (*individualitas*) e que **a tutela da personalidade humana exige não apenas a protecção dos seus bens interiores mas também o resguardo e a preservação do espaço vital exterior de cada homem.** (destaque nosso)

Desta feita, o direito à saúde, principalmente ao reservar uma íntima ligação com o direito à vida, acaba por ser “um direito fundamental que guarda relação com o pleno desenvolvimento da personalidade humana e integra o direito ao mínimo para uma vida digna [...]” (OTERO; MASSARUTTI, 2016, p. 849), podendo ser incluído também não apenas como um direito humano e fundamental, mas também como um direito da personalidade, ressaltando a importância da sua tutela e efetivação.

Ademais, tal afirmativa pode ser inclusive fundamentada nos ensinamentos de Fernanda Cantali (2009, p. 217), que defende que a busca pela efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana - que é a cláusula geral de proteção da personalidade humana - impõe uma atuação bifrontal, atuando em uma perspectiva protetiva e promocional, ou seja, garantindo uma esfera de autodeterminação pessoal, expressão da autonomia privada e a liberdade pessoal, mas também garantindo o imperativo de assistência através da ação estatal ou coletiva. Perez Luno (p. 318) também ensina nesse sentido, afirmando que “a dignidade da pessoa humana não constitui apenas uma garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, em sentido positivo, no pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”.

Nesta perspectiva, defende Fermentão (2007, p. 75-76):

O Estado Moderno tem como tarefa realizar a tutela dos direitos fundamentais e favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa. Assume a obrigação de respeitar os direitos individuais da pessoa, tais como o direito à vida, à liberdade, à informação, ao trabalho, ao estudo, e outros, ambos essenciais e característicos de toda pessoa humana, que tem direitos como cidadão, e, portanto, o Estado tem também o dever de promover tais direitos, eliminando qualquer dificuldade, quer econômicas ou sociais, que possam impedir o efetivo exercício dos direitos pessoais e da cidadania.

O Estado tem a obrigação de intervir e possibilitar que os interesses existenciais e individuais da pessoa humana sejam exercidos.

Neste diapasão, o princípio da dignidade humana não importa apenas em um limite para os Poderes Públicos, no sentido de abster-se de atentar contra ele, mas sim, traduz um norte para a conduta estatal, impondo uma atitude comissiva das autoridades públicas para a proteção do livre desenvolvimento da personalidade humana, com o asseguramento das condições mínimas para a vida com dignidade (SARMENTO, 2004, p. 113), condições essas

que incluem um acesso efetivo ao direito à saúde, em nível repressivo, protetivo e promocional.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 198, que "as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede hierarquizada e constituem um sistema único", norma essa que deu origem ao Sistema Único de Saúde (SUS), trazendo no art. 200¹¹ do mesmo diploma quais são as atribuições desse sistema, que abordam questões atinentes não só às ações que visem o acesso à saúde, mas também de saneamento básico, alimentação, proteção do meio ambiente, entre outros. Posteriormente houve a regulamentação desse sistema pela Lei nº 8.080/1990, que prevê, dentre outras coisas, que os serviços públicos de saúde e os serviços privados integrados ao Sistema Único de Saúde devem seguir alguns princípios, entre eles o da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência (art. 7º, I, Lei nº 8.080/1990), o qual garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis (BARROSO, 2009, p. 41).

Todavia, em que pese a Constituição preveja um direito fundamental de acesso à saúde, o Estado acaba por falhar e não oferece um sistema universal (MACIEL-LIMA; OLIVEIRA; DOMINGOS, 2018, p. 238)¹², pois a realidade pátria contemporânea tem evidenciado que "o sistema público de saúde tem se mostrado seletivo em face da carência de infraestrutura, que é precária, e de recursos à saúde, que são escassos" (SIQUEIRA; LAZARETTI, 2019, p. 312), visto que o direito à saúde é um direito que, necessariamente, "depende da vontade política, ou seja, da vontade dos Poderes de realizarem políticas, ações e serviços voltados a acabar com a problemática da sua inefetividade" (PICCIRILLO; ZAIA, 2016, p. 323), e que, se ausente tal vontade, a sua eficácia é obstaculizada, podendo, por vezes, evidenciar a existência da eutanásia social ou mistanásia, que se refere a uma morte "lenta, cruel e miserável decorrente do abandono em que se encontra grande parte da população brasileira" (ZAGANELLI; SOUZA; CABRAL; SANCHES, 2016, p. 7), a qual será abordada de modo específico no próximo tópico.

2 A EUTANÁSIA SOCIAL: O ESTADO COMO AGENTE VIOLADOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

O termo "eutanásia", assim considerada, é uma palavra que vem do grego, derivada de "eu" (boa) e "thanatos" (morte), que em sua origem é entendida como boa morte, morte apropriada, morte piedosa, morte benéfica (SA; NAVES, 2011, p. 95). Assim, acaba sendo compreendida como uma morte digna, indolor.

11 Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

12 No original: "The Constitution provides for a fundamental right of access to health, however, the State fails and not offer a universal system [...]".

Para se configurar a eutanásia, é necessário compreender se estão presentes 3 (três) requisitos essenciais, quais sejam: a) uma situação de enfermidade terminal incurável ou de invalidez irreversível; b) o motivo humanitário e piedoso do agente; c) a existência de consentimento validamente prestado pelo paciente, se consciente, porém se inconsciente, prevalece o princípio da beneficência, que determina a atuação de terceiros no melhor interesse do paciente (SIQUEIRA; LAZARETTI, 2019, p. 313-315). Ou seja, nela se evidencia que a morte é antecipada para se evitar o sofrimento do paciente que, em razão de algo incurável ou irreversível, não teria uma vida digna se postergada tal situação, de modo que a morte é antecipada de forma indolor para que se tenha uma “boa morte”.

Todavia, o que se conhece por eutanásia social ou mistanásia, em nada se assemelha a eutanásia em si. A expressão mistanásia também tem etimologia grega, derivando de “mis” (infeliz) e “thanatos” (morte), ou seja, traduz a ideia de uma morte sofrida, antes e fora da hora, provocada de forma lenta, sendo uma morte que tem como escopo as desigualdades sociais e provocada, na maioria das vezes, pelo descaso do poder público em relação a classe pobre da sociedade (ZAGANELLI; SOUZA; CABRAL; SANCHES, 2016, p. 7). Assim, importante os ensinamentos de que:

A eutanásia, pelo menos em sua intenção, quer ser uma morte boa, suave, indolor, enquanto a situação chamada eutanásia social nada tem de boa, suave ou indolor. Dentro da grande categoria de mistanásia quero focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana. (MARTIN *In* FERREIRA; OSELKA; GARRAFA, 1998, p. 172)

Deste modo, tem-se que a eutanásia social ou mistanásia se refere às mortes ocorridas em razão de falta de assistência do Estado, por erro médico e por má prática (SIQUEIRA; LAZARETTI, 2019, p. 317). Assim, haverá a ocorrência da mistanásia em três hipóteses: quando os cidadãos sequer chegam a ser pacientes, porque não conseguem ingressar no sistema de saúde em razão de fatores geográficos, políticos e sociais, caracterizando uma omissão de socorro por parte do Estado; quando os cidadãos conseguem o acesso a uma unidade pública de saúde, mas tendo em vista o número grande de pacientes somados à falta de estrutura adequada, acabam não sendo atendidos, persistindo as doenças ou pior, havendo a morte dos mesmos nas filas do Sistema Único de Saúde, ou, quando atendidos, há leitos ou aparelhos insuficientes, obrigando os profissionais da saúde a escolherem quais pacientes atender; ou, ainda, sendo atendidos, acabam sendo vítimas de erro médico (imprudência e negligência) e vindo à óbito (CABETTE, 2009).

Tem-se, assim, que um dos grandes contrapontos entre a mistanásia e a eutanásia é o resultado, pois enquanto aquela acarreta a morte antes da hora, de forma miserável e dolorosa, esta provoca uma morte também antes da hora, porém de maneira suave e sem dor, e é justamente este resultado que torna a eutanásia atraente para muitos e a mistanásia invisível para outros, ou seja, vive-se em uma sociedade que ao mesmo tempo que oferece a mais alta tecnologia para o “bem morrer”, nega o indispensável para o “bem viver” (PAOLO; RIBAS; PEREIRA, 2006, p. 274-275).

Nos dizeres de Dworkin (2003, p. 280),

[...] A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no “morrer com dignidade” – mostra como é importante que a vida termine apropriadamente, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido.

Assim, a morte, que coloca fim ao sopro da vida, não pode ser simplesmente antecipada pela mera justificativa de que falta recursos ao Estado para investir em infraestrutura, materiais, funcionários da saúde, leitos e remédios, instrumentos esses necessários para dar plena efetividade ao direito à saúde. Aceitar tal justificativa como válida, é o mesmo que aceitar a ocorrência de homicídios em massa, perpetrados sobre aqueles que só possuem o Sistema Único de Saúde como esperança para ter o acesso a uma saúde e vida digna.

Vale a pena ressaltar que o direito à saúde deve ser entendido, ainda, como um “direito de justiça social essencialmente como forma de garantia a uma vida digna” (SILVA; VITA, 2014, p. 261), de modo que pode-se considerar haver uma hipocrisia cruel e perigosa na preocupação com a oferta de uma “morte digna” quando pouco se age para propiciar aos vivos o respeito pela dignidade humana deles (CABETTE, 2009, p. 31).

Ademais, acerca da mistanásia, acrescenta-se que

Na América Latina, de modo geral, a forma mais comum de mistanásia é a omissão de socorro estrutural que atinge milhões de doentes durante sua vida inteira e não apenas nas fases avançadas e terminais de suas enfermidades. A ausência ou a precariedade de serviços de atendimento médico, em muitos lugares, garante que pessoas com deficiências físicas ou mentais ou com doenças que poderiam ser tratadas morram antes da hora, padecendo enquanto vivem dores e sofrimentos em princípio evitáveis. (MARTIN *In* FERREIRA; OSELKA; GARrafa, 1998, p. 175)

Deste modo, a realidade que se revela é que, enquanto se fala na possibilidade de uma mudança legislativa no Brasil para aceitar a ocorrência da eutanásia - que ainda é proibida no Estado Brasileiro¹³ - e voltam-se os holofotes para o debate sobre propiciar uma morte digna àqueles que já não possuem a viabilidade de uma vida futura digna, a discussão acerca da mistanásia, ou seja, das inúmeras mortes miseráveis perpetradas no país em razão unicamente da ausência de uma prestação estatal eficaz e universal do direito à saúde, continuam invisíveis, inexistentes ou abafadas.

E tal cenário se justifica porque a eutanásia social está diretamente relacionada às políticas públicas de saúde e a qualidade de vida que devem fazer parte do planejamento estatal em busca de justiça social (ZAGANELLI; SOUZA; CABRAL; SANCHES, 2016, p. 8) e da própria concretização da dignidade da pessoa humana à todos. Assim, ela se consubstancia justamente em razão da ineficácia e inércia do Estado com relação a promoção de políticas públicas nesse sentido¹⁴, que acaba atuando justamente em contrário ao seu papel: ao invés

13 Nesse sentido: “[...] as legislações penais brasileiras nunca se interessaram em dispor sobre a eutanásia como um crime propriamente dito. Na doutrina majoritária existe uma tendência no que diz respeito a equiparar a conduta ao homicídio, tipificado no artigo 121 do Código Penal Brasileiro de 1940, vigente na atualidade”. (FERREIRA; PORTO, 2017, p. 156).

14 Acerca do papel do estado na promoção do direito à saúde, destaca-se os ensinamentos de Silva e Vita (2014, p. 249): “A garantia do direito social à saúde exige do Estado uma administração passível de implantação de políticas públicas capazes de suprir as necessidades mais urgentes. Dentre elas, destacam-se as necessidades voltadas ao fornecimento de medicamentos gratuitos, contratação e remuneração digna aos profissionais da área da saúde, construção e estruturação de hospitais e postos de saúde públicos, dentre outras necessidades”.

de proteger e promover um acesso à saúde de qualidade à todos, atua como violador da vida, da dignidade humana e até mesmo da morte no tempo certo, e sequer é punido ou responsabilizado por tais violações, mesmo havendo, na teoria, a possibilidade de responsabilização Estatal (apenas na seara civil - não na penal) quando ocorra a prestação insatisfatória do serviço à saúde¹⁵.

3 EUTANÁSIA SOCIAL E EXTREMA POBREZA: UMA RELAÇÃO DE EXCLUSÃO SOCIAL

A pobreza e a extrema pobreza são uma realidade latente principalmente em países subdesenvolvidos como o Brasil, sendo que a visão sobre as mesmas sofreram alteração a partir do século XX, pois o que antes cingia-se tão somente ao poder econômico da pessoa, passa a ser atrelada ainda à situação econômica, porém ampliada, adicionando-se o fato de que a condição primeira da pobreza se dá em razão do impedimento de ter acesso a outros fatores que inibiriam a perpetuação da mesma (FERNANDES, 2017, p. 308) e não se refere somente a carência de bens materiais (TEIXEIRA, 2014, p. 216).

Nesse sentido, importante explicitar acerca da concepção de Amartya Sen, que identifica a pobreza como privação de capacidades:

[...] a pobreza pode sensatamente ser identificada em termos de privação das capacidades, com a abordagem concentrando-se em privações intrinsecamente importantes, em contrapartida com a renda baixa, cujo valor é apenas de forma instrumental; b) existem outras influências sobre a privação de capacidades, portanto sobre a pobreza real, além do baixo nível de renda, já que esta não é o único instrumento de geração de capacidades; c) a relação instrumental entre baixa renda e baixa capacidade é variável entre comunidades e até mesmo entre famílias e indivíduos, aduzindo que o impacto da renda sobre as capacidades é contingente e condicional. (SEN, 2010, p. 121)

Desta forma, a pobreza pode ser compreendida como uma forma de exclusão social, fruto da distribuição desigual de bens essenciais para uma vida digna, bens esses que correspondem à capacidade de indivíduos, famílias e comunidades de suprir suas necessidades básicas (FERNANDES, 2017, p. 309) e configura-se como um fator social que vai muito além do critério reducionista da renda, mencionando Paugam acerca da "desqualificação social", ou seja, da relação que há entre uma população designada como pobre em razão de sua dependência aos serviços sociais e o restante da sociedade (PAUGAN *In* VERAS, 1999, p. 63-64), colocando-a, assim, como um fenômeno multidimensional (CABRAL JUNIOR; COSTA, 2017, p. 796).

Coadunando com tal pensamento, José Loureiro defende que "a pobreza pode traduzir-se numa privação ou numa insuficiência no acesso à bens fundamentais (v.g., alimenta-

15 Nesse sentido: "Inobstante, ocorrendo a prestação ano satisfatória do serviço de saúde pública, da qual derive um dano, exsurge a responsabilidade estatal. De tal responsabilidade advém o dever de ressarcir o cidadão lesado em virtude da ausência ou da falha no serviço de saúde, através reparação do dano ou de seu ressarcimento, mediante quantum indenizatório, conforme o entendimento da doutrina e da jurisprudência mais atual de nosso país".(GOMES, 2010, p. 183)

ção, saúde) que põem em causa a própria sobrevivência" (LOUREIRO *In* CORREA; MACHADO; LOUREIRO, 2012, p. 409).

Assim, é possível extrair das concepções mais modernas acerca da pobreza um denominador comum, qual seja, o de que a pobreza não está apenas atrelada ao fator de baixa renda, mas também encontra-se aliado a questões como a dependência de serviços públicos para obter o acesso a bens fundamentais, como o direito à saúde, à alimentação, à educação, entre outros, acesso esse que, se obtido de modo qualitativo, estaria não só permitindo a vivência digna dessa grande parcela da população, mas também a própria possibilidade de ascensão social e superação da pobreza.

Desta forma, o que se visualiza no que tange as discussões até então tecidas, é que a mistanásia, enquanto uma antecipação da morte de forma miserável e dolorida, - ocasionada principalmente em razão da omissão e abandono público do Estado quanto à efetivação universal do direito à saúde - tem afetado mais justamente as camadas mais pobres da população, uma vez que nelas existem uma dependência direta e exclusiva do Sistema Único de Saúde, sem qualquer possibilidade de recorrer a outro meio para a obtenção de tratamentos médicos, além do fato de que a saúde é um elemento que possui total relação não só com o indivíduo, mas com todo o ambiente social que o rodeia (RAMOS; DINIZ, 2017, p. 174), o que não favorece as populações que vivem em condições de extrema pobreza e que, em sua maioria, sequer possuem um habitat saudável à vida.

Nesse sentido, importante os ensinamentos de Martin (*In* FERREIRA; OSELKA; GARRAFA, 1998, p. 175):

É precisamente a complexidade das causas desta situação que gera na sociedade um certo sentimento de impotência propício à propagação da mentalidade "salve-se quem puder". Planos de saúde particulares para quem tem condições de pagar e o apelo às medicinas alternativas tradicionais e novas por parte do rico e do pobre, igualmente, são dados sintomáticos de um mal-estar na sociedade diante da ausência de serviços de saúde em muitos lugares e do sucateamento dos serviços públicos e da elitização dos serviços particulares em outros. Numa sociedade onde recursos financeiros consideráveis não conseguem garantir qualidade no atendimento, a grande e mais urgente questão ética que se levanta diante do doente pobre na fase avançada de sua enfermidade não é a eutanásia, nem a distanásia, destinos reservados para doentes que conseguem quebrar as barreiras de exclusão e tornar-se pacientes, mas, sim, a mistanásia, destino reservado para os jogadores nos quartos escuros e apertados das favelas ou nos espaços mais arejados, embora não necessariamente menos poluídos, embaixo das pontes das nossas grandes cidades.

Ademais, verifica-se ainda o descaso estatal com relação às "doenças da pobreza", que são assim denominadas porque, mesmo extintas no passado, acabam retornando à realidade vigente em razão de que a população pobre e extremamente pobre acaba não possuindo meios de evitar a contaminação¹⁶ ou não sabem como fazê-lo e, principalmente,

16 Nesse sentido: "As desvantagens e vulnerabilidades urbanas levam a várias formas de desigualdades na saúde. A ausência de instalações básicas em assentamentos de baixa renda nas áreas urbanas, juntamente com ambientes insalubres e superlotação, cria um ciclo vicioso de infecções, desnutrição e problemas de saúde." - Tradução livre. (SHAFIQUE; BHATTACHARYYA; ANWAR; ADAMS, 2018, p. 63-64). No original: "Urban disadvantage and vulnerability lead to various forms of health inequalities. The absence of basic amenities in low-income settlements in urban areas, together with unsanitary environments and overcrowding, creates a vicious cycle of infections, malnutrition, and poor health".

quando adoecem, são mal assistidas" (SOUZA, 2011, p. 313-314). Nesse sentido, esclarece Silva e Gonçalves (2013, p. 565):

Basta ver, por exemplo, o descaso institucional com as chamadas doenças da pobreza. É admirável, na acepção depreciativa da palavra, a resignação do governo em relação à existência de doenças consideradas superadas, mas que acometem e levam a óbito considerável parcela da população pobre, miserável e os residentes de regiões longínquas do Brasil. Fato comprovado pelo alto número de novos casos de tuberculose e leishmaniose no território brasileiro, doenças cujas drogas desenvolvidas para seus respectivos tratamentos se deram, principalmente, entre as décadas de 40 e 50, não havendo desenvolvimento de relevantes inovações medicamentosas após este período. A leishmaniose é quantificada em 30 mil novos casos por ano. Já a tuberculose alcança o número de 70 mil novos casos por ano no Brasil (BRASIL. Ministério da Saúde. Portal do SUS). A favela da Rocinha, localizada na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, chegou a contabilizar 50 casos de tuberculose por mês no ano de 2008 (SOUZA, 2011, p. 313). Ainda no ano de 2011, entre o período de janeiro a outubro, a malária atingiu o registro de 217.298 novos casos na região Amazônica, local onde se concentra 99% dos casos desta doença no Brasil (BRASIL. Ministério da Saúde. O SUS enfrenta malária).

De tal modo, somam-se a dependência das camadas mais pobres da população ao Serviço Único de Saúde¹⁷ de forma exclusiva, com as referidas "doenças da pobreza" e o fato de que tal população normalmente convive com a fome, com a vivência em moradias precárias, com a ausência de água limpa, com o desemprego ou com o trabalho em condições massacrantes, etc, o que acaba por contribuir para espalhar a falta de saúde e uma cultura mortífera e excludente (MARTIN *In* FERREIRA; OSELKA; GARRAFA, 1998, p. 175).

Assim, "a pobreza é um obstáculo para o acesso à saúde, o que demonstra que continua existindo uma correlação entre a classe social e a saúde" (RAMOS; RAMOS, 2016, p. 300), e, por consequência, a ocorrência da eutanásia social acaba por ter como vítimas principalmente a camada da população onde a pobreza e a extrema pobreza se fazem presentes, onde a dependência do atendimento pelo serviço público é a única esperança, vigorando, assim, como um instrumento que, além de matar, exclui socialmente tais populações, de forma cruel e dolorosa. Deste modo, o termo mistanásia acaba dando significado "à morte de milhares de pessoas sem nenhuma assistência, deixadas à própria sorte, em lixões, embaixo de viadutos, pontes, ruas e, principalmente, nos hospitais com corredores lotados, com pacientes moribundos e abandonados pelo Estado e por todos" (MENDONÇA; DA SILVA, 2014, p. 175), e cujo agente violador segue, infelizmente, sem responsabilização por tais mortes e pela exclusão institucionalizada que promove.

Deste modo, tem-se, por fim, a importância de se visualizar o direito à saúde como uma demanda ética por equidade e a necessidade de internalização de normas morais públicas para realizar progressivamente esse direito (RUGER, 2006, p. 326)¹⁸, bem como a ado-

17 No direito comparado, tem que "Mais de 42,5 milhões de americanos (15,5%) não têm cobertura de seguro de saúde - um grande aumento desde os anos 90, apesar do forte desempenho da economia americana desde a recessão do início dos anos 90. Destes, 32,4% dos pobres ou 10,4 milhões de pessoas estão sem cobertura." - tradução livre. KINNEY, 2000, p. 1475. No original: "Over 42.5 million Americans (15.5%) have no health insurance coverage—a major increase since 1990s despite the strong performance of the American economy since the recession of the early 1990s. Of these, 32.4% of the poor or 10.4 million people are without coverage."

18 No original: "[...] It emphasizes the importance of viewing the right to health as an ethical demand for equity in health and the need for the internalization of public moral norms to progressively realize this right.[...]"

ção de uma perspectiva que compreenda que a efetivação do direito à saúde deve ser vista de forma prioritária, pois a ausência de um acesso igualitário acarreta, por vezes, em uma exclusão institucionalizada daqueles que dependem do acesso exclusivo da saúde pública, frequentemente precária e insuficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as considerações tecidas no artigo, restou-se evidenciada a importância que o direito à saúde possui para a própria concretude do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, figurando-se como um direito que além de ser humano e fundamental, pode ser considerado ainda como direito da personalidade, na medida em que ele mantém uma relação íntima com o núcleo dos referidos direitos, qual seja, a dignidade da pessoa humana, além do fato de que não há como se falar no pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa se não é dado a cada indivíduo, de modo eficaz, a preservação e cuidado com a sua saúde e vida.

Ademais, por se tratar de um direito ímpar e que se inclui dentre os direitos caracterizados como "mínimo existencial" que deve ser garantido à cada pessoa, a arguição da reserva do possível pelo Estado, com o fim de justificar a sua omissão e ineficiência no que tange a promoção de políticas públicas de saúde à todos e a aplicação incorreta de recursos públicos, não deve ser levada como uma justificativa válida pelo ordenamento jurídico, por envolver um direito tão relevante, ou ao menos só deve ser considerado como argumento válido se efetivamente restar demonstrado que a limitação à sua efetivação se deu mediante a ponderação entre direitos conflitantes de mesma relevância e no qual se cumpriu os requisitos da proporcionalidade e com a preservação do conteúdo mínimo necessário para a garantia do exercício da vida com dignidade, sob pena de, aceitando indiscriminadamente tal alegação estatal, inviabilizar a própria materialidade do direito à saúde e continuar legitimando que consequências como a mistanásia se perpetuem.

Neste diapasão, se verificou ainda que a eutanásia social ou mistanásia em nada se assemelha com a eutanásia em si, pois ao passo que nela a morte também é antecipada, tal antecipação se dá de forma miserável, dolorida e cruel, fruto, na grande parte das vezes, da omissão estatal com relação a efetivação de um sistema de saúde que seja, de fato, acessível à todos e de qualidade, e não de um sistema inacessível por muitos, ou que quando acessado, é seletivo e precário, deixando perecer inúmeras pessoas sem um atendimento, no mínimo, adequado.

Assim, a eutanásia social se revela, não apenas um descaso com relação ao direito à saúde, mas também como uma atuação violadora perpetrada constantemente pelo Estado e cuja responsabilização e até mesmo o debate jurídico, por envolver justamente o grande "leviatã", ainda se faz invisível e, conseqüentemente, estimula a continuação dessa exclusão social institucionalizada, em especial da camada social abarcada pela pobreza e extrema pobreza, que dependem unicamente de um serviço público para que tenha a sua saúde tratada e preservada, bem como a sua dignidade respeitada.

Desta forma, as respostas às problemáticas propostas no artigo vão no sentido de que a efetivação do direito à saúde é de suma importância na medida em que esse direito se revela como um direito humano, fundamental e da personalidade, necessário para a própria concretização da dignidade da pessoa humana e para um pleno e livre desenvolvimento da personalidade.

Ademais, fenômenos tão cruéis como a mistanásia permanecem praticamente invisíveis no cenário contemporâneo pois a mesma tem como agente causador justamente aquele que deveria proteger e efetivar os direitos à população, ou seja, o Estado, que não apenas promove (ou no mínimo, permite) que diversas mortes sejam perpetradas em razão de falhas e insuficiências na prestação de um serviço de saúde qualitativo e universal, mas também que, com isso, promove uma exclusão social institucionalizada das camadas pobres e extremamente pobres, isto porquê essa parcela da população tem unicamente o serviço público de saúde para recorrer e, além disso, normalmente possuem condições de vida precárias, sem moradias ou alimentação adequadas, com ausência de água limpa, etc., que facilitam a propagação da falta de saúde e a perpetuação de uma cultura mortífera e excludente das mesmas.

REFERÊNCIAS

- BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Revista Argumentum - UNIMAR*, n. 10, p. 295-318, 2009. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1045/626>. Acesso em: 24 nov. 2019.
- BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação Judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, a. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BERNARDI, Renato; LAZARI, Rafael José Nadim de. Tem fundamento a crítica à incorporação da reserva do possível no sistema jurídico brasileiro?. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (Orgs). *Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos - a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. 1.ed. Birigüi, SP: Boreal Editora, 2011, p. 251-267.
- BERTOLAIA, Denilson; PALAZZOLO, Massimo. A ordem social e a sua efetividade constitucional. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, ano 4, n. 8, p. 271-309, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5899>. Acesso em: 25 nov. 2019.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e Ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos Éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

CABRAL JÚNIOR, Luciano Roberto Gulart; COSTA, Eder Dion de Paula. Pobreza política e plano Brasil Sem Miséria. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - UNIFAFIBE*, v. 5, n. 2, p. 793-816, 2017. Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/254/pdf_1. Acesso em: 24 nov. 2019.

CALDERÓN-VALENCIA, Felipe; ESCOBAR-SIERRA, Manuela. L'articulation de la juridiction spéciale pour la paix avec la justice ordinaire en matière d'extradition: les enjeux politiques du cas Jesus Santrich dans le contexte du post-conflit Colombien. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 1, 2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral da personalidade*. Portugal: Coimbra Editora, 1995.

CIARLINI, Léa Martins Sales; CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. A estrutura das políticas públicas e os paradoxos da intervenção judicial por meio da ação civil pública: uma análise a partir dos cinco estágios do ciclo político-administrativo de Michael Howlett, Ramesh e Perl. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 1, 2019.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas- SP: Romana Jurídica, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e axiologia - o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar- Mestrado*, v. 7, n. 1, p. 57-80, 2007.

FERNANDES, David Augusto. Ânodo de sacrifício: a pobreza e a indignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica - UNICURITIBA*, v. 3, n. 48, p. 299-319, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2182/1362>. Acesso em: 24 nov. 2019.

FERREIRA, Clécia Lima; PORTO, Carolina Silva. Eutanásia no Direito Penal: os aspectos jurídicos do homicídio piedoso. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 5, n. 10, p. 150-174, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6449>. Acesso em: 25 nov. 2019.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LEHFELD, Lucas de Souza; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A imunidade parlamentar segundo o supremo tribunal: análise do precedente sobre a prisão do senador Delcídio Amaral frente aos direitos da personalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 2, 2019.

FOLLONE, Renata Ap; RODRIGUES, Rúbia Spirandelli. A perspectiva do direito de personalidade do idoso sob o fundamento da dignidade humana. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Orgs.). *Democracia, cidadania e os direitos da personalidade: uma releitura contemporânea*. 1.ed. Birigui- SP: Boreal Editora, 2017, p. 314-330.

FLORIANI, Lara Bonemer Rocha; SANTOS, Luccas Farias. A hierarquia dos tratados internacionais e seus reflexos jurídicos e extrajurídicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 1, 2019.

GOMES, Fabiano Maranhão Rodrigues. Responsabilidade do Estado por ineficiência na prestação de serviços de saúde pública. *Argumenta Journal Law*, n. 12, p. 163-190, 2010. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/165/165>. Acesso em: 25 nov. 2019.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: *Os pensadores - kant (II)*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KINNEY, Eleanor D. The international human right to health: What does this mean for our nation and world. *Indiana Law Review*, v. 34, p. 14571475, 2000. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=296394. Acesso em: 22 nov. 2019.

LASCANO, Alfonso Jaime Martinez. Inconvencionalidad del amparo mexicano por la eficacia en la protección judicial de derechos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 2, 2019.

LOUREIRO, João Carlos. Responsabilidade (s), pobreza e mundo: para uma tópica (inter)constitucional da pobreza. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 395 – 424.

MABTUM, Matheus Massaro; GERRA FILHO, Willis Santiago. A importância do tempo e sentido para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 6, N. 2, 2018.

MACIEL-LIMA, Sandra; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; DOMINGOS, Isabela Moreira; Fundamental health rights: Microcefalia and sanitary policies to combat the Zika Virus. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 3, p. 235-248, set./dez. 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2972/2028>. Acesso em: 04/09/2019.

MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. In: FERREIRA, Sérgio Costa; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (org). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/inicio%20%20biotica.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

MASSAFRA, Cristiane Quadrado. Direito à saúde e desenvolvimento brasileiro: uma questão de cidadania. *Revista Direito em Debate*, v. 13, n. 22, p. 47-70, jul./dez. 2004. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/713>. Acesso em: 25 nov. 2019.

MENDONÇA, Márcia Helena; DA SILVA, Marco Antonio Monteiro. Vida, dignidade e morte: cidadania e mistanásia. *Ius Gentium*, v. 9, n. 5, p. 151-190, 2014. Disponível em: <https://www.uninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/150/124>. Acesso em: 22 nov. 2019.

MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NEAL, Mary. Respect for human dignity as 'substantive basic norm'. *International*

Journal of Law in Context, v. 10, n. 1, p. 26-46, 2014. Disponível em: <https://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=4194401a-9547-41e1-a62f-750df90b385f%40sdc-v-sessmgr01>. Acesso em: 25 nov. 2019.

Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 22 nov. 2019.

Organização das Nações Unidas. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

Organização Mundial da Saúde. *Constituição da Organização Mundial de Saúde*. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 22 nov. 2019.

OTERO, Cleber Sanfelici; HILLE, Marcelo Luiz. A dignidade da pessoa humana em face da escassez de recursos do Estado. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 13, n. 2, p. 485-511, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3098/2136>. Acesso em: 06 nov. 2019.

OTERO, Cleber Sanfelici; MASSARUTTI, Eduardo Augusto de Souza. Em conformidade com o direito fundamental à saúde previsto na Constituição brasileira de 1988, é possível exigir do Estado a prestação de fosfoetanolamina sintética para pessoas com câncer?. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 16, n. 3, p. 847-876, set./ dez. 2016, p. 856. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5380/2890>. Acesso em: 06 nov. 2019.

PAOLO, Edvige Di; RIBAS, Luciane Aparecida; PEREIRA, Maria Regina Rodrigues. Eutanásia Social: Um Estudo de Caso da População de Rua de Juiz de Fora. *CES Revista*. Juiz de Fora, 2006.

PAUGAM, Serge. O conceito de desqualificação social. In: VÉRAS, Maura Pardini Bicudo (Org.). *Por uma sociologia da exclusão social: o debate com Serge Paugam*. São Paulo: EDUC, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*.

PICCIRILLO, Miguel Belinati; ZAIA, Raíssa Dias. A inefetividade do direito à saúde no Brasil. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - UNIFAFIBE*, v. 4, n. 2, p. 319-355, 2016. Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/173/pdf_1. Acesso em: 04/09/2019.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; RAMOS, Edith Maria Barbosa. Direito à saúde, necessidades básicas e dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica*, v.3, n. 44, p. 275-304, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1747/1141>. Acesso em: 22 nov. /2019.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; DINIZ, Isadora Moraes. O direito à saúde e a ideia de proteção social na Constituição Federal de 1988: notas iniciais. *Revista Direito em Debate*, v.26, n. 48, p. 159-184, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5906>. Acesso em: 25 nov. 2019.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária. *Revista Argumentum - UNIMAR*, v. 12, p. 77-102, 2011. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1068/662>. Acesso em: 04/09/2019.

ROSSIGNOLI, Marisa; SOUZA, Francielle Calegari de. O princípio constitucional da livre concorrência frente a política do desenvolvimento sustentável. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 1, 2019.

RUGER, Jennifer Prah. Toward a theory of a right to health: capability and incompletely theorized agreements. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 18, n. 2, p. 273-326, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=933009. Acesso em: 22 nov. 2019.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, n. 1, p. 171-213, 2007. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>. Acesso em: 25 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 7.ed. rev. atu. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009-a.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo a compreensão jurídica constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e do direito constitucional*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009-b.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SELAYARAN, Alexandre; MACHADO, Guilherme; MORAIS, Fausto. A (não) conexão entre judicialização excessiva do direito à saúde e ativismo judicial. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - UNIFAFIBE*, v. 6, n. 2, p. 1-27, 2018. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/315/pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHAFIQUE, Sohana; BHATTACHARYYA, Dipika S., ANWAR, Iqbal; ADAMS, Alayne. Right to health and social justice in Bangladesh: ethical dilemmas and obligations of state and non-state actors to ensure health for urban poor. *BMC medical ethics*, v. 19, n. 1, p. 61-69, 2018. Disponível em: <https://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=8c865c5e-d536-429f-919f-c074364a3fe4%40sessionmgr4007>. Acesso em: 24 nov. 2019.

SILVA, Diogo Bacha e; GONÇALVES, Luciano Meni. Judicialização da saúde e a transferência do controle sobre o corpo. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 13, n. 2, p. 561-579, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3047/2139>. Acesso em: 06 nov. 2019.

SILVA, Karina Zanin da; VITA, Jonathan Barros. O princípio da reserva do possível e o direito fundamental à saúde. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 14, n. 1, p. 241-264, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3439/2298>. Acesso em: 06 nov. 2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LAZARETTI, Bruna Furini. Eutanásia social e os direitos da personalidade: uma leitura constitucional crítica. *Argumenta Journal Law*, n. 30, p. 297-329, jan./ junho 2019. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1571/pdf>. Acesso em: 21 nov. 2019.

SOARES, Marcelo Negri; KAUFFMAN, Marcos Eduardo; MARTIN, Raphael Farias. Economy law and economic analysis of law and the impacto on intellectual property in the common law system. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 2, 2019.

SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Ed. UFMG. 2011.

STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 2, 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TASCA, Jocimar Antonio. A judicialização da saúde. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - UNIFAFIBE*, v. 1, n. 1, p. 93-118, 2013. Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/7/pdf_4. Acesso em: 04/09/2019.

TEIXEIRA, Sílvia Gabriel. Combate a pobreza: a responsabilidade de proteger da comunidade internacional. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - UNIFAFIBE*, v. 3, n. 1, p. 195-240, 2014. Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/59/pdf_39. Acesso em: 25 nov. 2019.

VIDAL DE SOUZA, José Fernando; SANOMIYA, Bárbara Ryukiti. Mínimo existencial ecológico e a judicialização das políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, p. 381-407, dez. 2017 Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1742>. Acesso em: 25 nov. 2019.

WEDY, Gabriel. Desenvolvimento sustentável como direito fundamental e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 38, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/723/939>. Acesso em: 25 nov. 2019.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de; CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; SANCHES, Letícia Carvalho. Eutanásia social: "morte miserável" e a judicialização da saúde. Lima, Peru: *Derecho y Cambio Social*, n. 43 - ano XIII – 2016. Disponível em: https://www.derechoycambiosocial.com/revista043/EUTANASIA_SOCIAL.pdf. Acesso em: 22 nov. 2019.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. Pensar as políticas públicas a partir do enfoque das capacidades: justiça social e respeito aos direitos humanos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 1, 2019.

Recebido/Received: 08.05.2020.

Aprovado/Approved: 30.05.2020.

HERMENÊUTICA DA USUCAPIÃO FAMILIAR: ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR A PARTIR DE UMA INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA

INTERPRETATION OF FAMILY “USUCAPIÃO”:
ANALYSIS OF THE REQUIREMENTS OF FAMILY “USUCAPIÃO”
ACCORDING TO A JOINT INTERPRETATION

HUGO RIOS BRETAS¹

RESUMO

O instituto da usucapião verdadeiramente é nuclear para os Direitos Reais. O referido instituto é logrado tipicamente por meio de ação petítória, cujo propósito consiste na obtenção do direito real de propriedade, mediante a comprovação da qualificação possessória, isto é, da intenção de dono, prescrição aquisitiva e outros. De modo específico, em 2011, insurgiu a usucapião familiar, que exige para a sua configuração o abandono familiar, a posse exclusiva de dois anos e qualificada, além de o usucapiente não poder ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural, respeitando ainda a localização do imóvel em zona urbana e que o imóvel não poderá sobejar a metragem de 250 metros quadrados. Ocorre que essa modalidade é alvo de múltiplas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Diante disso, o ponto melindroso deste trabalho não é outro senão a investigação a possibilidade de restringir esta modalidade ao abandono familiar ou se é defensável inserir outras hipóteses, em virtude de o ordenamento civil pátrio posicionar o abandono de lar ao lado de outras hipóteses similarmemente nefastas, na. Assim, os estudos realizados nos permitem compreender que o abandono de lar exige o cúmulo do abandono do imóvel e da família. Noutra giro, a expressão “ex-cônjuge” ou “ex-companheiro” está ligada à situação fática de separação. Por derradeiro, o pressuposto de abandono é tão gravoso quanto outras hipóteses descritas no artigo 1573 do Código Civil, tais como a ofensa física ou moral, razão pela qual a usucapião familiar não deve se restringir ao abandono.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião. Abandono. Família. Cônjuges.

ABSTRACT

“Usucapião” really is fundamental to the Rights of things. This subject is achieved through action seeking property, and the purpose is to achieve the right of ownership, by proving the requirements, ie the intention to

1 Doutorando, mestre, pós-graduado e graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenador da Pós-graduação em Direito Público, Professor Adjunto da Escola de Direito, EAD, Extensão e Conteudista do Centro Universitário Newton Paiva. Coordenador das Pós-graduações em Direito Público, Constitucional e Ambiental, membro do Colegiado, Professor Adjunto da Graduação e Pós-graduação da FUNCESI. Professor das pós-graduações do SENAC, ANADEM (DF) e UNIASSELVI (SC). Advogado. hugorios.bretas@bol.com.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

BRETAS, Hugo Rios. *Hermenêutica da usucapião familiar: análise dos pressupostos da usucapião familiar a partir de uma interpretação sistêmica*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 200-214, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7018>.

own, term and others. Specifically, in 2011, family cancellation occurred, which requires that the family leave, the exclusive possession for two years, possession with all qualification requirements, and the author can not be the owner of another urban or rural property, also must have respect for the location of the property in urban area and the property can not exceed the measure of 250 meters. This is a subject that is full of doubt, in theory and in the tribals. Therefore, the difficult point of this work is the investigation into the possibility of reducing this species to family abandonment or if we can defend other hypotheses, because the Laws of Civil Law of Brazil place the abandonment of home alongside other equally complicated hypotheses in the Family right. The studies done let us understand that abandoning the home requires the sum of abandoning the home and family. In another matter, the word "ex-husband" has to do with the reality of the separation. Finally, the abandonment requirement is as serious as the other requirements of article 1573 of the Civil Code, for example, such as physical or moral aggression, therefore, the adverse possession of the family is only in the case of abandonment

KEYWORDS: "Usucapião". Abandono. Família. Cônjuges.

1 INTRODUÇÃO

As mais distintas fontes do Direito pátrio comumente veiculam a extinção da culpa pelo divórcio. Em verdade, o fato é que esta discussão perdeu o seu furor no Direito de Família, sobretudo após a superveniência da Emenda Constitucional 66 de 2010, que teve o escopo de abolir os lapsos temporais mínimos para fins de dissolução do vínculo ou da sociedade conjugal. Contudo, após um ano da referida emenda, sobreveio certa instigação para a retomada desta discussão no Direito das Coisas, em decorrência da Lei 12.424 de 2011, em razão da inserção da nova modalidade de usucapião, qual seja, a usucapião familiar, cujo pressuposto basilar consiste na prova, por parte do usucapiente, do abandono de lar (hipótese histórica de culpa² pelo divórcio, nos termos do artigo 1573, IV do Código Civil de 2002).

Nesse ponto, emerge a angústia deste trabalho, a partir da identificação da "mens legis" que iluminou a mente do legislador. Ora, o cônjuge "agente da relação material matrimonial" sofrerá nefasta consequência patrimonial, que consistirá na perda da parcela de propriedade que lhe era peculiar (em condomínio com o cônjuge abandonado), em razão da reprovável conduta de abandono. Nesse discurso, reputamos sistemicamente que o abandono de lar na seara conjugal encontra hipóteses similarmente reprováveis.

Nesse viés, a expressão "interpretação sistemática", contida no título, foi utilizada com o fito de olhar para a usucapião familiar em todos os seus ângulos e pressupostos, tendo em vista os institutos envolvidos no Direito de Família e Direito das Coisas.

Este artigo se desdobrará em cinco capítulos, que trarão visões principiológicas e institucionais que gravitarão em torno da usucapião familiar. Todo este trabalho terá o propósito

2 Em autêntico rol exemplificativo, além do abandono de lar, são hipóteses de culpa pelo divórcio as subsequentes: Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

- I - adultério;
- II - tentativa de morte;
- III - sevícia ou injúria grave;
- IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
- V - condenação por crime infamante;
- VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. (BRASIL, 2002)

de verificar a possibilidade de extensão de hipóteses reprováveis, na seara da usucapião familiar, para além do abandono de lar.

2 PRINCIPIOLOGIA

Os princípios são núcleos de pensamento, por intermédio dos quais a própria hermenêutica é estruturada. Nesse condão, a Filosofia do Direito³ dedica-se a estudar o espaço ocupado pelos princípios na Ciência do Direito. Ora, embora existam dissonâncias doutrinárias, o mais prudente é trazer ares objetivos aos princípios, em comparação com a subjetividade da moral, além da marca da exigibilidade.

Tércio Sampaio Júnior esclarece a força dos princípios nos termos subsequentes:

Os princípios, como vemos, são enunciados diretores da atividade humana juridicamente considerada. Os que mencionamos são regionais. Contudo, há princípios que valem para todos os âmbitos. São princípios gerais de direito, como o da igualdade, o da responsabilidade por danos, o de que o pactuado deve ser observado (*pacta sunt servanda*) etc. Em seu nome, a dogmática procura entender o direito como um todo, postulando sua unidade. Para ela, não obstante as distinções, o direito é, em última análise, um só. Daí o sentido sistematizador de sua tarefa. O sistema daí resultante, como vimos mostrando, pode não ser um conjunto rigorosamente lógico, mas deve manifestar certa coerência e sentido de coesão. (FERRAZ JÚNIOR, 2017, p.108)

Os princípios são parâmetros, ondas de amadurecimento do pensamento jurídico. São pilares capazes de esclarecer e iluminar a mente dos atores do direito. Desse modo, a aplicação principiológica transmite congruência e sustentabilidade interpretativa.

Para elucidar o impacto dos princípios vejamos o pensamento do jusfilósofo Miguel Reale:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários. (REALE, 2002, p.60)

Portanto, os princípios trazem lucidez para o discurso ou decisão jurídica. Nesse discurso de exaltação os preceitos normativos não passam de irradiações principiológicas.

3 Foi assim com a Filosofia: ela renasceu. E a Filosofia do Direito chegou com toda sua energia de sempre. Revolucionária, já que não está presa a parâmetros quaisquer; ela voltou para libertar o pensamento jurídico. Não há Ciência do Estado, muito menos Filosofia. Não há tampouco Ciência ou Filosofia do Mercado (essa marca dos tempos atuais). A Filosofia tem de ajudar a soltar as amarras, a desvendar a ocultação trazida pela linguagem, a mostrar os limites da técnica, a ensinar a trabalhar com os princípios, a tornar claros os valores fundamentais e a ética, a gerar coragem para fazer Justiça, enfim, a produzir uma consciência do papel social relevante que todo estudante e todo operador do Direito devem ter. (NUNES, 2015, p. 18)

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana apresenta como irradiações: a tutela da integridade física e moral. Essas irradiações nos inclinam uma vez mais à proximidade axiológica entre a dignidade da pessoa humana e a personalidade, trata-se de uma sintonia umbilical.

Segundo Bretas e Machado: "A dignidade da pessoa humana é a fonte justificadora de todo o Ordenamento Jurídico brasileiro, o pilar sobre o qual toda estrutura normativa deve repousar." (BRETAS E MACHADO, 2018, p.60)

São espécies também basilares da dignidade, a ôntica e assistencial. A primeira das quais se refere à percepção de que a dignidade é bem jurídico, latente, inerente ao homem. Isto é, sou homem logo tenho dignidade. Lado outro, a assistencial é compreendida como a necessidade de o Estado tutelar a dignidade do homem, de modo preventivo, repressivo, extrajudicial e jurisdicional. Nessa esteira:

o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica(...) o substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. (MORAES, 2006, p.17)

A dignidade, conforme os preceitos invocados, é considerada cláusula pétrea, portanto, protegida materialmente pelo poder constituinte originário, nos termos do artigo 60, parágrafo quarto, da vigente Constituição Federal.

A dignidade é direito personalíssimo e individual, por isso, pertence ao rol de direitos individuais, portanto, direito fundamental de primeira geração. O discurso é nesse sentido interligado às defesas revolucionárias (Revolução Francesa, Americana, e outras tantas), conforme Puccinelli Júnior (2015, p.26)

A dignidade, compreendida como direito fundamental, carrega consigo a eficácia horizontal (entre pessoas, não hierarquizada, deve haver a reciprocidade do respeito e da promoção do respeito à dignidade), vertical (o Estado deve primar pelo zelo à dignidade, similarmente ao discurso da dignidade assistencial) e irradiante (a defesa da dignidade diz respeito aos mais distintos horizontes e esferas), conforme é possível extrair da reflexão de André Puccinelli Júnior (2015, p.263-264).

2.2 AUTONOMIA PRIVADA

O primeiro cuidado hermenêutico a ser tomado é no sentido de identificar a morfologia mais apropriada. Isto é, não podemos confundir autonomia privada e autonomia da vontade, afinal a autonomia da vontade muito se relaciona a perspectiva de liberdade ilimitada, sem maiores interferências estatais. Por outro lado, a autonomia privada permite, de forma mais nítida, a interferência do Estado, tendo em vista o discurso da função social dos contratos, por exemplo. Vejamos:

De forma flagrante, a autonomia privada deve ser confrontada com a autonomia da vontade. Embora saibamos que aquela apresenta limitações legais marcantes, diferentemente da autonomia da vontade, levando-se em consideração a liberdade concernente aos indivíduos, sensivelmente estudada na órbita contratual, todavia, sem a percepções de marcantes limitações legais. (BRETAS, 2015, p.127)

A autonomia privada é traduzida, em termos objetivos, como a liberdade limitada no contexto patrimonial. Este princípio tem uma série de desdobramentos, entre os quais a obrigatoriedade, intangibilidade inicial, liberdade contratual e liberdade de contratar, entre outras.

A limitação da autonomia pode se perfazer em virtude de limites convencionais e normativos. De modo categórico, a autonomia é limitada pela função social dos contratos, bem como pela própria dignidade da pessoa humana.

Segundo Perlingieri, a autonomia privada deve ser interpretada como:

a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum. (PERLINGIERI, 2002, p.17)

Isso posto, a autonomia privada deve conduzir o intérprete aos patamares das liberdades contratual e de contratar. Nesse tom, devemos conceber a liberdade de modo consonante aos limites racionais normativos.

2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A propriedade, desde os tempos mais remotos, passou por significativas transformações. De comunal à privada. De propriedade absoluta e intangível conforme os romanos à propriedade função-social, conforme teorizado por Szaniawski, citando Léon Duguit (2000, p.32). Em outros termos, trata-se da migração da perspectiva propriedade-direito à propriedade-dever.

Fachin (1988, p.15) esclarece que, em períodos mais remotos da história, a propriedade privada representava a exacerbação do individualismo, além disso, era marcada pela inviolabilidade e pelo absolutismo. Nesse sentido, entende-se que nesse período não havia qualquer possibilidade de intervenção estatal. Uma vez que prosperava o caráter perpétuo e absoluto.

O legislador não exauriu o conceito de função social da posse e da propriedade, aliás, sua postura não foi outra senão positivar uma cláusula geral, por intermédio da qual foram instaurados parâmetros e pilares da função social, em especial o meio ambiente, nos termos do artigo 186 da Constituição da República Federativa do Brasil.

O que é decisivo quando se avalia a função social da posse e da propriedade é perceber a sua interligação profunda ao bem jurídico dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a partir de uma séria leitura do "Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo", de Luiz Edson Fachin (2008), podemos atingir a proposição de que a dignidade é o principal elemento que compõe o patrimônio. Ora, quando falamos a respeito de patrimônio estatal, a premissa é que são componentes deste patrimônio todos os bens corpóreos e incorpóreos, e as estruturas existenciais concernentes ao seu povo.

Desse modo, são indissociáveis a dignidade da pessoa humana e a função social, assim como, conforme o artigo 186 da vigente Constituição Federal, o uso racional do solo, o respeito ao meio ambiente e aos trabalhadores.

Nessa mesma toada dogmática, vejamos a concepção de Gonçalves:

A atual Constituição Federal dispõe que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII). Também determina que a ordem econômica observará a função da propriedade, impondo freios à atividade empresarial (art. 170, III) (...) Todo esse conjunto, no entanto, acaba traçando o perfil atual do direito de propriedade no direito brasileiro, que deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social (GONÇALVES, p.241-242, 2018)

Devemos também enxergar que, conforme leciona Pietro Perlingieri (2002, p.229), a função social é elemento decisivo da propriedade, isto é, se não houver atendimento aos parâmetros da função social, essencialmente não há como reconhecer a propriedade.

3 CONCEITOS ELEMENTARES

Inelutavelmente o exercício interpretativo exige a construção de variáveis e de institutos. Neste trabalho, os institutos a serem confrontados são a detenção, posse e propriedade.

Importa mencionar, preliminarmente, que a expressão "possuidor" não se confunde com proprietário, posto que este carrega consigo os atributos de dispor e reivindicar a coisa em face daquele que injustamente a detenha, nos termos do artigo 1.228 do vigente Código Civil.

Possuidor também não se confunde com detentor; importa também ponderar que a posse qualificada não se confunde com a detenção, sendo certo que esta não induz a usucapião e aquela sim.

3.1 POSSE

A Natureza jurídica da posse sempre será tormentosa. Num primeiro momento, conforme as lições de Carlos Roberto Gonçalves (p.382, 2019) devemos compreendê-la como fática, na medida em que a materialização de seus atributos pode se dar independentemente de qualquer ajuste de desígnios. Pode ser tida também como direito, uma vez que o seu vili-pêndio instaura em favor de seu legítimo destinatário uma série de mecanismos possessórios extrajudiciais, judiciais típicos e atípicos, para fins de tutela.

O certo é que nenhuma reflexão que façamos será suficientemente robusta para aquietar os ânimos doutrinários históricos. Todavia, apesar de estarmos distantes de exaurir esta questão, de antemão devemos afastar o posicionamento da posse como direito real, não obstante a sua interface e certo "umbilicalismo" com a propriedade, posto que a posse não está preceituada no aparente rol taxativo dos Direitos Reais, nos termos artigo 1.225 do vigente Código Civil de 2002.

3.1.1 Conceito e teorias

No direito das coisas há a imprescindibilidade do estudo acerca de dois bens jurídicos nevrálgicos, ambos concernentes aos direitos fundamentais de primeira geração (propriedade e posse). Por outro lado, apresentamos também o relevante discurso dos direitos fundamentais de segunda geração, tendo em vista os direitos sociais.

De antemão é necessário propugnar que à luz do Código Civil de 2002, nos termos do artigo 1.196, possuidor é aquele que exerce um dos atributos de proprietário, que estão preceituados no artigo 1.228, caput, do Código Civil, isto é, trata-se daquele que exerce o(s) atributo (s) de usar, fruir e gozar da coisa.

3.1.2 Detenção

Entre as modalidades de detenção, emergem as subsequentes: Mera permissão ou tolerância, nos termos do artigo 1208 do Código, bem como as modalidades injustas (violência e clandestinidade, enquanto perdurarem e a precariedade).

Além destas iniciais, invoque-se o famigerado fâmulo da posse (aquele que conserva a posse em favor de terceiros. Em se tratando desta modalidade, é possível a usucapião, desde que estejamos diante do esvaziamento da subordinação), nos termos do artigo 1198 do Código Civil.

Por derradeiro, os exercícios fáticos, aparentemente possessórios sobre bens públicos, nos termos do artigo 191, parágrafo único, 183 da Constituição Federal, conforme as súmulas 619 do Superior Tribunal de Justiça, 340 do Supremo Tribunal Federal, e artigo 99 do Código Civil, não induzirão a usucapião. Assim, nos termos da súmula 340 do Supremo Tribunal Federal : Não importa a espécie de bem público, seja ele dominical, de uso especial ou comum, nenhuma destas modalidades induzirá a usucapião, "a priori".

Vislumbramos sentido jurisprudencial, ao refletir sobre a invocada súmula, posto que a usucapião é hipótese de aquisição originária, em razão do exercício possessório, trazendo um caráter tendencialmente individual (certamente de alcance *inter partes* em favor do usucapiente.

4 USUCAPIÃO

4.1 ESSÊNCIA

O instituto da usucapião é complexo e assume posição de centralidade no Direito das Coisas. A usucapião é instituto clássico do Direito das Coisas, consiste no meio através do qual se perfará, segundo Rizzardo (2016, p.54), a aquisição originária em favor do usuca-

piante, transmitindo-se, em virtude do reconhecimento da posse qualificada, título hábil para fins de transmissão da propriedade.

A compreensão deste trabalho passa pela compreensão da posse. Afinal, a posse em seu condão cosmopolita, é fato e direito, bem como tem uma série de classificações, tais como simples versus qualificada, direta versus indireta, com posse versus exclusiva, viciada objetivamente versus não viciada, boa-fé versus má-fé, etc.

Este trabalho exige valorações dogmáticas e axiológicas. No que tangencia a posse, o Código Civil de 2002 adota a teoria simplificada da posse, de Rudolf Von Ihering, conforme o artigo 1.196.

Conforme esta teoria, possuidor é aquele que traz consigo os atributos *affectio tenendi* e *corpus*. Pressupostos esses, que nos levam a reputar que possuidor é aquele que tem a aparência de dono, isto é, estamos diante daquele sujeito que se porta com considerável zelo em relação à coisa ao ponto de se assemelhar ao proprietário, estamos diante do discurso da visibilidade, da exteriorização. Senão observemos:

Dá-se hoje o nome de 'corpus' à relação exterior da pessoa com a coisa estabelecida pela apreensão. Os juristas romanos, pelo contrário, não se serviam dessa expressão senão para designar a manifestação da vontade no ato de apreensão. O `corpus, segundo a teoria dominante, é o poder físico ou a supremacia de fato sobre a coisa, tal é a noção fundamental pela teoria atual. Ela é absolutamente errônea, como se pode ver em minha obra já citada: O fundamento da proteção possessória. (IHERING, 2002, p.43).

Por outro lado, é inequívoca a valoração, em menor grau (quando comparamos ao prestígio à Teoria de Ihering), por parte do Código Civil, da Teoria Subjetiva de Von Savigny, segundo a qual, conforme a interpretação de Gonçalves (2019, p.371), possuidor é aquele que reúne os pressupostos subjetivo ("animus domini") e objetivo (corpus: inclinando-nos ao poder do sujeito em relação coisa).

Some-se também a teoria sociológica, sustentada por autores como Silvio Perozzi, segundo Gonçalves (2019, p.374), trazendo à baila a tese de que possuidor impõe em relação à coletividade uma abstenção, promovendo um autêntico reconhecimento social.

Paulo Nader invoca a concepção sociológica nos termos subsequentes:

Correntes sociológicas, sensibilizadas pela profunda desigualdade social, que atinge grande parte dos povos e marca o início do terceiro milênio, buscam valorizar a posse como instrumento de aquisição da propriedade, enfatizando a justiça social como valor preeminente. A doutrina encontra valiosa fundamentação nos estudos do francês Raymond Saleilles. Sensível à tendência, o Código Civil, dando projeção ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII), confere o domínio de área extensa, após cinco anos de posse ininterrupta e de boa-fé, a grupo considerável de pessoas que, em conjunto ou separadamente, tenha realizado obras e serviços de interesse social e econômico (art. 1.228, § 4º) (NADER, 2016, p.39)

Portanto, no direito comparado sobre posse merecem apreço as influências italiana, francesa e alemã, para fins de construção do direito das coisas no Brasil⁴. Ora, conforme

4 Anterior à polêmica entre Savigny e Ihering, o Code Napoléon, pelo art. 2.228, assim define o objeto de nosso presente estudo: "A posse é a detenção ou o gozo de uma coisa ou de um direito que temos ou que exercemos por nós mesmos, ou por um outro que a tem ou que a exerce em nosso nome." Aparentemente o legislador não teria distinguido posse de detenção,

expusemos, as teorias de Savigny e Ihering são desenvolvidas na Alemanha. Noutra giro, a teoria de Silvio Perozzi foi desenvolvida na Itália. Por fim, comparativamente, não podemos ignorar o impacto “napoleônicos” na França.

Com amparo no Código Civil de 2002, nos termos do artigo 1.196, possuidor é aquele que exerce um dos atributos de proprietário, que estão preceituados no artigo 1.228, caput, do Código Civil, isto é, trata-se daquele que exerce o(s) atributo (s) de usar, fruir e gozar da coisa.

4.2 MODALIDADES E PRESSUPOSTOS

Múltiplas são as modalidades de usucapião, sendo certo que todas elas têm múltiplos pontos em comum. No primeiro momento devemos confrontar a usucapião sobre bens móveis versus imóveis, a primeira está preceituada no artigo 1.260 do Código Civil e que se desdobra em ordinária (exige a boa-fé e justo título, além do lapso temporal de três anos) e extraordinária (lapso temporal de cinco anos, independentemente de justo título e boa-fé). Por outro lado, as usucapiões sobre bens imóveis tem uma série de desdobramentos, que preverão lapsos variáveis entre 2, 5, 10 e 15 anos.

Independentemente da modalidade de usucapião, será imprescindível a posse qualificada, isto é, *ad usucapionem*, capaz de preencher a inteireza de pressupostos para fins de usucapião. Esses pressupostos revelam a imprescindibilidade de que a posse seja mansa, pacífica, ininterrupta e com *animus domini*.

A modalidade *extraordinária*: está prevista no artigo 1.238 do Código Civil, que prevê o lapso temporal aquisitivo de 15 ou 10 anos (desde que o usucapiente exerça a posse para fins de moradia ou tenha edificado obras relevantes sob a égide social ou econômica). Importa mencionar que esta modalidade não exige boa-fé, justo título, nem tampouco há limites de metragem.

Ordinária: artigo 1.242 do Código Civil, cuja prescrição aquisitiva é de 10 ou 5 anos (parágrafo único do artigo em foco). Esta modalidade exigirá boa-fé e justo título do usucapiente.

Especiais: todas essas modalidades preveem o lapso temporal de cinco anos para a aquisição originária via usucapião, valoram o elemento moradia, bem como o imóvel deve estar situado na zona urbana ou rural, por fim, os usucapientes não podem ser proprietários de outros imóveis urbanos ou rurais. De modo específico vejamos os desdobramentos das modalidades especiais:

o que não é real, pois o termo detenção não foi empregado em sentido técnico, mas equivalente à apreensão. A posse é projetada como um simples fato e não como um direito subjetivo. O sistema admite, além da posse das coisas, a dos direitos. Com uma distinção entre posse natural e civil, o Código Civil espanhol, de 1888, pelo art. 430, conceitua a posse civil à luz da teoria subjetiva de Savigny, situando a posse natural como “a posse de uma coisa ou o gozo de um direito por uma pessoa”. A diferença específica da posse civil consiste no fato de uma pessoa ter uma coisa ou desfrutar de um direito com a intenção de dono. Caracteriza-se a posse natural, ou detenção, segundo Aubry e Rau, quando “uma pessoa tem de fato uma coisa sob seu poder, sem a intenção de submetê-la ao exercício de um direito real”.⁵⁹ O Código Civil da Alemanha – pátria de Savigny e de Ihering – não se esmerou na definição de posse (Besitz), limitando-se a dispor sobre a sua aquisição: “A posse de uma coisa é adquirida pela obtenção do poder de fato sobre a coisa...” (art. 854). Da concepção de Savigny assimilou apenas o elemento corpus. A temática da posse é desenvolvida nos demais dispositivos – art. 855 a 872. De acordo com o BGB, ter-se-á posse quando alguém praticar um poder de fato sobre uma coisa. Por força do art. 1.140, 1ª parte, o Código Civil italiano, de 1942, sofreu a teoria de Rudolf von Ihering. (NADER, 2016, p.39).

Individual urbana (artigo 9º da Lei 10.257/01, cuja metragem não pode sobejar a 250 metros quadrados),

Especial coletiva urbana (artigo 10 da Lei 10.257/01), cujo teor normativo é:

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 2001)

Constitucional rural ou pró-labore (artigo 191 da Constituição Federal), cuja metragem não pode sobejar a 50 hectares, desde que o imóvel esteja situado em zona rural e sirva para a moradia e labor, nos termos do artigo constitucional anteriormente mencionado.

Individual urbana familiar (artigo 1.240-A do Código Civil), cuja legitimidade concerne ao cônjuge abandonado (segundo o Conselho de Justiça Federal, o abandono exigirá simultaneamente o abandono da posse e da família), desde que este exerça a posse exclusiva por dois anos, em zona urbana, em imóvel que não exceda a 250 m².

Por derradeiro, temos as de complexa materialização, quais sejam: Administrativa (Lei 13.105/15), bem como de Silvícolas (Lei 6.001/1973);

Em meio a todas essas modalidades, múltiplos pressupostos limítrofes podem ser vislumbrados, entre os quais: para se usucapir é imprescindível que a posse seja mais do que simples, mais do que *ad interdicta*, é necessário que seja qualificada, *ad usucapionem*, isto é, deve ser a posse mansa, pacífica, ininterrupta, e com o resquício subjetivo da teoria da posse de Savigny, o *animus domini*. Vale afirmar que é essencial que os possuidores exerçam a sua posse com intenção de propriedade, como se realmente proprietários fossem.

5 PRESSUPOSTOS DA USUCAPIÃO FAMILIAR

Este capítulo, de caráter derradeiro, apresentará os pressupostos usucapião especial urbana individual familiar, fruto da Lei Ordinária Federal 12.424 de 2011, capaz de inserir o artigo 1240-A, do Código Civil de 2002, segundo o qual:

Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que

abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. (BRASIL, 2002)

Esta modalidade tem flagrante similitude com a usucapião especial urbana individual, posto que ambas são adstritas aos imóveis situados na zona urbana, assim como ambas só serão logradas se o imóvel a ser usucapido não sobejar em sua metragem o importe de 250 metros quadrados. Ainda em tom de similitude, é notório que ambas têm a restrição de que o usucapiente não poderá ter outro imóvel urbano ou rural. Todavia, o que diferencia a usuca-

pião familiar da especial urbana individual certamente é o lapso temporal de dois anos, bem como a posse exclusiva, e o fato de exigir o abandono de lar. Por outra via, a especial urbana individual não exige abandono de lar, nem tampouco exige posse exclusiva. Por fim, o seu lapso temporal aquisitivo é de cinco anos.

O usucapiente na modalidade em foco deverá comprovar que o imóvel é aquele no qual há a moradia habitual, sendo certo que esta modalidade não poderá ser lograda mais de uma vez pelo mesmo sujeito.

Importa, portanto, situar o interlocutor que esta modalidade não é passível de retroatividade. Por isso, ficou assentado o entendimento, conforme o enunciado 498 do Conselho de Justiça Federal, de que a usucapião familiar só poderá ser vindicada a partir de 16 de Junho de 2013.

Merece especial guarida o pressuposto do abandono, para fins de usucapião na modalidade em voga. Preliminarmente, esta modalidade jamais deve ser reputada absurda, pois antes mesmo da superveniência da usucapião familiar, o artigo 1.275 do Código Civil de 2002 já previa que o abandono é hipótese de perda da propriedade.

Segundo Farias e Rosenthal (2017):

Tal e qual aquilo que dispõe o caput do art. 1.240 do Código Civil, a metragem máxima do imóvel será de 250 m². Com o abandono do lar pelo biênio, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que permaneceu no imóvel pleiteará a usucapião da parte imóvel que não lhe pertencia, sendo que a procedência da pretensão determinará uma nova forma de extinção da compropriedade, diversa das que são preconizadas no direito de família; (FARIAS E ROSENTHAL, p. 461, 2017)

Merece ainda extremado apreço a interpretação do Conselho de Justiça Federal em relação ao instituto, segundo o qual a usucapião familiar não implica discussão sobre culpa pelo divórcio. Nesse interim, não há que se discutir culpa nesta modalidade de usucapião, motivo pelo qual emerge o enunciado 595 deste Conselho, que revogou o enunciado 499:

O requisito 'abandono do lar' deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. (...) (TARTUCE, 2018).⁵

É perceptível ainda que para a configuração do abandono, para fins de usucapião familiar, exigível será o abandono do imóvel, bem como da própria família⁶, sendo decisiva a observância de circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido:

O cônjuge ou companheiro do usucapiente há de ter abandonado o lar. O abandono se caracteriza pelo desamparo. O cônjuge ou companheiro saem

5 TARTUCE, Flávio. Divulgação oficial dos enunciados aprovados na VII Jornada de Direito Civil em Setembro de 2015. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/247806230/divulgacao-oficial-dos-enunciados-aprovados-na-vii-jornada-de-direito-civil-em-setembro-de-2015>. Acesso em 18 de dezembro de 2018.

6 Família na definição de Rodrigo da Cunha Pereira tem conotação amplíssima, sob a égide conjugal ou não, fruto de fertilizações naturais ou não, etc: Um gênero que comporta duas espécies, em sua constituição: a família conjugal e a família parental. A conjugal é aquela que se estabelece com base em uma relação amorosa, envolvendo sexualidade e pode advir daí filhos, ou não. Pode ser heteroafetiva ou homoafetiva, pelo casamento ou união estável, simultânea à outra, quebrando o princípio da monogamia, ou não; a família parental é aquela que decorre da formação de laços consanguíneos ou socioafetivos. Pode ser por inseminação natural ou artificial, geradas em um útero próprio ou de substituição (barriga de aluguel). Seja como for, parental ou conjugal, interessa ao Direito de Família a inclusão de todas essas novas configurações para que se possa atribuir direitos e receber proteção do Estado. (PEREIRA, 2018, p.288)

de casa, deixando seu consorte e/ou filhos ao desamparo, sem sua contribuição, sem sua presença física. O fato de o cônjuge ou companheiro sair de casa, mas continuar contribuindo, não configura abandono. (FIUZA, p.982, 2014)

Conforme expusemos nos capítulos pretéritos, além dos pressupostos específicos, será necessário, o "animus domini" e que a posse seja mansa, pacífica e ininterrupta. Além disso, precisamos nos atentar para a morfologia das palavras "ex-cônjuges" e "ex-companheiros", contidas no artigo 1.240-A. Nessa toada semântica, só se configura ex-cônjuge ou ex-companheiro se já tiver havido a dissolução do vínculo conjugal ou de união estável, razão pela qual a mera separação de fato não dissolveria o vínculo conjugal, portanto, não poderia configurar a usucapião familiar, em uma visão literal.

A separação de fato, embora, por si só, não seja capaz de dissolver o vínculo conjugal, pode preencher um dos requisitos da usucapião familiar. Senão vejamos: Imaginemos que Fernanda seja casada com Josué, e que ambos são casados no regime legal (comunhão parcial de bens), conforme a Lei 6.515/1977, e que o casal adquiriu um imóvel na constância do casamento. A partir dessas informações, nos termos do artigo 1.658 do Código Civil, o referido imóvel é de propriedade de Fernanda e Josué. Dessa forma, caso Fernanda abandone o lar e Josué perca por mais de dois anos na posse exclusiva do imóvel, cumulado com os outros pressupostos anteriormente analisados, não há como negar que houve separação de fato, todavia, ambos ainda figuram na condição de cônjuges (isto é, ainda não são ex-cônjuges, como morfologicamente o artigo 1.240-A está a exigir), e, apesar disso, não propugnamos, nos termos narrados, quaisquer óbices para que Josué logre a usucapião familiar. Por esta razão, cremos que cabível é a interpretação extensiva⁷ em relação ao dispositivo, em virtude do fato de que a usucapião familiar tanto é cabível entre cônjuges ou companheiros, que estejam separados de fato, conforme o enunciado 501⁸ do Conselho de Justiça Federal, sendo certo que o ponto nuclear será a configuração do abandono, que se dá por conta do abandono do imóvel, bem como o abandono da própria família, verificando-se se houve o desamparo familiar.

Conforme as mais distintas fontes do Direito, a hipótese geradora da usucapião familiar é adstrita ao abandono. Todavia, o abandono no âmbito civilista familiar gera qual efeito historicamente? ⁹A culpa pelo divórcio, cuja discussão está preponderantemente suavizada em termos de entendimento (posto que resplandece o pensamento de que a culpa pelo divórcio, por conseguinte a Emenda Constitucional 66 de 2010, não tem mais qualquer sentido), tornando-se inócua¹⁰ para o Direito de Família, apesar de não haver qualquer dispositivo normativo explicitamente abolicionista. Nesse mesmo viés:

7 Aliás, similar é o nosso entendimento no tocante a possibilidade de extensão da usucapião familiar na seara rural.

8 As expressões "ex-cônjuge" e "ex-companheiro", contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio.

9 Ao discutir o reflexo da culpa no contexto da usucapião familiar: Via de consequência, ao inserir dentre os requisitos da usucapião o abandono voluntário e injustificado do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiros a Lei número 12.424/11 aparentemente resgata a discussão da infração aos deveres do casamento e união estável. Vale dizer, em detrimento da liberdade e da constatação do fim da afetividade, avaliar-se-ia a culpa e a causa da separação, temáticas que haviam sido abolidas pela referida EC cuja eficácia é imediata e direta, não reclamando a edição de qualquer norma infraconstitucional. Se as normas anteriores à EC n' 66; 10 não mais são recepcionadas pelo ordenamento, certamente as posteriores - como a que ora se discute - podem ser reputadas ineficazes perante a ordem constitucional. Mais coerente com uma visão constitucional, será interpretar à exigência do abandono, como uma omissão do dever fundamental de convivência familiar (art. 227, CF) por parte daquele genitor que se ausentou do lar. (FARIAS, ROSENVALD, p. 461, 2017)

10 Com culpa ou sem culpa, com tempo de convivência ou sem tempo de convivência nada obsta o divórcio, em verdade ainda são cabíveis os danos morais entre cônjuges.

Com efeito, se o abandono do lar não é mais fundamento jurídico para o divórcio na medida em que este direito é essencialmente potestativo e dispensa causa específica declarada, por outro lado, poderá resultar no reconhecimento da usucapião em favor do cônjuge ou companheiro que permaneceu no imóvel do casal, exercendo posse mansa, pacífica e com animus domini (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, p. 1012, 2017)

Nesse contexto, o abandono está acompanhado, conforme o artigo 1.573, de outras tantas hipóteses:

- I - adultério;
- II - tentativa de morte;
- III - sevícia ou injúria grave;
- IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
- V - condenação por crime infamante;
- VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. (BRASIL, 2002)

Por esta razão, o legislador no artigo 1.240-A do Código Civil de 2002 estabeleceu uma única hipótese geradora de usucapião familiar. Assim, a partir de uma inelutável sistêmica entre o invocado artigo e o artigo 1.573 deste diploma, não vislumbramos óbices para a extensão das hipóteses geradoras de usucapião familiar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o percurso interpretativo trilhado, reputamos que a usucapião familiar de fato experimentou complexas dissonâncias doutrinárias e jurisprudenciais. Em verdade, o legislador, em sua ríspida *ratio legis*, foi feliz ao trazer esta nova modalidade de usucapião, na medida em que a conduta de abandono de lar entre companheiros ou cônjuges merece ser tutelada de modo diferenciado, posto que revela o descumprimento de um dever conjugal, além de gerar em favor do abandonado, congruentemente, *animus domini* e a possibilidade de exercer a posse exclusiva. Aliás, a tutela em relação à usucapião familiar, deu-se do modo mais típico do Direito Civil, isto é, por meio de um reflexo patrimonial. Nesse teor, o cônjuge ou companheiro abandonado se tornará, em sua inteireza, proprietário do imóvel que tinha em condomínio com o seu consorte, o "abandonador".

Amparado nesta razão legislativa, o Conselho de Justiça Federal estabelece que o abandono, para fins de usucapião familiar, se dará por meio do cúmulo do abandono da posse do imóvel a ser usucapido e o abandono da família, tendo em vista a observância do desamparo. Nesse sentido, a usucapião familiar valora a seara do desligamento possessório do cônjuge ou companheiro, bem como repudia a conduta de abandono da própria família.

De modo que, se o abandono da família também é relevante para a configuração da usucapião familiar, sistemicamente vislumbramos que, ao mergulharmos na aludida "ríspida razão legislativa", existiriam outras hipóteses (igualmente consideradas no âmbito do Direito

de Família), preceituadas no artigo 1.573 do Código Civil em vigor, que poderiam gerar a usucapião familiar. Assim, o adultério, crime infamante, lesão corporal, tentativa de homicídio, estão previstas no mesmo suporte fático abstrato que preceitua o abandono (artigo 1.573 do Código Civil de 2002), sendo certo que todas elas são hipóteses historicamente e similarmente gravosas no âmbito conjugal.

Portanto, tentamos promover um encontro hermenêutico entre o Direito de Família e o Direito das Coisas, a partir de dois institutos nevrálgicos: o casamento e a usucapião. A partir de tal encontro, acompanhado do zelo interpretativo que tivemos, ao tentar alcançar a *mens legis* peculiar ao artigo 1.240-A, posicionamo-nos favoráveis a inserção de outras hipóteses do artigo 1.573 do Código Civil vigente, para a configuração da usucapião especial urbana individual familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil (de 10 de janeiro de 2002). *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRETAS, Hugo Rios. *Lições Introdutórias Didáticas de Direito: Política e Instituições de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Multifoco/Luminária Academia, 2015.

BRETAS, Hugo Rios. MACHADO, Ana Maria Alves. *LINDB COMENTADA: Teoria Aplicada (incluída a Lei 13.655 de 2018)*. 1. ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2018.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 13. ed. rev. ampl. e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FIÚZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil 2: Contratos em Espécie, Direito das coisas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 5: direito das coisas. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

IHERING, Rudolf von. *Teoria simplificada da posse*. Belo Horizonte: Líder, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, volume 4: Direito das Coisas. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Rizzato. *Manual de filosofia do direito*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões – Ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad.: Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SZANIAWSKI, Elimar. *Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 1, n. 3, p.126-156, jul./set. 2000

TARTUCE, Flávio. *Divulgação oficial dos enunciados aprovados na VII Jornada de Direito Civil em Setembro de 2015*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/247806230/divulgacao-oficial-dos-enunciados-aprovados-na-vii-jornada-de-direito-civil-em-setembro-de-2015>. Acesso em 18 dez. 2019.

Recebido/Received: 19.05.2019.

Aprovado/Approved: 08.06.2020.

UMA INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

AN INTRODUCTION TO ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

ROGERIO BORBA¹

RAFAEL DE OLIVEIRA MÔNACO²

RESUMO

O presente artigo tem por objeto tratar dos aspectos introdutórios da Análise Econômica do Direito (AED). Para o alcance do objetivo a pesquisa iniciou pela interação entre as ciências do Direito e da Economia, suas diferenças e convergências. Em seguida se tratou da origem do movimento, passando às premissas metodológicas da teoria econômica calcada na escassez de recursos, na racionalidade maximizadora, na estrutura de incentivos e na questão da eficiência. A pesquisa converge para a demonstração de necessidade de diálogo e cooperação entre as disciplinas do Direito e Economia. Conclui-se que a AED, em seu viés pragmático e consequencialista, auxilia o jurista a compreender a aplicação da norma jurídica (sentido descritivo) fornecendo as chaves de compreensão das escolhas feitas pelo legislador sobre os diferentes temas visando o aprimoramento da legislação (sentido preditivo). O artigo se insere no ramo das Ciências Jurídicas e Econômicas, na área do Direito Econômico, sendo analisada em uma perspectiva holística. A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica e documental a partir de uma análise qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Economia. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

The purpose of this article is to deal with the introductory aspects of Economic Analysis of Law (AED). To reach the objective, the research started by the interaction between the sciences of Law and Economics, their differences and convergences. Then it was about the origin of the movement, passing to the methodological premises of the economic theory based on the scarcity of resources, the maximizing rationality, the incentive structure and the question of efficiency. The research converges to demonstrate the need for dialogue and cooperation between the disciplines of Law and Economics. It is concluded that the AED, in its pragmatic and consequentialist bias, helps the jurist to understand the application of the legal norm (descriptive sense) providing the keys for understanding the choices made by the legislator on the different themes aiming at the improvement of legislation (predictive sense). The article is inserted in the branch of Legal, Social and Environmental Sciences, in the areas of Environmental Law, Water Law and Civil Procedural Law, being analyzed in a holistic perspective. The methodology adopted was bibliographic and documentary, in a qualitative analyses.

KEYWORDS: Law. Economy. Economic Analysis of Law.

1 Doutor em sociologia. Mestre em Direito. Professor Permanente do PPGD da UVA. rogerioborba@gmail.com.

2 Mestrando em Direito. UCAM / EMERJ. rafaelomonaco@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

BORBA, Rogério. MÔNACO, Rafael de Oliveira. *Uma introdução à análise econômica do direito*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 215-225, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7844>.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto modo de ordenação social, nos sistemas de tradição romano-germânica, tradicionalmente é concebido tendo por base o conceito de sanção.

Na coercibilidade, na subsunção do fato à norma e na metodologia pura (COELHO, 2001, Pag. 02)³, sem a contaminação de outros saberes, que o Direito, enquanto ciência, se revelava.

No entanto, a medida que a complexidade do fenômeno social crescia, notadamente a partir da primeira metade do século XX, o positivismo jurídico entrava em crise. Não se podia mais encerrar a norma jurídica ao texto legal, nem confundir a lei com o próprio Direito. O formalismo jurídico de perfil hermético, legalista e estéril não atendia aos reclames da sociedade.

O pluralismo social exigia novos conhecimentos que a ciência do direito, por si só, era incapaz de oferecer. Reclamavam-se, pois, novas respostas para velhos problemas. Surgem, assim, novos arquétipos como movimento de reação ao chamado juspositivismo.

Ao contrário do sistema europeu que caminhou com ênfase na principiologia constitucional, o modelo norte-americano voltou-se para uma visão aproximativa da realidade social ou pragmática do Direito, trabalhando, ao invés de valores abstratos, respostas concretas, dotando o Direito de um conhecimento sincrético ou interdisciplinar calcado em novas ferramentas interpretativas advindas da Economia (GICO JÚNIOR, 2012, p. 07)⁴.

É nesse contexto, então, que se desenvolve a teoria econômica do direito, marcada pela interdisciplinaridade e plasmada em um uma nova metodologia. Emprega-se o instrumental econômico, teórico e empírico, visando aperfeiçoar a elaboração legislativa, a interpretação doutrinária e a aplicação jurisprudencial das normas jurídicas com base na análise dos resultados e consequências. Inaugura-se, portanto, um novo modelo formatado pela chamada *jus economia*.

Entretanto, o diálogo entre o Direito e a Economia nem sempre foi facilitado. Ao revés, em razão do isolamento científico, da especialização acadêmica e da diversidade de objetos, essa ponte, por muito tempo deixou de ser cruzada. Havia, nessa colocação, um certo preconceito de ambas as partes, o que causava grande ruído entre o intercâmbio de conhe-

3 Tal era a influência de Hans Kelsen, que sob a coluna do positivismo jurídico, defendia uma concepção pura do Direito, tendo por objeto, exclusivamente, a norma jurídica sancionatória de um lado, e o valor de neutralidade de outro amparada no critério único de validade, afastando-se, assim, dado o caráter de cientificidade do Direito, das questões relativas à ética, moral, política, sociologia e, também, da economia. "O cientista do direito deve ocupar-se exclusivamente da norma posta. Os fatores interferentes na produção da norma, bem como os valores que nela se encerram são rigorosamente estranhos ao objeto da ciência jurídica. Caberia à sociologia, psicologia, ética ou teoria política o exame da conexão entre o direito e os fatos próprios ao objeto de cada disciplina. A teoria pura não nega a conexão, mas a sua importância ou mesmo pertinência no estudo do conteúdo da norma jurídica. Por outro lado, o conhecimento jurídico para ser científico deve ser neutro, no sentido de que não pode emitir qualquer juízo de valor acerca da opção adotada pelo órgão competente para a edição da norma jurídica.

4 "No realismo jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril. Esse movimento acabou por gerar várias escolas de pensamento jurídico interdisciplinares, não necessariamente convergentes, que tentavam enxergar o mundo de forma mais realista e pragmática pela ciência, como a Análise Econômica do Direito e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*), entre outros movimentos. Já nos países de tradição europeia-continental, inclusive no Brasil, uma das reações tardias ao juspositivismo foi o neoconstitucionalismo, que se propõe a denunciar a incapacidade de o raciocínio lógico-formal lidar com questões valorativamente controversas, para as quais não há uma única resposta e retoma a posição segundo a qual não seria possível uma referência a direito sem uma conotação valorativa.

cimentos (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 04). Vários são os fatores que contribuíram para o afastamento dessas ciências.

É possível falar que enquanto o Direito é discurso (linguagem retórica), a Economia é matemática (linguagem econométrica); o Direito possui como valor o ideal de Justiça (abstração), já a Economia almeja resultados eficazes (concretude); Direito é dogmático e hermético (sistema fechado), ao contrário da Economia que é empírica (sistema aberto); o Direito é legalista (formal), mas a Economia é utilitária (pragmática); o Direito opera no mundo do dever ser (sentido prescritivo), no entanto a Economia atua no mundo do ser (sentido descritivo) (SALAMA, 2017, p. 12).

No entanto, é do passado esse antagonismo metodológico, uma vez que ambas as ciências lidam com problemas de organização, estabilidade e eficiência do sistema. Ademais, não existe um direito que não reflita um custo econômico, bem como não funciona um sistema econômico despido de instituições jurídicas que lhe promovam uma roupagem e que garantam o cumprimento das transações (NUSDEO, 2008, p 39)⁵. Correspondem, pois, ambos os saberes, como o verso e o reverso da medalha.

Logo, atualmente, não tem razão de ser o aprisionamento desses dois conhecimentos científicos. Direito e Economia andam juntas, de mãos dadas, são campos que se cruzam e se interpenetram. Há, pois, uma interação dialética, com recíproca influência, entre o econômico e o jurídico, não sendo possível conceber este como uma superestrutura ideológica daquela, nem tampouco reduzir àquela como fonte exclusiva das normas jurídicas.

Tanto isso é verdade que a Constituição da República consagrou todo um capítulo a respeito da Ordem Econômica demonstrando a perfeita sintonia que existe entre tais ciências, transformando o fenômeno econômico em objeto juridicamente apreciável, tal qual o toque de Midas (REALE JUNIOR, 2002, p. 29)⁶.

Com efeito, é fora de dúvida a importância de ambas as disciplinas para a ordenação social, já que o relacionamento entre o Direito e a Economia sempre foi um romance que fez tremer as bases do mundo civilizado, desde os primórdios da história humana (LEWIS, 2005, p. 23).

É preciso, assim, compreender ambas as vertentes dentro de uma perspectiva aproximativa do conhecimento científico sem confinamentos estéreis, tendo em vista a reciprocidade de efeitos que dessa relação deriva.

Mostra-se, pois, íntima a conexão, de modo que, mais do que confronto, é preciso, antes de tudo, cooperação.

O artigo se insere no ramo das Ciências Jurídicas e Econômicas, na área do Direito Econômico, sendo analisada em uma perspectiva holística.

5 "Economia e Direito são indissociáveis, pois as relações básicas estabelecidas pela sociedade para o emprego dos recursos escassos são de caráter instrumental, vale dizer, jurídico. Por outro lado, as necessidades econômicas influenciam a organização institucional e a feitura das leis. De qualquer maneira, não existe fenômeno econômico não inserido em um nicho institucional".

6 "Diríamos que o Direito é como o rei Midas. Se na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo em que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais".

Apresenta-se, então o seguinte questionamento: Há relação científica entre Direito e Economia? A hipótese trabalhada não só reconhece a relação, como prevê sua articulação como um ramo científico novo.

Objetiva-se, com isso, avaliar a forma de relação entre estes dois saberes, desenvolvendo-se uma nova linha científica. A metodologia adotada foi a bibliográfica e documental, em uma análise qualitativa. A relevância acadêmica da pesquisa se demonstra no sentido de contribuir para o reconhecimento / consolidação do Direito Econômico enquanto ramo autônomo da ciência.

2 ORIGEM HISTÓRICA

Esse movimento deita raízes históricas no empirismo Humano (BITTAR, 2019, p. 85)⁷, no pragmatismo filosófico (CHAUI, 2000, p. 132)⁸ e se reflete de modo claro no realismo jurídico (FONTES, 2014, p. 86-87)⁹ (GODOY, 2012)¹⁰, rejeitando os conceitos metafísicos de Justiça para buscar nos critérios de experimentação, utilidade, consequencialismo, bem-estar social e eficiência os pilares dessa novel escola.

Para Richard Posner, considerado um dos pais fundadores dessa corrente de pensamento, na Escola Americana de Chicago, a partir da década de 1970, a análise econômica do direito corresponde ao mais importante desenvolvimento do pensamento jurídico do último quarto de século, tendo a Economia se espalhado para um crescente gama de questões jurídicas a ela não vinculadas tradicionalmente (POSNER, 1986, p. 17).

É certo que, quando se fala em análise econômica mostra-se intuitivo pensar em temas de grande repercussão nacional, como taxa de juros, inflação, políticas cambiais, poupanças e mercados. Em síntese, se pensa em dinheiro. Isso, contudo, é meia verdade. A ciência econômica não se ocupa exclusivamente de questões pecuniárias, vai muito além.

A moderna economia ultrapassou os limites da produção e distribuição de bens e serviços para se debruçar sobre o comportamento humano não mercadológico, no processo

7 "A filosofia de David Hume tem seus alicerces baseados na experiência prática, que figura como a grande matriz do conhecimento, se enquadrando nas filosofias empiristas inglesa e escocesa, afastando-se do racionalismo jusnaturalista imperante".

8 Para os filósofos empiristas, a verdade, além de ser sempre de fato deve ser obtida por experimentação, tendo como a sua eficácia ou utilidade prática. O conhecimento é tido como verdadeiro não só quando explica um fato, mas sobretudo quando permite observar consequências práticas e aplicáveis.

9 "O realismo ou pragmatismo jurídico é a corrente da jusfilosofia segundo a qual o direito, pelo menos o direito válido, é aquele efetivamente observado e aplicado em dada sociedade. Essa corrente afasta-se tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo normativo. (...). O realismo jurídico é influenciado pelo pragmatismo filosófico e também pelo utilitarismo, recomendando que o juiz se preocupe sobretudo com as consequências práticas de suas decisões".

10 É substancial a crítica realizada a respeito do desconhecimento dos juristas, acerca do realismo jurídico, nos países de matriz positivista. Afirma o autor que: "Os realistas abandonaram a metafísica e os construídos românticos de direito natural, em favor do pragmatismo, da utilidade prática, da atuação fática. O realismo jurídico norte-americano relaciona-se com o pragmatismo, bem como com alguns núcleos expressivos do pensamento jurídico contemporâneo, a exemplo do movimento *law and economics* (*Direito e Economia*) e do *critical legal studies* (*teoria crítica do Direito*). Pouco conhecido no Brasil, porque confundido com tradição jurídica supostamente refratária à nossa, o realismo jurídico norte-americano não é assunto que tem preocupado a indagação jusfilosófica brasileira, que já foi vítima de monoglossia crônica e patológica, centrada em traduções de textos europeus. Somos ainda reféns da filosofia analítica, da metafísica alemã, do fundacionalismo francês e de um incipiente constitucionalismo português. É lugar comum à associação do entorno cultural dos Estados Unidos com o imperialismo que matiza o capitalismo daquele país e com produtos midiáticos de consumo. Por isso, o descaso para com um pensamento substancialmente muito denso, que precisamos de certa forma estudar".

de tomada de decisões, em um mundo racional em que os recursos são limitados frente às necessidades pessoais e onde as pessoas visam promover o seu próprio interesse.

Segundo o conceito de Lionel Robbins (2014), a economia deve ser compreendida, então, como "a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos".

Decorre daí o acerto da frase de Edmund Burke (2019) pela qual "a economia é uma virtude distributiva e consiste não em poupar, mas em escolher".

Logo, se as condutas humanas são passíveis de escolhas para o uso de recursos escassos de forma alternativa, independentemente da natureza da decisão, elas envolvem o método econômico (GICO JÚNIOR, 2012, p. 13)¹¹.

Com este enfoque a análise econômica oferece instrumentos úteis ao mundo jurídico, pois calcada em uma teoria sobre o comportamento humano que inexiste no Direito. Auxilia, assim, na compreensão dos fatos sociais, seja através de um diagnóstico da realidade objetiva (análise positiva), seja por meio uma prognose (análise normativa) de como os agentes responderão a determinados incentivos legais (GICO JÚNIOR, 2012, p. 18).

A metodologia Econômica aplicada ao Direito deve responder, em resumo, a quatro perguntas básicas em relação ao ordenamento jurídico:

- 1) qual o objetivo a ser alcançado com determinada norma jurídica?
- 2) a norma jurídica atinge os resultados esperados?
- 3) quais as consequências da aplicação da norma jurídica?
- 4) como a norma jurídica deveria ser aplicada?

3 PREMISSAS METODOLÓGICAS DA AED

Para trazer respostas a tais indagações, o método econômico encontra-se amparado em algumas premissas ou postulados que fornecem uma estrutura teórica ao modelo. São eles: a) a escassez dos recursos, b) a racionalidade dos agentes, c) os incentivos ofertados e d) a eficiência econômica.

O primeiro deles retrata um dilema marcado pela dicotomia entre a escassez de recursos frente à ilimitação das necessidades humanas. De fato, os desejos hauridos do coração humano não possuem limites ao contrário dos recursos, que são finitos por natureza. A lei da escassez é uma constância do qual o homem, ainda que tente superar, não pode escapar (NUSDEO, 2008, p 27)¹².

11 "Nesse sentido, a ciência econômica, antes associada apenas àquela parte da atividade humana que chamamos normalmente de economia, hoje investiga um amplo espectro de atividades humanas, muitas das quais também são estudadas por outras ciências sociais como a ciência política, a sociologia, a antropologia, a psicologia e, como não poderia deixar de ser, o direito. É essa interação entre direito e economia que se convencionou chamar de Análise Econômica do Direito".

12 "Ao oposto do que ocorre com as necessidades humanas, os recursos com que conta a humanidade para satisfazê-las apresentam-se finitos e seriamente limitados. Tal limitação é insuperável, malgrado os sucessos da tecnologia em empurrar sempre adiante o ponto de ruptura, quando do exaurimento dos bens disponíveis à espécie humana levaria, senão ao colapso, pelo menos à progressiva estagnação de todo o processo econômico, o qual, em última instância, consiste na administração dos recursos escassos à disposição dos habitantes deste planeta. (...) A lei da escassez é uma lei férrea e

Houvesse, pois, recursos em abundância não haveria atritos sociais. Não existiria nenhuma lide, enquanto conflito qualificado de interesses, tornando, então, tanto o Direito, quanto a Economia, desprovidos de sentido.

Por ilação, é em razão da insuficiência de bens que se impõe a todos um processo de escolha entre as alternativas possíveis, mas excludentes entre si.

O processo de tomada de decisão parte, assim, de um segundo pressuposto, qual seja, de que os agentes econômicos são racionais.

A racionalidade maximizadora representa, dentro da escassez de recursos, a tentativa de promoção do auto interesse (SMITH, 2019)¹³, isto é, pressupõe que os indivíduos ajam visando satisfazer os seus objetivos pessoais, sejam eles quais forem.

Esse modelo decisório maximizador do próprio interesse, por assim dizer, abrange as mais imaginosas ações humanas, desde a realização de atividades econômicas e até os processos de escolhas mais simples, como a decisão de consumo ou o lazer e, ainda, as mais elaboradas decisões como a celebração de contratos e o aforamento de litígios (SALAMA, 2017, p. 27)¹⁴.

Fique claro que esse *approach* econômico não se confunde com egoísmo ou ganância. A juseconomia não se destina a ganhos materiais, mas se concentra em como as pessoas se comportam visando satisfazer a seus próprios interesses ou maximizar as suas preferências pessoais.

Em outros termos, as pessoas agem de modo atingir utilidades pessoais, independentemente de qual objeto for, seja pecuniário, político, altruísta ou até mesmo familiar (GICO JÚNIOR, 2012, p. 23)¹⁵.

Adota-se a imagem do *homo economicus* ancorada na filosofia do utilitarismo (BENTHAM, 1984, p. 09-13)¹⁶.

Sob o amálgama deste princípio as decisões humanas passam a ser encaradas como resultante de um processo mental calculado, no qual a pessoa pondera, tal qual um contador, os ganhos a serem obtidos de sua conduta, deduzido de eventuais perdas a serem evitadas, maximizando o gozo das utilidades a ponto de se traduzir em bem-estar e felicidade (HUNT.; LAUTZENHEISER, 2013, p. 193-194).

incontornável, tendo submetido os homens ao seu jugo desde sempre, levando-os a se organizarem e a estabelecerem entre si relações específicas, a fim de enfrentá-la, ou melhor, conviver com ela, atenuando-lhe, o quanto possível, a severidade".

13 Como já prenunciava Adam Smith: "Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das vantagens que elas podem obter".

14 "Esse comportamento maximizador é, portanto, tomado como abrangendo uma enorme gama de ações, que vão desde a decisão de consumir ou produzir um bem, até a decisão de contratar com alguém, de pagar impostos, de aceitar ou propor um acordo em um litígio, de falar ao telefone celular ao dirigir e, até mesmo, de votar contra ou a favor de um projeto de lei".

15 "(...) a abordagem juseconômica não requer que se suponha que os indivíduos são egoístas, gananciosos ou motivados apenas por ganhos materiais, tão somente assume-se que os agentes são racionais maximizadores de sua utilidade, seja lá o que isso significa para eles. Nessa linha, por exemplo, são plenamente passíveis de análise econômica situações em que o comportamento humano tenha como motivação central elementos imateriais ou psicológicos, como prestígio (e.g., academia), poder (e.g., política) ou mesmo altruísmo (e.g., família). Ainda assim, é o indivíduo quem age e a partir dele iniciamos nossa busca pela compreensão do coletivo".

16 Jeremy Bentham é considerado o grande precursor do princípio da utilidade, no sentido de que pessoas buscam maximizar o seu próprio bem-estar reconhecendo que o gênero humano está sob o domínio de dois senhores: o prazer e a dor. Logo, é no desejo de obter felicidade e se afastar da dor que se pode encontrar a chave da motivação humana.

Esse ideal racional, calcado na escolha de alternativas que se excluem mutuamente, em virtude da restrição de recursos, enseja uma análise comparativa entre o custo e o benefício a ser obtido com o comportamento empenhado, o que em linguagem econômica se traduz pela expressão *trade-off*.

Vale dizer, para se obter algo é preciso abrir mão de outro, em uma relação de perda e ganho. Em outras palavras, o deleite de qualquer benefício enseja a renúncia do equivalente não escolhido ou preterido. A vida, portanto, passa ser encarada como um processo permanente de trocas, seja com preços explícitos ou não (GICO JÚNIOR, 2012, p. 20)¹⁷.

Aqui repousa o aspecto fundamental do modelo comportamental da Economia aplicado ao Direito. Utiliza-se como ponto de partida o individualismo metodológico, por meio da dedução de que o comportamento individual maximizador de sua utilidade seja projetado coletivamente nas empresas, organizações, instituições e no próprio Estado.

Como desdobramento correlato surge a questão de que toda conduta humana responde a incentivos. Eis o terceiro postulado da AED.

A ideia de incentivo é algo comum tanto no Direito, quanto na Economia. Todo o edifício jurídico é construído sobre a premissa de que as pessoas observarão as normas jurídicas, ou seja, responderão aos incentivos legais, positivos (prêmio) ou negativos (sanção), a depender do sopesamento marginal dos custos e benefícios que do comportamento deriva.

Transportado esse pensamento ao mundo jurídico, a conduta de cumprir ou não um contrato, violar a lei, cometer infrações civis ou penais dependerá, justamente, do balanço racional do indivíduo, acerca dos incentivos ofertados, sobre os custos ou os benefícios de que cada ação resultará (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 90)¹⁸.

Na economia não é diferente, tendo, porém, o foco dos incentivos na figura dos preços. Logo, se presume que as pessoas reajam às sanções legais, tais como os consumidores e agentes se portariam em relação aos preços de mercado. Se baixo, o comportamento será incentivado com a ampliação da oferta. Se alto, a tendência é de retração dela com o aumento do custo, o que inibirá o comportamento, dada a racionalidade dos agentes.

COOTER e ULEN (2010, pag. 25) sintetizam a questão da seguinte maneira:

Os legisladores muitas vezes perguntam: Como uma sanção vai afetar o comportamento? Por exemplo, se indenizações punitivas são impostas ao fabricante de um produto defeituoso, o que acontecerá com a segurança e o preço do produto no futuro? Ou, a criminalidade vai diminuir se os delinquentes que violam a lei pela terceira vez forem presos automaticamente? Os

17 "Toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de custo de oportunidade. Assim, por exemplo, se decidimos comprar caças para fortalecer nossa Aeronáutica, abdicamos de outra alocação que estes recursos poderiam ter (e.g., construir escolas). Se você opta por ler este capítulo, deixa de realizar outras atividades como estar com seus filhos, passear com sua namorada ou assistir televisão. A utilidade que cada um gozaria com uma dessas atividades é o seu custo de oportunidade, i.e., o preço implícito ou explícito que se paga pelo bem. Note que dizer que algo tem um custo não implica afirmar que tem valor pecuniário. Agora você sabe que há muita sabedoria no dito popular "tudo na vida tem um preço", basta olhar para o lado".

18 "Aplicada ao universo do Direito, ela implica que a decisão de rescindir um contrato, de engajar-se em atividades originalmente não previstas no contrato, ou de comportar-se ilicitamente, dependerá de um balanço racional dos benefícios e custos marginais de cada ação. Por exemplo, o custo dos acidentes. O condutor do veículo só respeita a norma de parar em sinal vermelho porque isso é mais econômico do que receber uma multa de trânsito. Aqueles que violam a lei ou os contratos, segundo essa premissa conceitual, o fazem com o objetivo de maximizar a sua satisfação líquida, pois percebem benefícios superiores aos custos, entendidos de modo amplo para incluir a utilidade negativa resultante da perda da liberdade, do ostracismo social etc."

juristas responderam a essas perguntas em 1960 mais ou menos da mesma maneira que o tinham feito a 2 mil anos antes – consultando a intuição e quaisquer fatos que estivessem disponíveis. A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos a atividade sancionada. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatísticas e econometria) da análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento.

A estrutura de incentivos, portanto, é a peça essencial na compreensão da Análise Econômica do Direito. A mudança do comportamento social, por meio das regras jurídicas, depende justamente dos incentivos adotados na norma, seus objetivos e resultados que podem ser avaliados concretamente pela leitura econômica¹⁹.

Com este norte, um sistema legal deve estar mais preocupado com a estrutura dos incentivos do que com valores abstratamente considerados, a fim de que se alcancem os objetivos almejados.

Diante de todo esse panorama de escassez, racionalidade, maximização de utilidades e relações comparativas de custo-benefício a induzir escolhas e comportamentos, a análise econômica prima por uma alocação eficiente dos recursos disponíveis. A eficiência, pode se dizer, constitui o âmago ou pedra de toque da AED.

Em economia este postulado conduz a resultados amplos. A eficiência almeja a maximização da utilidade ou do bem-estar social e a minimização dos custos sociais envolvidos, podendo ser entendida dentro de uma concepção individual e coletiva.

A primeira concepção de eficiência econômica coube a Vilfredo Pareto. Para este só haveria eficiência na alocação de recursos no mercado quando houvesse uma situação de equilíbrio nas transações. Isto é, a eficiência corresponderia a uma melhora de situação obtida entre os agentes econômicos, desde que não ensejasse nenhuma perda, diminuição ou piora para outrem (SALAMA, 2017, p. 86)²⁰. Haveria, nesse quadro, uma alocação ótima de recursos, um "Ótimo de Pareto" ou um "Pareto-eficiente".

A grande crítica deste critério repousa no aspecto individualista, consensualista e na exigência de unanimidade em seu equilíbrio conformador, o que conduz a uma irreal aplicação de seus requisitos, dado que, em uma economia capitalista, as trocas podem ser desiguais, sendo possível que ocorram perdas entre as partes e efeitos indesejáveis projetados para terceiros.

19 Exemplo emblemático, como estrutura de incentivos normativos para a redução de acidentes no trânsito, é a chamada "Operação Lei Seca", decorrente da lei n.º 9.503/97, que sofreu agravamentos ao longo do tempo. A legislação traz sérias penalidades administrativas (art. 165) e criminais (art. 306), vedando a condução de veículo automotor, sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa, com a imposição de perdas financeiras decorrentes de aplicação de multas, custo de oportunidade pela suspensão do direito de habilitação, além do desgaste emocional e gastos com a defesa criminal e eventual cumprimento de pena em caso de condenação.

20 "A concepção do economista italiano Vilfredo Pareto tinha em mira resolver uma questão oriunda da filosofia utilitária relativa ao problema de mensuração de felicidade ou bem-estar geral. Para que este fosse observado seria preciso que todos os participantes envolvidos na transação experimentassem uma melhora de situação, quando comparada às condições originais anteriores à relação. A felicidade ou bem-estar Paretiano impõe que todos ganhem, mas que ninguém suporte perdas".

Critica-se o critério de Pareto, pois o mesmo não é isento de valoração subjetiva, o que impede uma análise objetiva. Pareto pauta a eficiência sob um viés subjetivo individual, ou seja, com relação ao bem-estar pessoal (em que o bem-estar social se confunde com o bem-estar individual), sendo que, dessa maneira, o critério de eficiência seria subjetivado, já que fincado na concepção de bem-estar de cada qual. Todavia, uma solução ótima depende do ponto de vista de cada parte.

Suprindo esta necessidade equalizadora foi desenvolvido, por Nicholas Kaldor e John Hicks o método da compensação. No critério de Kaldor-Hicks, a eficiência alocativa não resta escorada no consenso, tampouco exigem-se ganhos unânimes.

O que importa é que o benefício socialmente auferido (bem-estar geral) tenha o condão de suplantar as perdas com a possibilidade, em tese, de compensação dos prejuízos suportados pelos perdedores. Daí se chamar de "Pareto-Superior".

De fato, em um mundo real, de economia de trocas, o critério de Pareto não se mostra o mais adequado. O ideal de bem-estar não pode estar atrelado ao um processo de igualdade. Em sendo as pessoas maximizadoras do próprio interesse e havendo escassez de recursos na outra ponta, todo o ganho pode corresponder a uma perda hipotética ou real, atual ou futura, individual ou difusa para o sistema.

Com essa roupagem, o critério de eficiência econômica não pode restar assentado na ausência de perdas, pois elas naturalmente existem. Mas sim na possibilidade de compensação, onde os ganhos gerais suplantem as perdas, havendo a maximização da riqueza coletiva e o cumprimento dos ditames da Ordem Constitucional Econômica (MARTINS, 2017, p. 31).

Para o Direito, eficiência, tradicionalmente, sempre foi vinculada ao alcance de Justiça. O brocardo romano *fiat justitia et pereat mundus* bem espelha esta faceta, pelo que a Justiça não poderia ser medida ou quantificável, mas sentida.

Entretanto fazer Justiça ainda que o mundo pereça revela um descompromisso total com a realidade social que nos circunda. O velho adágio se esquece que os direitos têm custos, não nascem em árvores.

Em verdade, Justiça enseja valor. Nesse espectro, o ferramental econômico não pode radiografar essa valoração de modo fidedigno. Não pode dizer o que seja justo.

Todavia, em um cenário de escassez de recursos, com a necessidade constitucional de concretização de direitos fundamentais de toda espécie, uma norma jurídica que gere desperdícios, perdas injustificadas e desatendimento às legítimas pretensões, pode ser acoiada de injusta e, portanto, de ineficiente.

Nesse sentido a lição de GICO JUNIOR (2012, Pag. 27):

Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício. Nesse sentido, a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta, e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada polí-

tica pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável. (...). Como dito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e., eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra.

É graças a Análise Econômica que o conceito de eficiência, no âmbito do Direito, é realinhado ao viés consequencialista²¹. Em linguagem jurídica, cuida-se de uma funcionalização da eficiência com o escopo de que o sistema normativo possa atender às pretensões individuais e coletivas sem que se perca o norte da economicidade.

CONCLUSÃO

Como visto, Direito e Economia não vivem em mundos separados. São ciências sociais que se completam. Ambas possuem como foco a organização, a estabilidade e a eficiência do sistema.

Com efeito, se no passado seus conhecimentos se mantinham separados, em razão da especialização acadêmica e diversidade de objetos, atualmente, esse isolamento não tem mais razão de ser.

A tradicional concepção do Direito, influenciada pelo positivismo jurídico, forte na ideia da metodologia pura e neutralidade científica não há de prosperar modernamente frente à exigência de atendimento as novas demandas sociais, dentro de um cenário de escassez de recursos.

Em reação a este panorama surge a *jus* economia, como fruto do pragmatismo filosófico e do realismo jurídico, originando o movimento da Análise Econômica do Direito.

A partir de suas premissas metodológicas se busca avaliar o sentido descritivo da norma jurídica em sua aplicação real, no que tange ao conteúdo e efeitos concretos, bem como estabelecer uma prognose de como a norma deveria ser elaborada/aplicada, a fim de se alcançar os objetivos almejados, tendo como norte a economicidade e a estrutura de incentivos.

21 Esse parece ser o novo horizonte da sistemática jurídica trazido no Decreto-lei 4.657/62 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. A redação do art. 21 estabelece que: A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Já o art. 23 reza que: a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução dos princípios da Moral e da Legislação*.

Tradução: Luiz João Baraúna. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BURKE, Edmund. *Frases*. Disponível em: https://www.pensador.com/autor/edmund_burke/. Acesso em: 06 set. 2019.

CHAUÍ, Marilena. *Convite a filosofia*. Ed. Ática, São Paulo, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4ª ed. São Paulo. Saraiva. 2001.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Filosofia do Direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GICO JÚNIOR, Ivo; Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Embargos culturais - O realismo jurídico norte-americano é intrigante*. *Conjur*. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-15/embargos-culturais-realismo-juridico-norte-americano-intrigante>. Acesso em: 15 mai. 2019.

HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, Mark. *História do pensamento econômico*. Tradução de André Arruda Villela. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

LEWIS, Sandra Barbon. *A íntima relação entre o direito e economia*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 138, p. 231-249, abr./2005

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Arthur Villamil. O empresário, a análise econômica e a eficiência. *Revista da AMDE (Associação Mineira de Direito e Economia)*, *Belo Horizonte*, ano 2017, v. 17. Disponível em: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/271>. Acesso em: 19 jul. 2019.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2005.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 3ª ed. Wolters Kluwer, 1986.

REALE JUNIOR, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em Direito e Economia*. 1ª ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita. 2017.

SMITH, Adam. *Frases*. Disponível em: <https://kdfrases.com/frase/119296>. Acesso em: 17 mai. 2019.

Recebido/Received: 30.04.2020.

Aprovado/Approved: 12.06.2020.

FOMENTO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS INOVAÇÃO POR MEIO DOS CONTRATOS DE INVESTIMENTO-ANJO

INNOVATION PROMOTION OF MICRO AND SMALL ENTERPRISES THROUGH ANGEL INVESTORS CONTRACTS

ELISA MARA COIMBRA¹

RESUMO

O artigo analisa a política de fomento à inovação das micro e pequenas empresas sob a perspectiva dos contratos de investimento-anjo instituídos pela Lei Complementar nº 155/2016. O objetivo é tentar extrair que elementos o regime jurídico dos contratos de investimento-anjo visa estimular, na tentativa de analisar a sua adequação e suficiência, sob o ponto de vista da intervenção de um Estado Empreendedor. Para isso, primeiramente, elabora-se uma revisão de como a legislação de apoio à micro e pequena empresa evoluiu. Em seguida, descrevem-se as características das políticas de fomento à inovação nas micro e pequenas empresas. E, por fim, coteja-se a relação entre fomento à inovação e contrato investimento-anjo, por meio de uma pesquisa bibliográfica e do método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Inovação. Contrato de investimento-anjo. Lei Complementar nº 155/2016.

ABSTRACT

The article analyzes the innovation promotion policy to micro and small enterprises from the legal regime perspective of the angel investors contract established by Supplementary Law nº 155/2016. The objective is extracting what elements the legal regime of angel investors contracts aims to stimulate for analyzing their adequacy and sufficiency, through an Entrepreneur State intervention perspective. First of all, it is done a review of how micro and small enterprise legislation has evolved. Next, the description of innovation promotion policy to micro and small enterprises are elaborated. And, finally, the relationship between innovation promotion policy and angel investing contracts is established, by a bibliographical research and the deductive method.

1 Doutoranda em Empresas e Atividades Econômicas pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Puc-Rio. Advogada da Financiadora de Estudos e Projetos (Finep). <http://orcid.org/0000-0002-1972-3589>. <http://lattes.cnpq.br/6439935516374065>. elisacoimbra775@yahoo.com.br.

Utiliza-se, neste trabalho, a mesma nomenclatura da Lei Complementar nº 123/2006 – “micro e pequenas empresas” –, a despeito da imprecisão técnica. Isso, porque empresa refere-se, na verdade, à atividade econômica, enquanto, por sua vez, sociedade empresária refere-se à pessoa jurídica que exerce a atividade econômica com elementos de empresa. Outra imprecisão da expressão escolhida pela lei diz respeito à inclusão das sociedades simples – que não são sociedades empresárias – no âmbito da definição do artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006, citado abaixo. Cabe ressaltar ainda que, antes dessa Lei Complementar, não havia previsão de incluir as sociedades simples no regime jurídico favorecido das micro e pequenas empresas.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

COIMBRA, Elisa Mara. *Fomento às micro e pequenas empresas inovação por meio dos contratos de investimento-anjo*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 226-241, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7047>.

KEYWORDS: *Innovation. Angel investing contracts. Supplementary Law nº. 155/2016.*

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, considerando a realidade das micro e pequenas empresas e as peculiaridades de possíveis medidas de incentivo à inovação, discute-se o regime jurídico dos contratos de investimento-anjo como um possível mecanismo de fomento à inovação. Neste contexto, elabora-se a seguinte pergunta-problema: como o legislador, por meio da figura do contrato de investimento-anjo da Lei Complementar nº 155/2016, fomentou à inovação nas micro e pequenas empresas?

Em seguida, elabora-se a seguinte hipótese: o instrumento de fomento à inovação trazido pela Lei Complementar nº 155/2016 objetiva a superação da insuficiência do capital financeiro e do capital humano característicos das micro e pequenas empresas, principais dificuldades por elas enfrentadas (SEBRAE, 2018).

O marco teórico utilizado é a ideia de Estado empreendedor desenvolvida por Mariana Mazucato (2014), segundo a qual o Estado atua não apenas para corrigir falhas de mercado como também para intervir em dimensões sociais e ambientais, entre outras, as quais não são atrativas para a iniciativa privada, servindo-se do estímulo à inovação para tal.

Pretende-se colaborar com o tema não apenas do ponto de vista teórico, mas também pragmático, utilizando para tal o método dedutivo. Dessa forma, buscaram-se dados econômicos sobre o seguimento das micro e pequenas empresas para subsidiar a análise dos elementos que o regime jurídico dos contratos de investimento-anjo visa estimular, a fim de se deduzir insuficiências e lacunas da atual legislação.

O objetivo é investigar a função econômica, extraída por meio da interpretação do texto legal, de modo a identificar eventual descolamento entre os dados coletados e a descrição do regime jurídico discriminado a partir do artigo 61-A da Lei Complementar nº 123/2006.

1. A EVOLUÇÃO REGULATÓRIA DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NO BRASIL

No Brasil, a primeira Lei a estabelecer um regimento especial para as micro empresas foi a Lei nº 7.256/1984, ainda antes da CRFB/88, a qual estabeleceu para essa categoria um regime diferenciado, simplificado e favorecido no que se refere às áreas administrativa, previdenciária e creditícia, entre outras. Apesar da importância da iniciativa, o tratamento especial estabelecido à época tinha espectro bem mais restrito que o atual. Nessa linha, é possível observar, por exemplo, o veto ao regime fiscal diferenciado, relacionado aos artigos 11 a 16, da Lei nº 7.256/1984, em contraposição ao atual Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123/2006. Além disso, não

havia menção às pequenas empresas, apenas às micro, considerando como tais aquelas com faturamento de até 10 mil OTN² (NOGUEIRA, 2016, p. 11)³.

Outra previsão da Lei nº 7.256/1984 que salta aos olhos são os artigos relacionados ao apoio creditício, os quais estabeleceram, desde aquela época, condições favorecidas às micro empresas nas operações com instituições financeiras públicas e privadas, inclusive bancos de desenvolvimento e fomento. Entre essas condições esteve a vedação em se exigir garantias aos financiamentos de até 5.000 OTN distintas da fiança e do aval. Tal norma sinaliza para um problema enfrentado até hoje pelas micro e pequenas empresas quando da solicitação de financiamento perante instituições financeiras, as quais, em contrapartida, exigem-lhes a apresentação de garantias para suportar os riscos da operação.

Em seguida, a CRFB/88 também estabeleceu tratamento favorecido às micro e pequenas empresas, nos termos do artigo 179 da CRFB/1988.

Art. 179. 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, 1988)

Mais tarde, por meio da Emenda Constitucional nº 49, de 2006, o tratamento favorecido das micro e pequenas empresas foi erigido a princípio, incluído no rol do artigo 170 da CRFB/1988.

Desde o veto presidencial aos artigos 11 a 16 da Lei nº 7.256/1984, relativo ao regime fiscal favorecido às micro empresas, havia se aprofundada a carência por um tratamento simplificado na seara tributária. No entanto, apenas em 1996, por meio da promulgação da Lei nº 9.317/1996, é que foi aprovado o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), o qual unificou seis tributos federais, em que pese a previsão de exceções para algumas atividades de prestação de serviços⁴.

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 9.841/1999, a qual instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos artigos 170 e 179 da CRFB/1988. Nela, foram incluídas as definições de micro e pequenas empresas de acordo com o faturamento, bem como autorizada a constituição de sociedades de garantia solidária como alternativa à necessidade

2 Obrigações do Tesouro Nacional.

3 De acordo com Fran Martins e Carlos Henrique Abrão (2017, p. 123), a escolha do critério para definir as micro e pequenas empresas está relacionada ao artigo 966 do CC/02, o qual preconiza que empresário é aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção e a circulação de bens e serviços. Assim, ao definir empresa como atividade econômica, a microempresa é definida como a atividade econômica organizada em menor escala, escolhendo o faturamento como a medida dessa escala. Portanto, a Lei Complementar, ao abeberar-se do Código Civil Brasileiro de 2002, por conseguinte, inspira-se também reflexamente no Código Civil Italiano de 1942, o qual afasta a teoria dos atos de comércio. Registra-se ainda que existem outros critérios, que não apenas o faturamento, para dimensionar o porte das micro e pequenas empresas, entre os quais se inclui o número de funcionários. Na União Europeia, por exemplo, a definição baseia-se em mais de um critério: o número de empregados, as vendas anuais e o lucro líquido (ZUCOLOTO et al., 2016, p.20). Nos Estados Unidos, por sua vez, também verifica um critério complexo, baseado no Código Naics (North American Industry System) que pode ter por referência a receita bruta, o valor dos ativos ou o número de empregados, dependendo da atividade (ZUCOLOTO et al., 2016, p.19).

4 Em seguida, a Lei Complementar nº 147/2014 aumentou o rol das atividades prestadoras de serviços passíveis de inclusão no regime favorecido.

de apresentação de garantia pelas micro e pequenas empresas, nas hipóteses de eventuais solicitações de financiamentos perante instituições financeiras.

Atualmente, a Lei Complementar nº 123/2006 regula a matéria, revogando os normativos anteriores. No que se refere ao tratamento tributário, houve uma expansão considerável do regime unificado, o qual passou a incluir oito tributos federais, tributos estaduais, municipais.

Além disso, a Lei Complementar nº 123/2006 também estabeleceu vantagens competitivas no processo de licitação em hipótese de empates, além da possibilidade de licitações exclusivas para as micro e pequenas empresas até o valor de R\$ 80 mil e a possibilidade de subcontratação delas em licitações não exclusivas. Isso favoreceu o crescimento da participação das micro e pequenas empresas nas licitações públicas.

Os impactos dessa medida são significativos e crescentes. Como resultado, em 2013, as compras realizadas por entidades do governo federal junto às micro e pequenas empresas totalizaram R\$ 17,0 bilhões: um aumento de 20,3% em relação a 2008 e um crescimento de participação no total das compras da ordem de 27,9% no mesmo período. (NOGUEIRA, 2016, p. 13)

Acrescenta-se também que a Lei Complementar nº 123/2006, reconhecendo a importância dos processos inovativos para o segmento, incluiu um capítulo denominado "Estímulo à Inovação" que estabelece, entre outras medidas: a) a obrigatoriedade de a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e as respectivas agências de fomento, as Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT), os núcleos de inovação tecnológica e as instituições de apoio manterem programas específicos para as micro e pequenas empresas; b) a possibilidade de redução de alíquotas de impostos e contribuições incidentes na aquisição ou importação de equipamentos adquiridos por micro e pequenas empresas para incorporação no seu ativo imobilizado; c) apoio à certificação de qualidade de produtos e processos para micro e pequenas empresas.

Em posterior alteração, via Lei Complementar nº 128/2008, foi criada a figura do microempreendedor individual (MEI), cujo objetivo foi retirar diversas atividades econômicas da informalidade. Mais recentemente, a Lei Complementar nº 147/2014 e a Lei Complementar nº 155/2016 aperfeiçoaram o processo de simplificação do regime, bem como estenderam a possibilidade de inclusão no Simples Nacional de algumas atividades prestadoras de serviço.

A Lei Complementar nº 123/2006 continuou por estabelecer o faturamento como medida de definição do porte da empresa para efeitos de sua aplicação, inclusive a inclusão ou não delas no Simples Nacional. Importante lembrar que tais critérios de definição do porte restringem-se à aplicação da Lei Complementar nº 123/2006, havendo outros normativos, os quais regulam outros efeitos, que fixam critérios distintos para a definição do porte da empresa⁵. Nessa direção, reproduz-se abaixo os limites:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código

5 O Departamento de Estatística e Apoio à Exportação da Secretaria de Comércio Exterior, por exemplo, para enquadramento e identificação das sociedades empresárias por porte adota critério que associa o número de empregados e o valor por elas exportado (BRASIL, 2017).

Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) (BRASIL, 2006).

A Lei Complementar nº 155/2016 também trouxe alterações na Lei Complementar nº 123/2006, relativas ao capítulo denominado “Estímulo ao crédito e à capitalização”. Preliminarmente, registra-se que, mesmo antes de sua edição, já havia sido prevista a necessidade de medidas no sentido de melhorar o acesso das micro e pequenas empresas ao mercado de crédito e de capitais, objetivando a redução do custo de transação, a elevação da eficiência alocativa, o incentivo ao meio ambiente concorrencial e a qualidade do conjunto informacional (artigo 57), bem como instituída a possibilidade de criação de um Sistema Nacional de Garantias de Crédito pelo Poder Executivo com o objetivo de facilitar o acesso das micro e pequenas empresas, ainda não concretizada (artigo 60-A).

No entanto, a Lei, além de ampliar as políticas públicas de crédito ao seguimento (artigo 58), introduziu o artigo 61-A, o qual estabeleceu a possibilidade de serem realizados investimentos diretos nas micro e pequenas empresas, a fim de propiciar o incentivo de atividades de inovação. Trata-se da possibilidade de aporte de capital por pessoa física ou jurídica, denominados investidor-anjo. Tal medida é uma alternativa ao incremento de recursos em inovação sem que isso impeça o gozo dos benefícios decorrentes do tratamento favorecido das micro e pequenas empresas, entre eles o gozo do Simples Nacional.

Mais recentemente, apesar de não estar no escopo deste trabalho, a Lei Complementar nº 123/2006 foi alterada, por meio da Lei Complementar nº 167/2019, para acrescentar novas formas de incentivo à inovação, cujo regime jurídico foi denominado de Inova Simples da Empresa Simples de Inovação com vistas a estimular sua criação, formalização, desenvolvimento e consolidação como agentes indutores de avanços tecnológicos e da geração de emprego e renda.

A evolução regulatória das micro e pequenas empresas aponta para o enfraquecimento das políticas industriais e de inovação tradicionais, as quais tratam políticas industriais e de inovação de maneira estanque, conforme apontado por Dahlstrand et al. (2010). Assim, é cada vez mais comum⁶ uma abordagem integrada entre as políticas industriais e de inovação. Se, de um lado, as políticas industriais visam a produção de renda para o país, as políticas de inovação, de acordo com Dahlstrand et al. (2010, p.4), estão tradicionalmente relacionadas a três grandes objetivos: a) crescimento da intensificação de pesquisa e desenvolvimento; b) estímulo à uma cultura de inovação e; c) estímulo ao desenvolvimento e comercialização de tecnologia. Assim, em se considerando o conhecimento como um fator de produção predominante, políticas industriais que o desconsiderem tendem a se revelar cada vez mais inefetivas.

6 Programas de fomento à inovação fortemente entrelaçados com estratégias de apoio ao empreendedorismo ou vice-versa, tais como as iniciativas Finep Startup, BNDES garagem, Programa Centelha, entre outros.

Gilbert et al. (2004) traçam um panorama histórico de como o conhecimento, catalisado pela globalização, transformou-se em um fator de produção predominante em relação ao capital, à terra e ao trabalho, impactando a eficiência das tradicionais políticas industriais. Neste contexto, reconhece-se como a estrutura do mercado é modificada de acordo com a inovação produzida, seja pela criação de novos mercados, seja pelo fechamento de anteriores, alterando inclusive a forma tradicional de competir – via formação dos preços mais baixos (GILBERT et al., 2004, p.314) – para àquela relacionada à abertura de novas rotas tecnológicas.

Por conseguinte, há uma alteração na articulação dos atores privados, seja por meio de parcerias cada vez mais simbióticas entre grandes, micro e pequenas empresas, devido à redescoberta do potencial das micro e pequenas empresas em espriar inovação (ORTEGA-ARGILÉS et al., 2009), seja pela necessidade de uma relação mais íntima entre pesquisadores e empreendedores, incluindo uma proposta de empreendedorismo mais radical (AUDRETSCH, 2014), para atravessar todas as fase do processo de ideação até a comercialização lucrativa, produzindo distintas redes de relacionamentos (HARRYSON, 2008), entre outros.

Reconhecendo a complexidade do fomento ao empreendedorismo à inovação, reconhecidamente de maior impacto, o legislador tem cada vez mais se esforçado em adotar medidas que incentivem micro e pequenas empresas voltadas à inovação, a exemplo da Lei Complementar nº 155/2016.

2. A ESPECIFICIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS À INOVAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

De acordo com o SEBRAE (2018), “no Brasil existem 6,4 milhões de estabelecimentos. Desse total, 99% são micro e pequenas empresas (MPE). As MPEs respondem por 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado (16,1 milhões)”. Para ilustrar a heterogeneidade da dinâmica inovativa das micro e pequenas empresas, cita-se o trabalho realizado por ZUCOLOTO et al. (2016), segundo o qual o esforço inovativo das micro e pequenas empresas tende a variar de acordo com o setor:

Nesse caso, a pesquisa setorial evidencia duas dinâmicas distintas na realidade brasileira. Em indústrias de alta tecnologia, como discorrido anteriormente, as oportunidades de ingresso para as MPEs se concentram em sua capacidade de ofertar produtos inovadores, induzindo-as a um maior esforço inovativo. Além disso, esses setores são dominados pelas corporações transnacionais, que tendem a privilegiar a realização de atividades de P&D em seus países de origem.

Já nas indústrias tradicionais, são as empresas de maior porte que efetuam esforços em P&D mais elevados, sendo as menores seguidoras tecnológicas, limitando-se a acompanhar o desenvolvimento tecnológico por meio da modernização de seus processos. (ZUCOLOTO et al., 2016, p.39)

Em outras palavras, setores de alta tecnologia exigem das micro e pequenas empresas esforços inovativos mais intensos do que das empresas de grande porte e corporações transnacionais, de modo que as primeiras potencialmente lançam novos produtos no mer-

cado. Por outro lado, setores mais tradicionais exigem menos esforços inovativos das micro e pequenas empresas do que das empresas de grande porte, sendo as primeiras seguidoras de tecnologia existentes, incorporando mais inovação em seus processos do que em seus produtos, ponto de incremento de sua vantagem competitiva.

Dessa forma, o estímulo em setores de alta tecnologia são distintos dos setores tradicionais, já que, nesses setores, a incerteza e os custos dos investimentos são maiores. Tal característica necessariamente deve impactar a elaboração de políticas públicas para o setor. Além disso, acrescenta-se a existência de uma lacuna, entre os atuais instrumentos de financiamento, caracterizada pela ausência de mecanismos de fomento às empresas pré-operacionais (as *startups*).

Em síntese, em meio as dificuldades de promoção da inovação, especialmente em negócios em *early stage*, um dos principais aspectos que as políticas públicas industriais e de inovação consideraram é o estímulo ao financiamento privado nesta fase, já que a concessão de empréstimos exige, em regra, o oferecimento de garantia, em contrapartida.

No trabalho escrito por Riding (2008), o autor aponta a relevância do investimento-anjo, mais informal que o investimento realizado por meio de *privaty equity* ou *venture capital*, no entanto, valioso não apenas por abranger uma base mais ampla de empresas como também habilidades extras, por meio de mentoria e suporte (GRILLI, 2019). Por exemplo, um investidor-anjo que se interesse por um investimento na área de *legal tech*⁷, terá mais chances de sucesso se conhecer tecnicamente o mercado e/ou a tecnologia que está sendo desenvolvida.

Ao encontro dessa preocupação, surge o regime jurídico do contrato de investimento-anjo previsto na Lei Complementar nº 123/2006, o qual pretende diminuir a insegurança jurídica do investidor, de modo que eles possam aportar recursos em projetos de inovação sem serem corresponsáveis por eventuais responsabilidades fiscais, trabalhistas, entre outras, estimulando gradativamente o fechamento desse *gap*.

O objetivo é atrair o capital privado na direção da orientação da política pública estimulada – a inovação. Neste trabalho, analisa-se a política do legislador ao instituir a figura do investimento-anjo –, especialmente quando as empresas não se encontram no perfil de financiamento bancário, seja por impossibilidade de apresentarem garantias tradicionais (hipotecas, avais), seja pela incerteza da inovação pretendida incrementada pela escassez de recursos para serem aplicados (financeiros e humanos).

7 São as startups intensivas em tecnologia, voltadas para prestar serviços na área jurídica, tais como aplicações de inteligência artificial nesta indústria.

3. O REGIME JURÍDICO GERAL DO CONTRATO DE INVESTIMENTO-ANJO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006

De pronto, observa-se que o regime jurídico do contrato de investimento-anjo descrito a partir do artigo 61-A, da Lei Complementar nº 123/2006, preocupa-se com a segurança jurídica, em especial com a do investidor-anjo, ou seja, aquele que deseja aportar recursos em determinada micro ou pequena empresa, a fim de fomentar a inovação e/ou investimentos produtivos, estimulando a captação de recursos em suas atividades. Isso porque, se o investimento-anjo é um dos instrumentos que visa fechar a lacuna do financiamento de micro e pequenas empresas de base tecnológica, o estímulo buscado pelo legislador está relacionado com mitigar os riscos do investidor-anjo (WANG et al., 2019).

Para tal, a Lei Complementar em questão viabiliza a utilização de um contrato que encerre uma relação econômica vantajosa tanto para as micro e pequenas empresas, as quais se beneficiam com os recursos aportados, quanto para o investidor, quem se beneficia com os retornos investidos bem como por eventual participação societária. Caso contrário, se não houvesse condições favoráveis para as micro e pequenas empresas, essas não lançariam mão do instituto e provavelmente optariam pelos mecanismos tradicionais, ainda que insuficientes, uma vez que a escolha em abrir o negócio a investidores depende das instâncias decisórias da própria sociedade empresária.

De um lado, a não integralização dos recursos investidos no capital social da sociedade empresária, nos termos do *caput*, do artigo 61-A, da Lei Complementar nº 123/2006 ("Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa"), favorece às micro e pequenas empresas, haja vista que a sociedade empresária investida continuará usufruindo dos benefícios fiscais do Simples Nacional. Isso porque, nos termos da previsão legal, os aportes não são considerados receita para fins de tributação, nos termos do artigo 61-A, da Lei Complementar nº 123/2006 ("§ 5º Para fins de enquadramento da sociedade como microempresa ou empresa de pequeno porte, os valores de capital aportado não são considerados receitas da sociedade").

Por outro lado, a Lei Complementar também estabelece regras de estímulo aos investidores, especialmente no que concerne à segurança jurídica. Um dos mecanismos utilizados é a blindagem patrimonial do investidor-anjo, ao diferenciá-lo do sócio e excluí-lo da responsabilidade de qualquer dívida, inclusive em recuperação judicial, nos termos do artigo 61-A, §4º, da Lei Complementar nº 123/2006 ("§ 4º O investidor-anjo: I - não será considerado sócio nem terá qualquer direito a gerência ou voto na administração da empresa; II - não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, não se aplicando a ele o art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil"). Dessa forma, a Lei Complementar permite que o investidor-anjo consiga estimar com mais segurança o quanto será investido na micro ou na pequena sociedade empresária, evitando-se assim comprometimentos futuros, esquivando-se, por exemplo, de responsabilizações fiscais, tra-

balhistas, entre outras, inclusive derivadas da desconsideração da personalidade jurídica, já que o investidor-anjo não se torna sócio.

Além disso, outro ponto a se destacar é a preocupação concorrencial que a Lei Complementar parece ter tido, apesar de essa mensagem não estar expressamente reproduzida. Tal inferência decorre das regras relativas aos limites fixados aos investimentos restando evidente preocupação em mitigar a participação dos investidores na direção do negócio, nos termos do artigo 61-A, § 6º, da Lei Complementar nº 123/2006 ("*§ 6º Ao final de cada período, o investidor-anjo fará jus à remuneração correspondente aos resultados distribuídos, conforme contrato de participação, não superior a 50% (cinquenta por cento) dos lucros da sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte*"), ou do §7º, do mesmo artigo ("*§ 7º O investidor-anjo somente poderá exercer o direito de resgate depois de decorridos, no mínimo, dois anos do aporte de capital, ou prazo superior estabelecido no contrato de participação, e seus haveres serão pagos na forma do art. 1.031 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, não podendo ultrapassar o valor investido devidamente corrigido*").

A dúvida que fica é se tais regras deveriam ter sido realmente fixadas aprioristicamente, haja vista que os efeitos econômicos variam de acordo com a estrutura de mercado no qual os agentes econômicos estão inseridos, ou seja, um mesmo comportamento pode trazer externalidades positivas ou negativas dependendo do mercado relevante em questão e do poder econômico do agente.

Apesar da importância da regulação definida pela Lei Complementar nº 123/2006, em especial consubstanciada nos parágrafos acima apontados, os quais estarão refletidos nas cláusulas contratuais de eventuais contratos de investimento celebrados, há que se destacar que, em se tratando de operações que envolvam tecnologia com pretensão objetivo de inovar, verifica-se que a relação econômica é mais complexa do que a Lei Complementar nº 123/2006 pareceu apreender.

Em outras palavras, o sucesso do negócio depende não apenas de capital financeiro, mas também do capital humano que vai conduzir os negócios, ou seja, a operação vai necessariamente envolver uma rede de colaboradores, considerando que, em regra, o diminuto porte das empresas desse tipo não permite a contratação de mão-de-obra especializada para diferentes *expertises*. Portanto, as cláusulas constantes do contrato de investimento-anjo devem ir muito além de cláusulas financeiras ou das cláusulas consideradas obrigatórias pelo regime jurídico acima descrito, devendo incluir uma métrica de metas bem definida.

4. CONTRATO DE INVESTIMENTO-ANJO NA PRÁTICA: DO DUE DILIGENCE AO DESINVESTIMENTO

Em se considerando que a atividade de investimento-anjo é uma atividade privada não regulada pela CVM (Comissão de Mercado Mobiliários), diferentemente do que ocorre com a

captação aberta de recursos, inclusive o *crowdfunding*⁸, alguns cuidados precisam ser reforçados, especialmente no que se refere à prospecção da investida, o *due diligence*⁹ e o desinvestimento.

Antes de ser firmado o instrumento contratual, o investidor-anjo precisa conhecer o objeto de investimento. Por outro lado, a sociedade empresária investida pode precisar proteger as informações que foram organizadas antes da operação. Nesse momento, é recomendável a celebração de um *Non Disclosure Agreement (NDA)*, um *acordo de confidencialidade para proteger as informações sensíveis do futuro negócio*.

Superada a fase de prospecção, investidor e investida assinam um Term Sheet, ou seja, um memorando de entendimentos, prévio ao contrato de investimento-anjo em si, no qual ficam estabelecidas as primeiras condições precedentes ao contrato (aspectos analisados na due diligence, em especial), a estrutura da transação, os direitos do investidor, a cláusula de confidencialidade, especialmente quando não celebrado o Non Disclosure Agreement (NDA), entre outras possibilidades. Aqui já se observa que o instrumento tem potencial de não suprir tão somente a limitação financeira das micro e pequenas empresas, mas também a suprir a insuficiência de recursos humanos especializados, especialmente quando se inserem entre as condições o compromisso de os sócios fundadores e equipe fundadora (normalmente detentores do conhecimento especializado) não se retirarem da sociedade.

Em regra, observa-se a utilização desses acordos em setores de alta tecnologia. Isso porque, em se tratando de inovação, a velocidade das transformações dos mercados, especialmente em setores de alta tecnologia, pode afetar o sucesso de determinada *startup* caso seja necessário recomeçar uma negociação buscando um novo investidor, após o inadimplemento de um eventual memorando de entendimentos. Nesse segmento de mercado, o *timing* é extremamente importante, sob pena de se perder o negócio. No entanto, caso se trate de mero investimento produtivo, tais documentos podem ser despiciendos.

Em seguida, inicia-se a fase do due diligence, a fase em que o investidor de fato vai analisar a saúde da sociedade empresária e o risco do investimento a ser feito, de acordo com os critérios estabelecidos no memorando de entendimentos. Portanto, é recomendável que se analise aspectos contábeis, financeiros, jurídicos, restrições regulatórias ao negócio, registros de propriedades intelectuais relevantes e análise de viabilidade operacional (CROCE et al., 2017). De acordo com Robert Wiltbank e Warren Boeker (2007), os investidores que investiram mais tempo em due diligence obtiveram melhores resultados, em que pese o procedimento de due diligence implicar custos financeiros e de tempo. Neste sentido, como política pública, a Lei Complementar nº 123/2006 deixou de incentivar procedimentos de due diligence, especialmente em setores de alta tecnologia, considerando a assimetria de informações existentes entre investidor e investida em um mercado não regulado.

Registra-se ainda que os parâmetros definidos nessas fases ajudam a demonstrar eventual responsabilização pré-contratual, caso o negócio não se concretize por violação ao princípio da violação da boa-fé e tutela da confiança, nos termos dos artigos 421 ("Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato")

8 A Instrução CVM nº 588/2017 dispõe sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários e emissão de sociedades empresárias de pequeno porte realizada por dispensa de registro por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo, entre outras medidas.

9 Vide o trabalho de Ramalho (2019).

e 422 ("Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"), ambos do Código Civil. Um exemplo que poderia ser hipoteticamente elaborado é, se após a *due diligence*, o investidor descobre que a investida não tem direito de explorar uma patente essencial ao objeto do negócio. Nesse caso, o investidor poderia deixar de celebrar o contrato de investimento sem sofrer qualquer tipo de responsabilização, ainda que pré-contratual.

Em seguida, após o procedimento de *due diligence*, o investidor confirma ou não o valor a ser aportado, considerando a avaliação da sociedade empresária – antes do aporte – e o prognóstico sobre a avaliação futura. É importante ressaltar que, do ponto de vista negocial, na hipótese de haver cláusula de conversão do aporte em participação societária (não obrigatória no regime jurídico da Lei Complementar nº 123/2006), a participação na sociedade empresária titularizada pelo investidor-anjo após conversão, em regra, tem valor intermediário entre a avaliação antes do aporte e o prognóstico da avaliação após o aporte, de modo que haja incentivo financeiro tanto para o investidor quando para a investida. Quanto mais equilibrado for o retorno entre as partes, maiores são as chances de novas rodadas de investimentos.

Em seguida, caso as condições do memorando de entendimentos sejam implementadas, o instrumento do contrato de investimento-anjo em si é celebrado. Trata-se, portanto, de um contrato de investimento-anjo conversível ou não em participação societária, ou seja, um modelo intermediário entre o contrato de mútuo conversível (utilizado predominantemente para sociedades anônimas) e o contrato de compra e venda de participação acionária, de modo a atender as peculiaridades do mercado de inovação, as quais influenciam as novas cláusulas que comporão a nova modalidade de investimento.

Um impacto das peculiaridades do mercado de inovação no contrato de investimento-anjo com vistas a atender a sua função econômica é a necessidade de estabelecimento de um plano de negócios com fixação de metas. Em nenhum dos contratos acima indicados (mútuo e compra e venda), tal característica compõe a estrutura da transação. Ocorre que, em se tratando de inovação, como discutido anteriormente, a incerteza é a sua marca (KLINE et al. 2017). Por isso, quanto melhor detalhadas as etapas a serem desenvolvidas pela investida, mais fácil será a identificação dos eventos que ensejam a aplicação de cláusulas específicas deste tipo de transação, ensejando, assim, a redução da assimetria de informações.

Acrescenta-se ainda que o plano de negócios e as metas fixadas, intrinsecamente relacionados com atividades de inovação, também são importantes como parâmetros para eventual demonstração de culpa por parte dos administradores em hipóteses de insucesso, especialmente nos casos em que não houver ocorrido a valorização da sociedade empresária inicialmente prevista, bem como para a interpretação de eventuais hipóteses de inadimplementos, absolutos ou relativos por qualquer das partes contratantes.

Nesta linha, a Lei Complementar nº 123/2006 peca ao incluir no mesmo regime jurídico objetos completamente distintos: atividades de inovação (que pode incluir ou não investimentos produtivos) e investimentos produtivos (que não necessariamente implicam em inovação), já que investimentos produtivos são somente não são caracterizados pela incerteza própria das atividades de inovação ("Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de

pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa").

No entanto, tal característica pode ter decorrido da necessidade de se estimular o setor considerando a heterogeneidade do mercado de micro e pequenas empresas, uma vez que, nem todas as micro e pequenas empresas se dedicam à atividade inovativa (seja de processo-setores tradicionais-, seja de produto-setores de alta tecnologia). Dessa forma, micro e pequenas empresas que não inovam pegam carona no regime jurídico aqui descrito, para atender finalidades de investimento produtivo. Na verdade, o maior problema é a insuficiência regulatória para o financiamento de atividades inovativas em qualquer grau (produtos ou processos).

Por conseguinte, dado o amplo espectro do objeto contratual (atividades de inovação e investimentos produtivos) incluídos na regulamentação do contrato de investimento-anjo, a Lei Complementar nº 155/2016 não conseguiu detalhar o regime jurídico especificamente relacionado às atividades de inovação, por exemplo, deixando de proteger as partes da assimetria de informações própria desse tipo de atividade. Em outras palavras, outras políticas públicas, que não o contrato de investimento-anjo, poderiam ser utilizadas mais eficazmente para fomentar investimentos produtivos em micro e pequenas empresas e este regime jurídico poderia ter sido mais ousado em termos de regulamentação e incentivo.

Além disso, a Lei Complementar nº 155/2016 previu a possibilidade de o investidor resgatar o seu investimento, após carência de 2 (dois) anos ("*§ 7º O investidor-anjo somente poderá exercer o direito de resgate depois de decorridos, no mínimo, dois anos do aporte de capital, ou prazo superior estabelecido no contrato de participação, e seus haveres serão pagos na forma do art. 1.031 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, não podendo ultrapassar o valor investido devidamente corrigido*"), caso se entenda que os riscos de retorno poderão ser potencializados na hipótese de seus investimentos permanecerem na sociedade empresária, ainda que as metas venham sendo cumpridas. Não se trata aqui de inadimplemento das metas, o qual poderia ensejar o resgate antecipado (teoria do inadimplemento absoluto). No primeiro caso, aplicável a regra do artigo 1.031 do CC/2002, segundo o qual o parâmetro para a resolução é a situação patrimonial da sociedade, levantada em balanço na data da resolução, limitado ao valor investido corrigido¹⁰.

Outra cláusula benéfica ao investidor que não tem a faculdade de intervir na direção dos negócios é a remuneração do aporte, correspondente aos resultados distribuídos ("*§ 6º Ao final de cada período, o investidor-anjo fará jus à remuneração correspondente aos resultados distribuídos, conforme contrato de participação, não superior a 50% (cinquenta por cento) dos lucros da sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte*"). Essa forma de remuneração pode ser vantajosa caso a *startup* seja alavancada em período de tempo inferior ao limite do contrato de investimento previsto em lei, ou seja, sete anos. Caso contrário, o retorno virá apenas na forma do artigo 61-A, §7º, da Lei Complemen-

10 Essa previsão desencoraja o investidor a fazer o resgate, pois, caso quisesse simplesmente o seu dinheiro corrigido, poderia aplicar seus recursos em outras modalidades de investimentos, menos arriscadas. Tal observação fica ainda mais explícita quando se identifica a equivalência de alíquotas de imposto de renda incidentes sobre o rendimento decorrente dos aportes de capital efetuados na forma do artigo 61-A da Lei Complementar nº 123/2006 (art. 5º, da Instrução Normativa RFB nº 1719/2017) e sobre rendimentos e ganhos líquidos auferidos nos mercados financeiros e de capitais (Instrução Normativa RFB nº 1585/2015). Em outras palavras, tributando da mesma forma os dois fatos econômicos, desestimulou-se aquele de maior risco, no caso, a primeira hipótese.

tar nº 123/2006, já comentado. Portanto, imprescindível o *due diligence* para um prognóstico mais acertado.

No entanto, não bastam cláusulas financeiras remuneratórias para garantir o sucesso da operação. Para proteger o investidor, existem outras cláusulas que podem ser incorporadas ao contrato. As cláusulas de preferência e *tag along*¹¹, por exemplo, foram estabelecidas como obrigatórias neste tipo de transação negocial, ambas estabelecidas no art. 61-C, da Lei Complementar nº 123/2006 ("Art. 61-C. Caso os sócios decidam pela venda da empresa, o investidor-anjo terá direito de preferência na aquisição, bem como direito de venda conjunta da titularidade do aporte de capital, nos mesmos termos e condições que forem ofertados aos sócios regulares"). Apesar da obrigatoriedade dessas no regime jurídico da Lei Complementar nº 123/2006 é possível que, a depender do negócio, tais cláusulas não sejam interessantes.

Por outro lado, seja mais adequado que se incluam outras cláusulas não nominadas na regulamentação do regime jurídico do contrato de investimento-anjo, tais como: *no shop clause*¹², *full ratchet clause*¹³, *lockup clause*¹⁴, cláusula de conversão do aporte em participação societária, cláusula de vedação de transferência a terceiros de tecnologia de propriedade intelectual relevante para o negócio, entre outras, a depender da estrutura da transação e do mercado relevante utilizado.

Portanto, a depender da dinâmica do setor a ser investido, imprescindível que se complemente o contrato de investimento-anjo para além do regime jurídico da Lei Complementar nº 123/2006 e que se estabeleça um *due diligence* eficiente, pois dele dependerá as chances de retorno e a estruturação jurídica da transação.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar o regime jurídico estabelecido pela Lei Complementar nº 155/2016 sobre o investimento-anjo, no contexto das políticas públicas de fomento à inovação voltadas para as micro e pequenas empresas. Deste modo, o caminho percorrido inicialmente foi analisar a evolução regulatória dos mecanismos de fomento no Brasil, bem como das peculiaridades das micro e pequenas empresas.

Assim, aferiu-se como a Lei Complementar nº 155/2016 colaborou com a superação da insuficiência do capital financeiro e do capital humano característicos das micro e pequenas empresas, considerando a insuficiência do capital financeiro e do capital humano das micro e pequenas empresas, principais dificuldades por elas enfrentadas (SEBRAE, 2018) e a importância da inovação para o desenvolvimento econômico de um país (DAHLSTRAND et al, 2010).

11 Cláusula tradicionalmente atribuída à proteção de sócios minoritários, aos quais são garantidas as mesmas condições oferecidas aos sócios majoritários, na hipótese de alienação de participação acionária. No caso, a cláusula foi adaptada para proteger o investidor-anjo.

12 Cláusula que veda o potencial investidor de ter participações em sociedades concorrentes.

13 Cláusula que estabelece algum tipo de contrapartida contra decisões que prejudiquem sócios minoritários.

14 Cláusula que impede o empreendedor e/ou a equipe fundadora de sair da sociedade empresária, enquanto houver espaço para o investidor crescer.

Dessa forma, identificaram-se algumas insuficiências nesta iniciativa de fomento, Lei Complementar nº 155/2016, dispensando-se, por exemplo, o regime jurídico do investimento-anjo estabelecido pela Lei Complementar nº 155/2016 e optando pelo regime de mútuo conversível em participação societária, já que a remuneração ao investidor pode ser baixa (artigo 61-A, §7º, da Lei Complementar nº 123/2006), se, por exemplo, o tempo de incorporação da tecnologia no mercado for superior ao prazo de 7 anos (artigo 61-A, §6º, da Lei Complementar nº 123/2006).

A Lei Complementar nº 155/2016 deixou ainda de estimular o procedimento de *due diligence*, essencial para a lucratividade do investimento realizado, bem como para o estímulo às novas rodadas de investimento. Além disso, a Lei Complementar nº 155/2016 poderia também ter pelo menos indicado possíveis cláusulas empresariais próprias da literatura estrangeira adaptáveis aos contratos de investimento, o que teria o condão inclusive de favorecer a correta interpretação dos tribunais em hipóteses de judicialização da relação contratual.

Além disso, o regime jurídico do contrato de investimento estabelecido pela Lei Complementar nº 155/2016 focou em estabelecer cláusulas financeiras para resolver o problema de crédito das micro e pequenas empresas, perdendo a oportunidade de resolver mais assertivamente o problema da insuficiência de capital humano característico de micro e pequenas empresas, deixando, por exemplo, de tornar obrigatório o compromisso de os sócios e equipes fundadoras não saírem da sociedade enquanto não realizado o resgate.

Portanto, o regime jurídico do contrato de investimento-anjo instituído poderia ter mitigado mais incisivamente o problema da insuficiência do capital financeiro e do capital humano característicos das micro e pequenas empresas para privilegiar a questão creditícia, especialmente dando mais segurança ao investidor-anjo quando do retorno dos seus investimentos por meio de um tratamento tributário mais adequado quanto à blindagem da responsabilidade trabalhista e fiscal dos investidores quando, por exemplo, o regime jurídico dos contratos não se adequam às circunstâncias negociais em concreto (prazo previamente fixados, por exemplo).

REFERÊNCIAS

ANJOS DO BRASIL. *Guia de Investimento Anjo & Documentos Legais: Modelo de Memorando de Entendimentos (Term Sheet)*. Disponível em: <http://www.anjosdobrasil.net/>. Acesso em 10 de nov. de 2018.

AUDRETSCH, David B. *From the entrepreneurial university to the university for the entrepreneurial society*. The Journal of Technology Transfer, v. 39, n. 3, p. 313-321, 2014.

BRASIL. Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984. Estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7256.htm. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9317impressao.htm. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999. Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9841impressao.htm. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 de nov. 2018.

_____. Lei nº 10.973/2004, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L10.973.htm. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2011. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp128.htm. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp147.htm. Acesso em: 15 de out. 2018.

_____. Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp155.htm#art1. Acesso em : 15 de out. 2018.

_____. Lei Complementar nº 167, de 4 de abril de 2019. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para regulamentar a ESC e instituir o Inova Simples. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp167.htm. Acesso em: 02 de jun. 2019.

_____. MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS. *Crescem exportações de micro e pequenas empresas*. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/index.php/noticias/2760-crescem-exportacoes-de-micro-e-pequenas-empresas>. Acesso em: 25 de nov. 2018.

_____. Decreto nº 9.283, de 7 de fevereiro de 2018. Regulamenta a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, o art. 24, § 3º, e o art. 32, § 7º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o art. 1º da Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, e o art. 2º, caput, inciso I, alínea "g", da Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e altera o Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, para estabelecer medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9283.htm. Acesso em: 15 de out. 2018.

CAVALIERI, Sergio Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CROCE, Annalisa; TENCA, Francesca; UGHETTO, Elisa. How business angel groups work: Rejection criteria in investment evaluation. *International Small Business Journal*, v. 35, n. 4, p. 405-426, 2017.

DAHLSTRAND, Asa Lindholm; STEVENSON, Lois. Innovative entrepreneurship policy: linking innovation and entrepreneurship in a European context. *Annals of Innovation & Entrepreneurship*, v. 1, n. 1, p. 5602, 2010.

- FINEP. *Finep Startup*. Disponível em: <http://www.finep.gov.br/finepstartup>. Acesso em: 04 de nov. de 2018.
- GALAN, Alexandra Maria. Research and Development: base of the companies progress in knowledge society. *Ecoforum Journal*, v. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <http://ecoforumjournal.ro/index.php/eco/article/view/404>. Acesso em: 25 de mar. de 2018.
- GILBERT, Brett Anitra; AUDRETSCH, David B.; MCDUGALL, Patricia P. The emergence of entrepreneurship policy. *Small Business Economics*, v. 22, n. 3-4, p. 313-323, 2004.
- GRILLI, Luca. There must be an angel? Local financial markets, business angels and the financing of innovative start-ups. *Regional Studies*, v. 53, n. 5, p. 620-629, 2019.
- GUPTA, Anil K.; SAPIENZA, Harry J. Determinants of venture capital firms' preferences regarding the industry diversity and geographic scope of their investments. *Journal of business Venturing*, v. 7, n. 5, p. 347-362, 1992.
- HARRYSON, Sigvald J. Entrepreneurship through relationships—navigating from creativity to commercialisation. *R&d Management*, v. 38, n. 3, p. 290-310, 2008.
- KLINE, Stephen; ROSENBERG, Nathan. An Overview of innovation, in: LANDAU, Ralph; ROSENBERG, Nathan. *The Positive Sum Strategy: Harnessing Technology for Economic Growth*. National Academy of Sciences, Washington, DC, 1986, p. 275-306. Disponível em: [ftp://ftp.ige.unicamp.br/pub/CT010/aula%202/KlineRosenberg\(1986\).pdf](ftp://ftp.ige.unicamp.br/pub/CT010/aula%202/KlineRosenberg(1986).pdf). Acesso em: 24 jun. 2017.
- MARTINS, Fran; ABRÃO, Carlos Henrique. *Curso de Direito Comercial. 40 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.*
- MAZZUCATO, Mariana. *O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.
- NOGUEIRA, Mauro Oddo. *O Panorama das políticas federais brasileiras voltadas para as empresas de pequeno porte*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016 (Texto para Discussão, nº 2217).
- ORTEGA-ARGILÉS, Raquel; VIVARELLI, Marco; VOIGT, Peter. R&D in SMEs: a paradox?. *Small Business Economics*, v. 33, n. 1, p. 3-11, 2009.
- RAMALHO, Amanda Maia. Governança Corporativa em Startups. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 5, n. 2, p. 74-91, 2019.
- RAMALHO, Caio; FURTADO, Cláudio Vilar; LARA, Rodrigo. *A indústria de private equity e venture capital: 2º censo brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.
- RIDING, Allan L. Business angels and love money investors: segments of the informal market for risk capital. *Venture Capital*, v. 10, n. 4, p. 355-369, 2008.
- SEBRAE. *Pequenos negócios em números*. Disponível em: <http://ecoforumjournal.ro/index.php/eco/article/view/404>. Acesso em: 28 de out. de 2018.
- SILVA, Lucas Caminha de Lima e Silva. *Inovação, Capital e Seed Gap: Quem São Os Investidores Anjos de acordo com o Mercado e com a Lei Complementar nº 155? 2017. 60 f. Monografia. Prêmio CFA Society Brazil de Inovação Financeira, São Paulo, 2017.*
- WANG, Wanxin et al. The evolution of equity crowdfunding: Insights from co-investments of angels and the crowd. *Research Policy*, v. 48, n. 8, p. 103727, 2019.
- WILTBANK, Robert; BOEKER, Warren. *Returns to angel investors in Groups. 2007. Disponível em: http://www.baylor.edu/business/finance/doc.php/229628.pdf*. Acesso em: 10 de nov. de 2018.
- ZUCOLOTO, Garziela Ferrero; NOGUEIRA, Mauro Oddo. *A Dinâmica Inovativa das Empresas de Pequeno Porte no Brasil*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016 (Texto para Discussão, nº 2255).

Recebido/Received: 02.06.2019.

Aprovado/Approved: 12.06.2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E BRASIL: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO SOBRE AS IMBRICAÇÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

UNITED STATES OF AMERICA AND BRAZIL:
A STUDY OF COMPARATIVE LAW ON IMBRICATIONS
IN THE JUDICIAL REVIEW

ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI¹
AMANDA VIEGA SPALLER²

RESUMO

Primeiramente o estudo realiza um breve apanhado histórico da evolução dos precedentes judiciais nos Estados Unidos através do caso *Marbury v. Madison* e a importância deste caso no direito constitucional americano. Na sequência na doutrina que defende os precedentes no Brasil e seus argumentos e fundamentos para sua aplicação em âmbito interno. Desta forma, o objetivo principal do estudo é explicar as consequências que a aplicação dos precedentes judiciais pode acarretar ao Estado brasileiro se realizada da forma que está ocorrendo, ou seja, sem critérios de interpretação e sem fundamentados para sua efetiva aplicação, que pode ser prejudicial não apenas ao sistema jurídico, mas à sociedade como um todo. Logo, resta cristalina a importante utilização da interpretação fundamentada que deve ser utilizada pelos tribunais brasileiros e não simplesmente uma composição de presunções não sistemáticas do Poder Judiciário, como vem ocorrendo no cenário brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. Direito Comparado. Estados Unidos da América e Brasil. Ciência da Interpretação.

ABSTRACT

*First, the study gives a brief historical account of the evolution of judicial precedents in the United States through the *Marbury v. Madison* and the importance of this case in American constitutional law. Following on the doctrine that defends the precedents in Brazil and its arguments and grounds for its application in the*

- 1 Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular do Curso de Mestrado em Direito da UNINTER (Curitiba-PR). alexandrecoutinhopagliarini@gmail.com.
- 2 Mestranda em Direito na área de Poder, Estado e Jurisdição pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) com bolsa integral concedida pelo Programa de Pós-Graduação (PPGD), sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Coutinho Pagliarini. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Academia de Direito Constitucional (ABDConst). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Dom Bosco (UniDomBosco). Graduada em English as Second Language pela Westchester Community College – State University of New York. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/2585671968714294>. amandaspaller@hotmail.com.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. SPALLER, Amanda Viega. *Estados Unidos da América e Brasil: um estudo de direito comparado sobre as imbricações no controle de constitucionalidade*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 242-260, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7765>.

internal scope. In this way, the main objective of the study is to explain the consequences that the application of judicial precedents can bring to the Brazilian State if it is carried out in the way that is occurring, that is, without interpretation criteria and without grounds for its effective application, which can be harmful not only to the legal system, but to society as a whole. Therefore, the important use of the reasoned interpretation that must be used by Brazilian courts and not simply a composition of non-systematic presumptions of the Judiciary Power, as has been occurring in the Brazilian scenario, remains crystal clear.

KEYWORDS: Judicial Review. Comparative Law. United States of America and Brazil. Science of Interpretation.

1 INTRODUÇÃO

Quando se adentra no vasto território da busca da aplicação de precedentes no Brasil, há muito a ser analisado, desde as raízes do sistema *Common Law* até a forma das decisões proferidas pelos tribunais brasileiros.

Primeiro, deixe-se claro que o Brasil traz as suas tradições jurídicas do sistema que nos foi passado desde Roma, Portugal, França e Alemanha: o Brasil é e sempre foi *Civil Law*. Todavia, com as novidades trazidas no sistema brasileiro por conta do controle concentrado de constitucionalidade, bem como levando-se em consideração a repercussão geral, tais possibilidades propiciam ao Brasil uma atuação judicial parecida com a do *Common Law*. O problema é que ainda continuamos um país que carrega em seu dia-a-dia jurídico a tradição do *Civil Law*, e as possibilidades de uso de precedentes no Brasil hodierno são mais do que frustrantes, se não desastrosas.

O que se pretende mostrar aqui é como as decisões tomadas pelos tribunais brasileiros vão de contramão com o sistema *Common Law*. Não há fundamentações concisas, estudadas e argumentadas como é feito no *Common Law* e na doutrina do *stare decisis*. Claro que não se pode concordar que nos países que adotam tal sistema, as decisões não apresentem controvérsias e não sejam passíveis de modificação. Porém, a partir de tais decisões é que se constrói o catálogo de precedentes, e por isso mister se faz realizar uma análise interpretativa e sistemática de cada caso em concreto.

O primeiro capítulo deste artigo científico versa sobre o desenvolvimento do *Common Law* nos Estados Unidos e como se deu a concretização dos precedentes através do caso *Marbury v. Madison* e da doutrina *stare decisis*.

No segundo capítulo, o objetivo é mostrar a doutrina brasileira defensora dos precedentes nos Brasil, e quais os benefícios que a aplicação dos precedentes pode trazer ao ordenamento jurídico interno. Contudo, em contrapartida é realizada uma análise através de uma leitura de Lenio Streck da forma que as decisões nos tribunais são concretizadas. Através da hermenêutica, este autor critica a forma de interpretação que juízes no Estado brasileiro decidem os casos que analisam. Ou seja, o Brasil encontra-se no caminho contrário ao sistema *Common Law* da forma como as decisões judiciais têm sido prolatadas.

Por outro lado, é demonstrado também que com o advento do novo Código de Processo Civil, passa-se a ter o que comemorar, pois restringe-se de alguma forma a discricionarie-

dade de atuação do judiciário, fazendo com que a utilização do princípio do livre convencimento seja diminuída, ou até mesmo extinta dos tribunais.

De forma ampla, o presente estudo não tem por fim medir se um sistema é melhor que o outro ou que os precedentes judiciais são algo que causa danos ao direito. O que há de se considerar aqui é a interpretação a ser realizada e os seus limites, já se concluindo, de antemão, que o limite é a Constituição.

2 O EVOLVER DOS PRECEDENTES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Como se sabe o sistema de precedentes é uma teoria prevista no *Common Law*, sistema esse que não é adotado no Brasil. Os Estados Unidos são um dos países que adotou o sistema *Common Law* ou ainda conhecido como anglo-saxão, raízes trazidas pelo direito inglês, visto que os Estados Unidos foram colonizados pelos ingleses. Logo, os precedentes possuem força vinculativa em seu ordenamento jurídico. Comparado ao sistema de precedentes da Inglaterra, o número de precedentes nos Estados Unidos é bem maior, independente da matéria.

Interessante analisar que diferente da Inglaterra, o *Common Law* nos Estados Unidos apresenta características próprias, não somente em se tratando de poder judiciário, mas sim em várias esferas organizacionais. O pluralismo organizacional é uma dessas peculiaridades do Estado americano.

O direito constitucional nos Estados Unidos não se iniciou de forma muito pacífica. Por volta do século XVII os Estados Unidos começaram a ser colonizados por ingleses que migravam para o local por diversos motivos. As colônias implantadas no novo continente eram fiéis às colônias inglesas e o governador era designado por Londres.

Em meados do ano de 1760, com a ocorrência do *Stamp Act*, episódio que a Coroa britânica implantou impostos em selos, jornais e demais documentos com o objetivo que suas colônias contribuíssem com sua própria defesa, apenas agravou a situação que já não se encontrava em total controle, houve grande desobediência, pois, as colônias britânicas questionavam a sua não participação nas decisões do Parlamento inglês.

Entre os anos de 1775-1788 as colônias estavam em guerra, decidindo por suas próprias independências e que conseqüentemente gerariam a revolução americana. Então, foi a partir de tal ato que houve o grande marco da independência americana, como explana Barroso (2013, p. 38):

Ali deliberou-se a constituição de um exército organizado, cujo comando foi entregue a George Washington; as ex-colônias foram estimuladas a adotar constituições escritas; e designou-se uma comissão para elaborar a Declaração de Independência, cujo principal relator foi Thomas Jefferson. Assinada em 4 de julho de 1776 pelos membros do Congresso, esse documento é considerado um marco na história das ideias políticas, passando a simbolizar a independência das treze colônias americanas, ainda como Estados distintos.

Conforme o avanço dos anos, ainda havia dificuldades em ratificação pelos Estados o novo modelo constitucional. Porém, a Constituição não possuía uma declaração de direitos, que só foi introduzida em 1791, com as primeiras dez emendas, conhecidas como *Bill of Rights*. O *Bill of Rights* trouxe direitos variados que consagravam a liberdade de religião, expressão, o direito de reuniões e direitos relacionados ao devido processo legal e as condições para um julgamento justo.

A Constituição americana, comparada a Constituição do Brasil de 1988, sofreu poucas emendas e vigora a mesma até os dias atuais. A Suprema Corte americana é detentora de um papel fundamental ao constitucionalismo nos Estados Unidos através de suas interpretações.

As decisões advindas das interpretações da Corte não foram consolidadas rapidamente, tampouco suas decisões foram sempre de caráter beneficente em âmbito nacional e até mesmo em âmbito internacional. Os precedentes, característica principal do sistema *Common Law*, nem sempre pode se considerar que foi e ainda é aplicado nos Estados Unidos de maneira que não mereça críticas. Porém, conforme mencionado, é uma característica principal do sistema *Common Law*, ou seja, é a forma que o direito constitucional apresenta sua possível eficácia nos Estados Unidos.

2.1 A DOCTRINA STARE DECISIS E O DESENVOLVIMENTO DOS PRECEDENTES

A doutrina *stare decisis* significa dizer que as decisões das cortes superiores passam a ter caráter vinculante para todos os órgãos inferiores de uma jurisdição. O instituto *stare decisis* possui um importante e complexo papel na construção dos precedentes no Estado americano e não está previsto de forma expressa na Constituição dos Estados Unidos, trata-se de algo oriundo do *Common Law*.

Contudo, importante mencionar que tal doutrina não é sinônima dos precedentes e ambas não podem ser confundidas, conforme análise de Streck (2014, p. 40);

Nesta perspectiva, não se pode perder de vista que o *stare decisis* é mais do que a aplicação de regra de solução análoga para casos iguais, pois essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo que por séculos se estruturou naquelas comunidades.

E complementa citando que (STRECK; 2014, P.40):

(...) a doutrina *stare decisis*, em sua acepção técnica, surgiu apenas mais tarde, mediante uma sistematização das decisões, que distinguia a elaboração/construção (*holding*) e do caso que consistiria no precedente e seria vinculante para casos futuros, e o *dictum*, que consistia na argumentação utilizada pela corte, dispensáveis à decisão e, desse modo, não eram vinculantes.

Desta forma, o que se considera de acordo com o autor acima é que a doutrina de precedentes e a doutrina *stare decisis* não podem de forma alguma serem confundidas, visto que esta veio muito tempo depois daquela, e a primeira, a de precedentes, se estruturou no final do século XVII.

Com o *stare decisis* as decisões da Suprema Corte Americana passam a surtir efeito vinculante, e nesses casos os juizes estão vinculados as decisões do passado, como cita Appio (2009, p.57): "um juiz pode até discordar da correção da decisão anterior, firmada no precedente e, ainda assim, terá de aderir ao que já foi decidido no passado. Nos casos de vinculação vertical, a adesão é irrestrita e obrigatória.". Nos casos de vinculação horizontal Appio (2009, p.57) explica que: "os juizes estão vinculados aos precedentes de seus antecessores e somente podem deixar de aplicar estes precedentes caso optem por revogá-los de forma expressa (*overruling*).".

No sistema do *stare decisis*, é possível os casos de *overruling*, ou seja, revogação de um precedente. Para que o *overruling* seja aplicado se faz necessária a observância de critérios pertinentes para a revogação do precedente.

Novamente nas palavras de Appio (2009, p.60):

Importante que se agregue a informação de que o *overruling* não pode ser invocado por uma Corte ou juízo inferior com a finalidade de revogar uma decisão de uma Corte Superior e que os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos – porque órgão máximo do Judiciário norte-americano – somente podem ser revogados pela própria Suprema Corte (ou pelo Congresso).

Então, percebe-se a importância da análise do caso e a fundamentação tanto para a construção, quanto para a desconstrução de um precedente judicial.

2.2 CASO MARBURY V. MADISON COMO CONCRETIZAÇÃO DOS PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS NOS ESTADOS UNIDOS

No Estado americano, havia a experiência com os precedentes, mas não em esfera de direito constitucional. A aplicação de precedentes constitucionais nos Estados Unidos não se solidificou junto com a chegada do sistema *Common Law* americano, pois para que uma doutrina de precedentes se consolidasse, era necessário haver prévias decisões. O *stare decisis* também custou para se consolidar, principalmente relacionado às decisões constitucionais, como analisa Sarlet (2012, p. 884-885):

É certo que a doutrina americana demorou para individualizar os precedentes constitucionais – isto é, os precedentes que tratam de questões constitucionais – diante dos precedentes da *Common Law* e de interpretação legal. É provável que isso tenha ocorrido em virtude de a jurisdição constitucional representar algo absolutamente novo para os juristas das origens do sistema judicial americano. Havia experiência com os precedentes do *Common Law*, mas não com os precedentes constitucionais. A doutrina precisou de tempo – quase um século – para desenvolver uma teoria capaz de esclarecer as relações entre as diferentes espécies de precedentes.

O direito constitucional nos Estados Unidos se concretiza com o famoso caso *Marbury v. Madison*, e em que pese não haver a previsão do controle de constitucionalidade no Estado americano, foi com este caso que o controle de constitucionalidade americano surge e logo em consequência, consolida-se o primeiro precedente.

O caso *Marbury v. Madison* é um grande marco no direito constitucional dos Estados Unidos e sempre será importante descrevê-lo quando adentra a extensa senda de precedentes, principalmente quando se trata de controle de constitucionalidade. O Brasil também passou a fazer uso de tal instituto quando se aborda as normas que não se apresentam em consonância com a Constituição Federal de 1988.

A decisão através da interpretação da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, é uma decisão que não deve ser analisada de forma isolada, visto a sua importância para todas as esferas institucionais americanas. No ano de 1801, John Adam, o presidente do país na época, estava chegando ao fim de seu mandato e indicou alguns juízes que eram aliados ao seu partido para ocupar cargos disponíveis no judiciário federal, e dentre os indicados encontrava-se Willian Marbury.

Ocorreu que não houve tempo hábil para Marbury iniciar no novo cargo, pois Thomas Jefferson que era em tese contra John Adams politicamente, tomou posse como presidente, nomeando James Madison como Secretário de Estado. Madison quando analisou a situação das nomeações realizadas por Adam, percebeu que a maioria dos juízes não tinham recebido a carta de nomeação e por tal fato resolveu cancelar o ato do ex-presidente pois o ato não estaria completo.

Marbury não conformado com a decisão de Madison, protocolou um pedido na Suprema Corte, *writ of mandamus*, previsto no *Judiciary Act*, para que as nomeações do ex-presidente fossem mantidas pelo novo presidente, pois acreditava que havia um direito potestativo de se tornar um magistrado. O Executivo foi citado para que apresentasse defesa, porém nada fez.

John Marshall que já havia sido Secretário de Estado no governo de Adam, e neste momento ocupava o cargo de presidente da Suprema Corte, se viu em uma situação completamente difícil de se resolver. Se ordenasse que Jefferson empossasse Marbury, não teria como implementar o comando; a Suprema Corte seria desmoralizada. Se desse razão a Jefferson, sem que ele tivesse se defendido, pareceria temeroso, fraco; a Suprema Corte sairia da contenda desmoralizada também. (GODOY; 2004, p.65).

Foi então que em 1803 Marshall com sua grande habilidade reconheceu que Marbury tinha direito a nomeação da magistratura vez que tratava de preencher interesse público. Contudo, ainda fundamentou sua decisão de que o dispositivo que Marbury utilizou para fundamentar seu pedido, tratava se de dispositivo inconstitucional, ou seja, era nulo, portanto, a Suprema Corte não tinha legitimidade para apreciar o pedido de Marbury.

Deste modo, podemos analisar na explanação de Maciel (2006, p.40):

(...) muito embora não se pudesse extrair do dispositivo em questão, de modo inquestionável, a competência originária da Corte para julgamento do *writ* aforado por Marbury e outros, Marshall, de modo subreptício e altamente engenhoso, disse que a seção 13 da Lei Orgânica atribuía inconstitucionalmente competência à Suprema Corte para julgar o *writ*.

Na interpretação de Marbury, o *Judiciary Act* não se encontrava de acordo com a Constituição, e como Marshall entendia pela hierarquia das normas constitucionais, as normas infralegais que não estivessem em consonância com a Constituição não teriam validade, logo, declarou o artigo do *Judiciary Act* que Marbury utilizou, como inconstitucional, reali-

zando pela primeira vez o controle de constitucionalidade e o primeiro precedente nos Estados Unidos. Assim, diante de tal decisão não entrou em conflito com o então atual presidente Thomas Jefferson, não deixou de dar razão a Marbury e ainda poupou a Suprema Corte de proferir decisão que pudesse prejudicar e vexar a si própria.

Analisando a perspectiva de precedentes a partir do caso citado, percebe-se que em que pese os Estados Unidos serem regidos pelo sistema *Common Law*, a lei posta não é deixada de lado, pois o juiz Marshall interpretou e decidiu optando pela hierarquia constitucional, ou seja, pela prevalência da Lei Maior, mesmo que esta não dispusera de controle de constitucionalidade. Assim, pode-se entender de acordo com Farnsworth (1963, p.72) que: “os Estados Unidos possuem seu sistema próprio de legislação, porém os juízes encontram-se nos tribunais não para modificar os estatutos, ou seja, a legislação, mas sim para decidir conforme a lei existente através da interpretação.”.

Veja-se de forma mais detalhada:

Embora a interpretação dos estatutos suscite algumas questões peculiares ao sistema jurídico americano, muitos dos fundamentais são familiares ao sistema legal. De início, é axiomático que, entre a corte e a legislatura, o comando da legislatura seja supremo, exceto, com certeza, no ponto de validade dos próprios estatutos. A jurisprudência pode ser e muitas vezes é alterada por lei, mas, pelo menos em princípio, os estatutos não podem ser alterados por decisão judicial. A função do tribunal é lidar com a legislação e a da interpretação. Quanto a natureza e limites dessa função, no entanto, não há acordo universal. (tradução livre).³

Assim, com a consolidação dos precedentes constitucionais no Estado americano a partir do importante caso *Marbury v. Madison* entende-se que os tribunais devem interpretar e aplicar a legislação existente.

É evidente que todo o sistema de precedentes nos Estados Unidos possui lados distintos. Por um lado, encontram-se os juízes que podem ser considerados ativistas, os quais via de regra seguem as ideologias do Partido Democrata, sendo o mais ativista o juiz Earl Warren, porém este, indicado pelo presidente da época que pertencia ao Partido Republicano. Nesta fase, entende-se que a Suprema Corte proferiu decisões digamos que progressistas na história dos Estados Unidos.

Já por outro lado existe os juízes considerados como textualistas, originalistas, que entendem que as interpretações devem ser realizadas de forma literal com o texto da Constituição. Após a morte de William Rehnquist, o atual presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos é John Roberts, que foi indicado pelo presidente George W. Bush no ano de 2005. Roberts é republicano e possui uma tendência bastante conservadora.

Na fase de conservadorismo que atualmente se vive a Suprema Corte dos Estados Unidos, aos poucos as decisões alcançadas pela forma de pensar da Corte estabelecida anteriormente, a conhecida como Corte de Warren, vai se transformando cada vez mais conservadora.

³ Although the interpretation of statutes raises some questions which are peculiar to the American legal system, many of the fundamental are familiar to the most legal system. To begin with, it is axiomatic that as between the court and the legislature, the command of the legislature is supreme except, to be sure, on the point of validity of the statutes itself. Case law can be and often is altered by statute but, at least in principle, statutes cannot be altered by court decision. The court's function in dealing with the legislation is that of interpretation. As to the nature and limits of this function, however, there is no universal agreement.

Apenas a título de demonstração de como a Corte Americana está em consoante mudança, em 1989 com Rehnquist na presidência, com o caso *Webster v. Reproductive Health Service*, houve grande restrição para as práticas do aborto.

Alguns anos antes de Robert assumir a presidência da Corte em 2005, ele escreveu um documento solicitando que a decisão tomada em 1973 em que foi decidido a legalidade do aborto, o caso descrito sucintamente acima, fosse revogada. Porém, sem sucesso. É certo que há divergências entre os estados americanos, mas em geral os Estados Unidos não criminalizam o ato.

Em que pese ser um sistema jurídico oriundo do Estado americano e uma “herança” do sistema *Common Law* Inglês, o que se percebe sem dúvidas é o ativismo judicial no momento de interpretação da Carta Magna americana que encontra-se em vigor desde 1789. É óbvio que em todos os anos de atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, houve muitas mudanças positivas para o próprio Estado e conseqüentemente para o Brasil, visto que em grande parte o modelo judicial brasileiro é pautado no modelo americano. Contudo, é de mais relevância ainda analisar tais decisões e perceber até que ponto pode se chegar com interpretações e opiniões judiciais em casos concretos. Ou seja, há uma linha muito tênue entre decisões e opiniões e uma não deve ser confundida com a outra.

3 DOCTRINAS SOBRE OS PRECEDENTES NO BRASIL

Como se bem sabe, o Brasil adota o sistema *Civil Law* em âmbito jurídico, conhecido também como romano-germânico. O *Civil Law* possui suas origens na antiga Roma. Assim como o *Common Law* dos Estados Unidos se dispersou um pouco da sua origem inglesa, o *Civil Law* também apresenta algumas distinções de suas raízes romanas.

Diferente do *Common Law*, no *Civil Law* as leis são a principal fonte para resolução de conflitos e garantias de direitos fundamentais, estão assentadas em formas de códigos advindos do Poder Legislativo, contudo, necessitam estar em consonância com a Constituição Federal. Ainda, as leis do sistema romano-germânico, utilizadas em determinado caso concreto, não visam ser utilizadas exatamente as mesmas para a resolução de casos futuros, visto que em um sistema que a lei é predominante, não existe apenas uma correta para aplicar ao caso a ser julgado.

A ideia brasileira de controle de constitucionalidade tem matriz baiana, no pensamento de Ruy Barbosa. De fato, nos comentários à Constituição republicana de 1891, um dos seus artífices, o sempre lembrado Ruy Barbosa (1929, p. 87), ensina, sobre o controle de constitucionalidade que:

A justiça tem de conhecer-lhes da existência, para conhecer da existência da lei. Mas não exerce, a tal respeito, a menor função discrecional. A Constituição traçou nos arts. 36 e 40 as regras de elaboração legislativa imposta aos tres factores, de cuja cooperação depende a formação legitima das leis. Si algumas dessas regras for materialmente conculcada, ou postergada, e dessa infracção flagrante se conservar a prova authentica nos proprios actos do Congresso ou do governo, destinados a attestar a deliberação, a sancção, a promulgação, lei não ha; porque a sua elaboração não se

consumou. Os tribunais, portanto, não podem aplicá-la. Em uma palavra, toda contravenção material de formas constitucionais, autenticamente provada, no processo de elaboração legislativa, vicia e nulifica o ato do legislador. Não assim a simples violação de formas regimentais.

A doutrina brasileira defensora dos precedentes alega que há uma grande aproximação do sistema *Common Law* e romano-germânico, principalmente após a vigência do novo Código de Processo Civil. Marinoni (2013, p.22), defende a aproximação dos dois sistemas e cita que existe "(...) a necessidade de se render respeito aos precedentes no direito brasileiro.". Ainda, o autor explica (2013, p.22):

Não obstante as transformações que se operaram no *Civil Law*-inclusive nas concepções de direito e de jurisdição, marcadamente em virtude do impacto do constitucionalismo-e as especificidades do sistema brasileiro-que se submete ao controle difuso da constitucionalidade da lei-, há notória resistência, para não se dizer indiferença, a institutos do *common law* de grande importância ao aperfeiçoamento do nosso direito, como é o caso do respeito aos precedentes.

Para Wambier (1997, p.80), que também é defensora da doutrina dos precedentes explica que: "Trata-se de uma conquista dos povos civilizados, que gera segurança, previsibilidade e se constitui numa defesa do sistema contra a arbitrariedade."

Ambos os autores acreditam que os tribunais decidindo iguais a partir de um determinado caso concreto e com força obrigatória, as decisões proferidas terão um caráter mais isonômico, garantido o direito das partes de forma mais concisa. Ou seja, acreditam que os precedentes judiciais trazem segurança para o sistema jurídico e que quando o sistema *Civil Law* é aplicado não há a garantia de igualdade para todos os indivíduos de um Estado de Direito.

3.1 BREVE ANÁLISE DA TEORIA DOS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O novo Código de Processo Civil, não trouxe a regulamentação dos precedentes no Estado brasileiro, porém em vários de seus artigos o tema é mencionado. Há muitos anos os Tribunais Superiores estão de alguma forma tentando introduzir a prática dos precedentes, antes mesmo até da emenda constitucional nº 45 de 2004 em que regulamentou o instituto das súmulas vinculantes editadas apenas pelo Supremo Tribunal Federal.

No novo CPC de 2015, BARROSO e MELLO (s/a, p.11-12) citam:

Nele se instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau. Nessa linha, o art. 927 do novo Código definiu, como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: (i) as súmulas vinculantes, (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (iii) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (iv) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (v) em incidente de assunção de competência, (vi) os enunciados

da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e (vii) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau.

Nos institutos mostrados acima, dois deles não eram previstos anteriormente, sendo estes os incidentes de resolução de demanda repetitiva e de assunção de competência.

A teoria dos precedentes vem ganhando corpo não somente em âmbito constitucional, mas também em âmbito processual com o advento do NCPC. Ataíde Jr. (2012, p. 363) cita que a prática dos precedentes "(...) se volta a solucionar com maior segurança jurídica, celeridade e isonomia as demandas de massa, as causas repetitivas, ou melhor, as causas cuja relevância ultrapassa os interesses subjetivos das partes".

Analisando o art. 927 do NCPC já citado acima por Barroso, no que tange os incidentes de resolução de demanda repetitiva, foi uma das maiores novidades trazidas no novo CPC. Conforme explana BARROZO e MELLO (s/a, p. 12): "O incidente de resolução de demanda repetitiva corresponde a um procedimento especial para julgamento de caso repetitivo que pode ser instaurado em segundo grau de jurisdição.". Ou seja, em análise aos artigos 976 a 987 do CPC/2015, a finalidade do instituto é para que quando instaurada uma determinada jurisprudência sobre determinada questão é viável que os tribunais de segunda instância decidam todos os casos seguintes, via de regra, de forma igual.

Com relação ao segundo ponto importante acima citado, trazido pelo artigo 927 do CPC, o incidente de assunção de competência, BARROZO E MELLO (s/a, p. 12) explicam que: "O incidente de assunção de competência possibilita que o julgamento de relevante questão de direito, com grande repercussão social, que não se repita em diferentes processos, seja apreciado por órgão específico, indicado pelo regimento interno do tribunal. ". O instituto disposto no artigo 947 do CPC/2015 prevê vários requisitos para sua admissibilidade, porém o que mais é relevante na presente pesquisa é o que cita o § 3º - "O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgão fracionados, exceto se houver revisão de tese.". Portanto, em interpretação ao código de processo civil, Wambier (WAMBIER e outros 2015, p. 2113) citam que:

Com a intenção de impor a observância ao que definido pelo colegiado, o § 3.º do art. 947 da atual legislação expressamente prevê que a decisão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários do tribunal. Aí, a grande distinção entre a assunção do CPC de 1973 e do CPC atual. Nada mais natural que ocorra a vinculação na medida em que o colegiado superior reconheceu a relevância da questão e a decidiu. Haveria insegurança se decisões fossem tomadas em outros processos acerca da mesma tese firmada em sentido distinto, além de um tal agir ir de encontro com a importância de se respeitar a jurisprudência de órgãos hierarquicamente superiores.

Desta forma, o que se entende de modo geral não só com a implementação dos dois institutos de forma clara no CPC, mas também com o objetivo de implantar a teoria dos precedentes no sistema judicial brasileiro é que o que se pretende buscar é a igualdade e a segurança jurídica na decisão dos casos ditos similares. Mas a questão é: será que realmente existe a igualdade e a segurança jurídica nas decisões, partindo do pressuposto que a prática dos precedentes já se encontra implantada em nosso sistema? Entendemos que não: a *práxis* jurisprudencial do nosso Pretório Excelso demonstra uma estupenda fragilidade da Suprema Corte brasileira na manutenção da sua própria jurisprudência, de modo que a

Suprema Corte do Brasil julga contra si própria ao se utilizar dos novos instrumentos que lhe foram disponibilizados pela Constituição de 1988 e pelo NCPC. Instabilidade jurídica – que fere o princípio constitucional da segurança jurídica – é o que causam as liminares concedidas pelos ministros do STF, sucessivamente, umas contra as outras, quase todas elas indo em caminhos que não são os da Turma e/ou os do Plenário da Corte. Logo, é de se desconfiar que o STF, em sua atual composição, se encontra deveras politizado.

3.2 UMA LEITURA DE LENIO STRECK - CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

A doutrina brasileira defensora dos precedentes afirma que com os precedentes judiciais, a igualdade, isonomia e segurança jurídica será garantida, pois não é coerente que em casos semelhantes, os juízes utilizem de uma interpretação da lei de forma variada, ou seja, é preciso ter consolidada uma interpretação para que a igualdade seja apresentada nas decisões e fundamentações.

No Brasil, não existe a possibilidade da tradição *Civil Law* ser extinta para que se passe a utilizar critérios da prática *Common Law*. Primeiramente Streck (2014, p. 35) cita que: "(..) na tradição *Civil Law*, apenas é possível aferir-se a importância da jurisprudência se levarmos em conta sua relação com a lei.". Em outro momento cita também que: (STRECK; 2014, p. 52) "discutir precedentes, jurisprudência e súmulas vinculantes é, necessariamente, adentrar no delicado campo da hermenêutica. Há vários modos de trabalhar a "questão hermenêutica", que, ao fim, será a "questão hermenêutica."

Pois bem, é certo que no sistema *Civil Law* os juízes não estão isentos de interpretações para se chegar na melhor decisão possível de cada caso concreto, porém existe a necessidade da interpretação estar vinculada a lei, e não um emaranhado de decisões sem a devida estrutura do direito, ou seja, um amontoado de decisões sem fundamentos, onde se decide como quer, pois, tal fato se tornaria uma espécie de arbitrariedade judicial, o que também não é aceitável no sistema *Common Law*. E, atualmente o que se percebe no judiciário brasileiro é este fenômeno, o qual Streck chama de solipsismo. Desta forma, podemos analisar a crítica feita pelo autor (2014, p. 330-331):

Os pré-juízos são condições de possibilidade da compreensão porque nos permite projetar sentido. Entretanto, o sentido projetado só pode se confirmar se ele for derivado de um préjuízo legítimo. Pré-juízos ilegítimos geram projetos de sentido ilegítimo e, inevitavelmente, fazem a interpretação incorrer em erro. Apenas quem suspende os próprios pré-juízos é quem interpreta corretamente. Um julgador que não consegue suspender seus pré-juízos está incapacitado para a sua tarefa.

Antes de adentrar mais profundo sobre a teoria dos precedentes judiciais na visão de Lenio Streck, mister se faz mencionar sobre a interpretação da norma a partir de um texto. A norma é a interpretação do texto, surge de um processo hermenêutico realizado pelo intérprete que aplicará o texto, em forma de norma ao caso concreto, porém mais uma vez, essa aplicação não deve ser realizada através de qualquer interpretação.

Nas palavras de Kelsen (1998, p.3):

O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui.

Logo, percebe-se que cabe ao intérprete da lei dar sentido ao texto em que a norma está inserida e analisá-la diante da problematização posta. Vejamos nas palavras de Grau (2006, p.35):

O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer]. Assim, existe uma equação entre interpretação e a aplicação; não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a ia só operação [Mar]. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário [Gadamer], superpondo-se.

Ainda, nas palavras de Streck quem afirma que a norma será sempre a interpretação do texto, vejamos (2014, p. 312-313):

Portanto, simplificadamente, é possível afirmar que, quando se fala "da norma que ex-surge do texto", não se está a falar de um processo hermenêutico-interpretativo realizado por partes (repetindo, assim, a hermenêutica clássica-primeiro conheço, depois interpreto, por fim, aplico). É evidente que não. Eu não vislumbro primeiramente o texto para depois "acoplar" a respectiva norma. A "norma" não é uma "capa de sentido", que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, *quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado*, a partir de minha condição de ser-no-mundo.

Assim, diante da explanação entre texto e norma e entendendo que a norma é consequência da interpretação do texto, passa-se a entender a necessidade de uma interpretação coesa ao texto, e não a mera prática de solipsismo praticada por juízes. Logo, cabe pensar: se com a norma advinda de um texto expresso em uma legislação, ocorre interpretações equivocadas, como está sendo a interpretação pelos juízes nos tribunais brasileiros em casos de aplicação de precedentes judiciais com a tentativa de se igualar ao modelo *Common Law*? Contudo, importante lembrar que nem em um sistema de precedentes o juiz possui discricionariedade para interpretação, é necessário que se observe todo o catálogo de precedentes já existentes.

A regra do *stare decisis* oriunda do sistema de precedentes é a principal característica do *Common Law*, como já visto, e é um ponto essencial para a aplicação dos precedentes. Ou seja, com a necessidade da aplicação do *stare decisis* no momento da análise para que uma decisão venha a se tornar um precedente, percebe-se um elemento com força vinculante para todo o sistema, o qual não está previsto na lei local, mas sim na tradição. Pois para a efetiva criação de um precedente a análise da *ratio decidendi* e o *obter dictum* devem ser analisadas.

Pois bem, neste momento adentra-se o campo das súmulas, as quais são inerentes ao sistema *Civil Law*. Logo é essencial estabelecer de pronto que súmulas e precedentes não são a mesma coisa.

3.3 SÚMULA VINCULANTE X PRECEDENTE

Aqui se fala especificamente em súmulas vinculantes, aquelas editadas pelo Supremo Tribunal Federal que necessitam de uma séria interpretação do direito para que possam ter força vinculante. E pensar que editar súmulas vinculantes através de uma interpretação qualquer e relativista do direito é gerar precedentes, é um grande equívoco.

Streck faz uma crítica ao efeito vinculante atribuído ao STF nas ações que declare inconstitucionalidade de normas, vejamos (2014, p. 723):

A primeira questão que ex-surge é a aparente novidade no sentido de que uma decisão que declare inconstitucionalidade – portanto, a invalidade – de uma lei tenha efeito vinculante. Ora, nada mais óbvio, sendo de estranhar que tenha sido necessário estabelecer legislativamente esse efeito. Hermeneuticamente, uma decisão que declara a inconstitucionalidade é uma decisão que “nadifica”. Se uma lei é invalidada pelo Tribunal encarregado de dizer por último se uma lei é inconstitucional ou não, como admitir que alguém, juiz ou tribunal, pudesse dizer o contrário? E sobre o que o juiz estaria julgando? Sobre algo que deixou de ser válido? Sobre uma lei írrita? Nenhuma? Portanto, nada mais lógico que o efeito vinculante em ação que declara a invalidade de um ato normativo.

Da mesma forma pode se dizer que há o efeito vinculante da declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade, e o autor conclui dizendo que (STRECK; 2014, p. 723-724): “trata-se de coisas diferentes, tratadas de forma equivocada pelo legislador. Ou seja, enquanto a declaração de nulidade importa a cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo.”.

Com toda essa novidade em que a emenda constitucional 45 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que com a prerrogativa do STF em interpretar a lei conforme achar pertinente, ocorre uma espécie de alteração da interpretação da norma e até mesmo uma alteração da própria mutação constitucional, (esta, advinda do direito alemão) onde nem sempre é observada a constitucionalidade dessas alterações.

É cristalino que há a necessidade de interpretação da norma e dos casos em concreto para que os efeitos vinculantes dessas decisões possam surtir, e aqui não se fala que todas as decisões dos tribunais superiores não devem ser levadas em conta, o que se fala é que a lei deve ser observada e minuciosamente analisada antes de decisões com efeito *erga omnes* sejam lançadas ao ordenamento jurídico.

Se faz necessário que o controle de constitucionalidade difuso e concentrado sejam distintos, visto que ambos se diferenciam em seu objeto, forma de análise da lei e ainda seus efeitos. A doutrina defensora da aplicação dos precedentes no Estado brasileiro, tem defendido que controle difuso e concentrado de constitucionalidade deve ser visto como um só instituto. Contudo, há de se perceber que tal pensamento é contrário a Constituição. Deste modo, explica José Afonso da Silva (SILVA, 2013, p. 51):

O controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa no século passado; ou um órgão especial, como o Presidium do Soviete Supremo da ex- União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n.º 4) e o Conseil Constitutionnel da vigente Constituição

francesa de 1958 (arts. 56 a 63). O controle jurisdicional, generalizado hoje em dia, denominado judicial review nos Estados Unidos da América do Norte, é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.

As duas formas de controle de constitucionalidade não devem ser equiparadas. Streck (2014, p. 58) chama essa teoria de igualar o controle difuso e concentrado de "objetivação do controle difuso", pois "(...) ela carrega a ideia de que o STF e o STJ não julgam lides" e "suas atuações seriam tão somente objetivas". E conclui que (STRECK, 2014, p. 58) "(...) na realidade, a chamada objetivação permite ao STF fazer o que ele quiser, inclusive afastar-se do texto constitucional."

O fato de que os tribunais superiores estejam disponíveis apenas para atuar de forma objetiva não encontra compatibilidade com a Constituição e tal fato não poderia ocorrer nem mesmo com mudança do texto constitucional pois os Tribunais Superiores, STF e STJ, seriam transformados em tribunais apenas para analisar remédios constitucionais, ou seja, mandado de segurança, *habeas corpus*, mandado de injunção e *habeas data*, logo, perderia a função jurisdicional de solução de controvérsias, não somente através dos recursos especial e extraordinário, mas também a função de atuar no controle de constitucionalidade concentrado e defesa da Constituição Federal.

Tanto a súmula quanto o precedente são um texto que se foi dado um sentido advindo de um caso em concreto, assim (STRECK; 2011, p. 368):

(...) conseqüentemente, haverá sempre um grau de generalização a ser extraído do núcleo da decisão, que fará a ligação hermenêutica (compromissos discursivos) com os casos que serão analisados em sua individualidade, promovendo o surgimento de novas normas na medida em que os novos casos forem surgindo.

Portanto, Streck (2014, p. 61) conclui que: "(...) isso quer dizer que a norma que surge "desse caso concreto" é, no momento seguinte, também um texto, do qual exsurgirá uma nova norma."

O fato que diferencia a súmula dos precedentes do *Common Law* é que a súmula não é editada para resolver apenas um caso concreto, assim como é realizado no *Common Law*, onde o precedente visa primeiramente resolver o caso em análise, mas a súmula visa a resolução de todos os casos futuros, e não um caso específico que se encontra em apreciação, portanto, deve ser vista como um texto normativo.

Portanto, em um sistema que adota o *Civil Law*, como é o caso do Brasil, não é relevante que o Poder Judiciário possua a prerrogativa de legislar e atribuir interpretação a norma conforme sua convicção. Se faz muito necessário a séria análise do direito a ser feita antes da edição de súmulas vinculantes e até mesmo dos precedentes, oriundos do sistema *Common Law*.

Outra distinção de bastante relevância feita por Streck é que não há razões para comparar de forma segura que o *Common Law* é melhor que o *Civil Law*, como parte da doutrina defensora dos precedentes entende ser. Também simplesmente não se pode afirmar meramente que o *Common Law* é melhor que o *Civil Law* porque um sistema jurídico de determinado país funciona melhor que o sistema jurídico no Brasil. É preciso analisar todos

os pontos relevantes e históricos de cada país para entender seu funcionamento jurídico. O que se pode afirmar diante de tal colocação de acordo com Streck (2014, p. 91) é que: "(...) em regra, na Alemanha ou na Inglaterra, as decisões judiciais talvez sejam melhores que a nossa.". Logo, o que importa não é necessariamente o sistema jurídico de cada país, mas sim, a qualidade das decisões judiciais.

Portanto, para análise da qualidade das decisões no Brasil, não é relevante que se faça essa análise somente comparado ao sistema jurídico *Common Law*, é importante também analisar pautado em outros países que adotam o próprio sistema *Civil Law*, como é o caso da Alemanha. Deste modo, pode-se ter conclusões mais precisas das decisões realizadas no Brasil, visto a igualdade dos sistemas jurídicos, mesmo cada um com suas peculiaridades próprias. Por fim, conclui o autor (STRECK; 2014, p. 93) que: "(...) argumentar por lei ou por precedente não assegura, por si só, uma resposta hermenêuticamente autêntica."

3.4 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O AVANÇO DA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Há quem defenda que o sistema de precedentes foi implementado no Novo Código de Processo Civil, com o argumento que com isso gerará mais igualdade e segurança jurídica. Contudo, Streck (2016, s/p) cita que "mediante a criação de instrumentos de vinculação decisória, o que faz parecer que essa doutrina ignora que a própria Constituição e a legislação que lhe é conforme vinculam efetivamente a atuação do Judiciário antes de tudo. E não o contrário."

Para Streck (2016, s/p) o CPC 2015 não traz um sistema de precedentes pautado no sistema *Common Law*, ele traz são "(...) provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. Respostas antes das perguntas. Mas, não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC.". Ou seja, devem ser lidos como provimentos judiciais, com efeitos vinculantes sem apresentar maiores complexidades nos casos em que se apresentarem semelhantes.

Através da análise realizada até o momento, em que pese ser certo dizer que no judiciário brasileiro existe muito protagonismo judicial e a discricionariedade exercida pelos juízes é imensa, Streck considera a necessidade de reconhecer que houve avanços no advento do NCPC, sob à luz da teoria da Crítica Hermenêutica do Direito. Pode se ter como o principal avanço trazido através de proposta de Streck, a extinção do livre convencimento nas decisões judiciais. O autor considera que tal retirada foi uma "conquista hermenêutica".

Vários eram os dispositivos no projeto do NCPC que tratavam sobre a livre apreciação do juiz, as quais foram extintas sob a justificativa que (Streck; 2016, p.148-149):

embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem

especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado "coparticipação", com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do "livre convencimento". O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão.

Tal justificativa foi aceita pela Câmara, visto o fato de que não se pode mais elaborar códigos que possa o Estado ser visto como um inimigo do cidadão. Desta forma, com a retirada do dispositivo que o Código trazia sobre o livre convencimento do juiz, é retirado dos tribunais um pouco da discricionariedade da decisão limitando os juízes a proferir decisões conforme acharem pertinente, ou seja, o juiz deve decidir com base em razões.

É visto que é impossível lidar tanto com súmulas tanto com precedentes sem o elemento interpretativo. Porém, não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa (STRECK; 2014, p. 113), "(...) interpretação é aplicação; é assentar sentidos. Os sentidos não são aleatórios. Não há grau zero. Há uma cadeia interpretativa que nos vincula. Tanto no cotidiano como no direito.". Logo, com a coerência e seriedade considerada nas interpretações, conclui-se que há uma interpretação vinculativa, independente se for súmula, lei e precedentes.

Assim, voltando brevemente a análise dos avanços hermenêuticos no CPC/2015, não há que se negar que houve um salto para uma visão não solipsista das decisões judiciais. Mas isso não quer dizer que o CPC não poderia ser melhor desenvolvido.

Diante dessa breve análise realizada da conquista hermenêutica, o que se pode concluir até o momento de modo geral é que o sistema *Common Law* não é melhor que o sistema *Civil Law*; há uma grande discricionariedade no Poder Judiciário no Brasil; súmulas vinculantes e precedentes não devem ser confundidos; texto e norma também não são a mesma coisa, e a hermenêutica coesa se faz necessária nas decisões dos tribunais brasileiros.

Portanto, a hermenêutica se faz necessária na análise de casos, principalmente aqueles no Supremo Tribunal Federal, e é obvio que conforme se apresenta as decisões atualmente, o Brasil encontra-se no sentido contrário ao sistema *Common Law*. Deste modo, nas palavras de STRECK (2014, p. 373): "Hermenêutica é experiência. É vida! É este o nosso desafio: aplicá-la no mundo da vida!"

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal é um tribunal em que sua principal finalidade é guardar a Constituição e respeitar os seus ditames legais. Logo, não há em que se falar que o STF é um tribunal que está direcionado a criar as leis, mas sim decidir conforme o que lhe é expresso. É óbvio que a interpretação deve ser realizada, mas não com base no solipsismo, fenômeno em que os juízes decidem conforme sua opinião, conforme já abordado por STRECK.

Para uma análise concisa e séria muito importante se faz além de tudo, entender a sistemática dos sistemas jurídicos *Common Law* e *Civil Law*, e cada uma das peculiaridades apresentadas nos países que adotam um desses sistemas. No Brasil, há quem defenda que a aplicação dos precedentes oriundos do *Common Law*, seja a melhor alternativa para as controvérsias levadas ao judiciário, porém, por outro lado, se faz indispensável realizar uma análise pautada na hermenêutica das decisões proferidas pelos tribunais.

No tocante a relação entre precedente e súmula vinculante, conforme mencionado, não podem ser confundidos e equiparados, visto a necessidade do precedente precisar dos requisitos pautados na doutrina *stare decisis* e apreciar primeiramente o caso em análise, e a súmula vinculante estar destinada a resolução de todos os casos futuros, e não um caso específico que se encontra em apreciação, portanto, deve ser vista como um texto normativo.

Assim, não há parâmetros seguros para se afirmar que o sistema *Common Law* é melhor que o *Civil Law*, pois cada um possui suas peculiaridades próprias e se adequam conforme a necessidade do ordenamento jurídico de cada país, através de seus movimentos históricos e culturais. Logo, o que importa não é necessariamente o sistema jurídico adotado em si, mas sim, a qualidade das decisões judiciais.

Portanto, os tribunais brasileiros, em específico o Supremo Tribunal Federal, necessita usar da prerrogativa que detém, defender a Constituição Federal e utilizar os mecanismos que lá se encontram para agir de forma justa perante a sociedade, e não achar que "fazer justiça" é colocar sua opinião conforme os ministros acharem mais pertinentes nas decisões em que lhe competem apreciar e justificar que é "para o bem da sociedade" decidir um caso totalmente ao contrário de suas decisões passadas, as quais supostamente já foram pacificadas, e principalmente decidir contra a Carta maior do Estado.

Desta forma, não haverá sistema jurídico que sustente tantas controvérsias fundamentadas em nada, o que conseqüentemente ao invés de como os defensores dos precedentes no Brasil alegam que com a aplicação dos mesmos haverá mais segurança jurídica, não haverá segurança alguma, ao passo que a praxe que vem sendo praticada nos tribunais brasileiros é de modificar algo que já está decidido e positivado.

Portanto, em que pese todo o estudo, ainda há questionamento a serem feitos a respeito da (não) evolução dos precedentes judiciais no Estado brasileiro, tais como: como defender uma segurança jurídica que se movimenta ao contrário da Constituição Federal e até mesmo da real essência e aplicação dos precedentes judiciais oriundos do *Common Law*?! E ainda: ao invés de tentar trazer os precedentes judiciais para dentro do sistema *Civil Law*, por que não primeiramente aprimorar as bases legais e hermenêuticas existentes dentro de nosso próprio ordenamento jurídico? Bom, talvez essa seja outra questão a ser estudada de forma profunda, visto a necessidade de uma séria análise hermenêutica a ser realizada.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2009.

- ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC*. O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos (Coord. Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: Juspodivm, 2012.
- BARBOSA, Ruy. *Cartas de Inglaterra: O Congresso e a Justiça no Regimen Federal*. 2. Ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1929.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em 01 jul. 2018.
- _____, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BBC Brasil. Com. Perfil: John Roberts. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2005/09/050929_robertsperfilba.shtml. Acesso em 10 jun. 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Planalto Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jul. 2018.
- _____. *Lei nº 13.105/Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Planalto Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 jul. 2018.
- ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. *Plessy v. Ferguson*. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Plessy-v-Ferguson-1896>. Acesso em 20 jun. 2018.
- FARNSWORTH. E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. Published for the Parker School of Foreign and Comparative Law Columbia University in the City of New York: Oceana Publications, Inc. 1963.
- GODOY. Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, SP: Manole, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACIEL. Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. *Senado Federal*. Brasília, a.43, n.172, p. 37-44 out./dez. 2006. p. 40. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf>. Acesso em 23 jul. 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. Rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ratio Decidendi e Obiter Dicta. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado*. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/tablas/r25603.pdf>. Acesso em 20 jun. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- _____. Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 2. ed. Revi. Atua. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- _____, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Senso incomum – O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____, Lenio Luiz. Uma Análise Hermenêutica dos Avanços Trazidos pelo Novo CPC. *Revista Estudos Institucionais*. Rio de Janeiro, v.2, n. 3, p. 144-167, jul. 2016.

_____, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Sobre a Súmula 343. RePro*. São Paulo: RT, v. 22, n. 86, p. 148-157, abri./jun/ 1997.

_____, Teresa Arruda Alvim; e outros coordenadores. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Recebido/Received: 24.03.2020.

Aprovado/Approved: 12.06.2020.

PRÁXIS, REDES SOCIAIS E PROCESSO DE POLITIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS NOVAS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS PERANTE AS DEMOCRACIAS LIBERAIS

PRAXIS, SOCIAL MEDIA AND POLITIZATION PROCESS:
AN ANALYSIS OF THE NEW SOCIAL MANIFESTS
BEFORE LIBERAL DEMOCRACIES

ELÍSIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS¹
BRUNA LUÍSA BATISTA DE BARROS²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo geral realizar uma análise reflexiva frente ao modelo democrático liberal, nos quais a globalização e as redes sociais têm sido apontadas como as ferramentas principais para a mobilização política de cidadãos que se veem insatisfeitos com o regime, assim como para a divulgação de modelos políticos alternativos à fórmula liberal-democrática já estabelecida. Observa-se a necessidade primordial de politização dos novos movimentos sociais para prover mudanças no sistema baseado na hegemonia liberal, como teorizado por Antonio Gramsci. Contudo, nota-se, na prática, que ocorre o processo inverso, a despolitização, como forma de desmobilizar as lutas sociais. Por fim, salienta-se durante toda pesquisa o papel da ação política popular como meio de contestação do *status quo* e, de forma concorrente a este, o desenvolvimento da práxis como processo dialético, a partir dos escritos gramscianos. A pesquisa ora desenvolvida tem caráter teórico-descritivo e viés qualitativo, que é proposto dentro de uma perspectiva crítica e reflexiva. Utiliza-se o método dedutivo, de procedimento histórico-comparativo e a técnica de pesquisa bibliográfica especializada no assunto pesquisado.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia liberal. Globalização. Politização. Pós-Política. Mídias Sociais.

ABSTRACT

The general objective of this article is to carry out a reflexive analysis against the liberal democratic model, in which globalization and social media have been thought to be the main tools for gathering concerned citizens who feel unsatisfied with government as well as for spreading information and political alternatives to the established modern liberal theory of democracy. In order to change the present system, based on bour-

1 Doutor em Direito do Estado pela faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor em Direitos Humanos e em Teoria Geral da Constituição (Graduação) e em Teoria da Constituição no Centro Universitário do Estado do Pará-CESUPA. Coordenador do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais. Procurador do Estado do Pará. Advogado. <https://orcid.org/0000-0001-8183-5920>. elisio.bastos@uol.com.br.

2 Graduanda na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará. Integrante do Grupo de Pesquisa "Inteligência Artificial e Direitos Fundamentais". <https://orcid.org/0000-0002-8230-3210>. brunabatista21@icloud.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. BARROS, Bruna Luísa Batista de. *Práxis, redes sociais e processo de politização: uma análise das novas manifestações sociais perante as democracias liberais*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 261-279, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7882>

geois hegemony, a concept from Antonio Gramsci's theory, the new social movements which start online must go through a process of politization. However, what seems to be happening is the opposite process, depolitization, as a way to weaken the social protests. Finally, the role of popular political action, is highlighted throughout the research as way to question the status quo through the dialectical process of praxis. The research now developed has a theoretical-descriptive character and qualitative bias, which is proposed within a critical and reflective perspective. The deductive method, of historical-comparative procedure and the bibliographic research technique specialized in the researched subject are used.

KEYWORDS: *Liberal Democracy. Globalization. Politization. Post-Politics. Social Media.*

1 INTRODUÇÃO

É inegável que o desenvolvimento da tecnologia promove novos paradigmas nas sociedades mundiais, os quais se traduzem em novos desafios; o que era anteriormente inimaginável se torna realidade. Desde a introdução da internet, supera-se as fronteiras físicas para promover a conexão instantânea entre pessoas e grupos sociais distintos, e os impactos da realidade virtual tornam-se latentes, visto que agrega cada vez mais pessoas, isto é, usuários, em seus domínios.

Nesse sentido, é possível construir uma visão positiva acerca deste fenômeno, devido aos avanços proporcionados pela maior liberdade de expressão no ambiente *online*; como resultado, pode ser citada a mobilização de cidadãos insatisfeitos com os regimes governamentais. Desse modo, o cidadão conectado é o ator social no século XXI, responsável pela tarefa de questionamento, e, conseqüentemente, pela demonstração de que a política em um mundo globalizado requer uma análise para além dos modelos políticos herdados do século XIX. Por conseguinte, vale refletir acerca do futuro das manifestações cuja origem remete ao ambiente online.

Para tanto, a pesquisa ora desenvolvida tem caráter teórico-descritivo e viés qualitativo, que é proposto dentro de uma perspectiva crítica e reflexiva. Utiliza-se o método dedutivo, de procedimento histórico-comparativo e a técnica de pesquisa bibliográfica especializada no assunto pesquisado.

Propõe-se uma análise pautada nas características da democracia liberal por um viés marxista, a partir dos conceitos gramscianos de hegemonia e de filosofia da práxis. Nessa perspectiva, busca compreender-se o potencial aspecto contra-hegemônico das novas manifestações sociais, cuja origem remete ao ambiente online, além da necessidade do processo de politização de tais movimentos e as conseqüências da despolitização, processo com o fulcro de manter discursos hegemônicos.

Assim, o artigo parte da análise da relação entre Estado liberal e Estado democrático, destacando a incorporação, como pensamento geral, da ideia de Liberdades Públicas como elemento conceitual fundamental ao Estado democrático, bem como da Democracia como valor universal a ser perseguidos pelas sociedades.

Em seguida a pesquisa cuida da análise do fenômeno da representação como um fenômeno que, para além de causar o distanciamento do cidadão da política, acarreta a crise de desempenho do regime democrático, pelo que se faz necessário afirmar o poder popular por

meio de atitudes concretas. Esclarece-se, após, que a apatia política revela-se como importante consequência danosa causada pelo entendimento de que a democracia liberal não seria um meio para atingir fins significativos, como a existência de um regime na qual todos os valores democráticos são garantidos na prática. Sua meta é procedimental.

Fixada tais premissas, aborda-se o fenômeno da globalização e a estreita relação entre os movimentos sociais e as Novas Tecnologias. A possibilidade de que movimentos sociais locais possam ganhar repercussão mundial, a partir da internet e das redes sociais, é, portanto, uma realidade. A história mundial recente é marcada pela presença importante das “pessoas da praça”, que lançando mão da “tecnologia da libertação”, iriam quebrar a hegemonia das elites.

Urge, assim, investigar se o potencial libertador contido em tais tecnologias, de fato, vem conseguindo ser notado, se as mídias sociais estão conseguindo empreender a comunicação necessária para desafiar o pensamento hegemônico, se estão, de fato, empreendendo uma efetiva reflexão sobre a ética e a política, se estão, verdadeiramente, efetivando uma nova forma de pensar as questões sociais ou se são, apenas, a essência da pós-política?

De posse desses contornos doutrinários, chega-se no resultado da pesquisa, culminando com a conclusão no sentido de que apesar de seu potencial libertador e contra-hegemônico, há uma captura de tais mecanismos que, portanto, não conseguem desenvolver um nível de politização necessário a superação do *status quo*.

2 A RELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE LIBERALISMO E DEMOCRACIA

Durante o século XVII, desenvolve-se a teoria liberal no continente europeu cujas influências vão além da esfera econômica, visto que surgem questões acerca da necessidade de afirmação da liberdade individual, a denominada liberdade dos modernos, como esclarece e define Constant (1985, p. 13).

Desta maneira, questiona-se o papel do cidadão na sociedade e quais práticas lhe seriam permitidas, no sentido de que a liberdade representaria um valor intrínseco à própria condição humana. Logo, entende-se que é uma tradição de pensamento que “situa a liberdade do indivíduo, desconsiderada ou pisoteada pelas filosofias organicistas de diferente orientação” (LOSURDO, 2006, p. 13). Assim, surge o liberalismo político, cuja doutrina fundamenta as revoluções burguesas do século XVIII.

Nota-se que a teoria da democracia se depara com o liberalismo, o qual se torna essencial na construção da noção contemporânea acerca deste regime. Para Bobbio (2000, p. 32/33), Estado liberal e Estado democrático seriam interdependentes, eis que seriam necessárias certas liberdades para o exercício efetivo do poder democrático, bem como seria necessário tal poder democrático para “garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais”.

Desta maneira, ressalta-se a importância das liberdades individuais como conquistas das revoluções liberais, que, por sua vez, sedimentaram a democracia liberal, um regime

político que “[...] têm nas revoluções burguesas, [...] por abrir o espaço político necessário à consolidação e reprodução da economia capitalista, as condições históricas da sua gênese” (COUTINHO, 1996, p. 22).

Observa-se, portanto, a criação do conceito de democracia liberal, fruto da interligação entre a democracia e a teoria política, a qual representa os interesses capitaneados pela burguesia revolucionária. Portanto, surge uma relação de codependência entre o modelo de regime governamental e a filosofia política, cuja ligação se traduz na garantia das liberdades individuais para os cidadãos, a partir da separação entre Estado e sociedade civil, “definindo a própria noção de liberdade a partir da autonomia desta última, de sua prioridade ontológica frente ao Estado, de suas prerrogativas, limites e controle estatal” (GUIMARÃES, 2006, p. 230). Desta forma, a sociedade de regime democrático moderno fundamenta-se na inviolabilidade das liberdades, e acatou-se o entendimento de que a democracia moderna seria a manifestação da supremacia de tais direitos e da autonomia do ser humano.

A ciência política contemporânea, logo, incorporou tal ideologia no conceito de democracia, visto que ambos compartilham a vontade individual como origem. Deste modo, a o significado do vocábulo “democracia” transforma-se; representa o regime político na qual os direitos individuais são garantidos como direitos de primeira ordem, sendo “um modelo racional de ordem social, capaz de preservar a livre existência do ser humano” (VITULLO, 2014, p. 91). Acata-se também o entendimento da democracia como valor universal, no sentido de que o liberalismo político é a condição de existência da democracia, ao mesmo tempo em que se consagra como sua base econômica, isto é, “fala-se de democracia ‘sem sobrenome’ quando na realidade estamos falando de ‘capitalismos democráticos’, em que o substantivo é o capitalismo e o adjetivo, a democracia”, conforme esclarece Boron (2001, *apud* VITULLO, 2017, p.92).

Os direitos individuais, desta forma, serão considerados como “compasso” democrático, isto é, uma forma de medir a qualidade do governo democrático, ou mesmo se sua existência está correndo riscos graves; as garantias jurídicas ocupam um papel central nesse âmbito. Nesta perspectiva, o ordenamento estrutura-se para a proteção de tais direitos, pois é essencial que a Constituição de uma nação democrática preveja as liberdades fundamentais em seus dispositivos, visto que é a Carta Magna de um ordenamento jurídico.

2.1 A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

É indubitável que a participação política é essencial à concretização da democracia, sendo outra importante questão no debate acerca das características de um regime democrático. O liberalismo iluminista não enxerga a democracia direta como viável e a democracia parlamentar é preterida, na qual o dever de fazer leis diz respeito a “um corpo restrito de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos” (BOBBIO, 1987, p. 324). Assim, o cidadão torna-se empoderado para decidir sobre algo que, na ordem política anterior, não lhe dizia respeito.

Ressalta-se que, na atual época, não é possível o exercício da participação política direta em sua plenitude, dado a multiplicidade e densificação das questões e opiniões políticas, a população e a vastidão territorial de muitos países. De acordo com o paradigma

liberal, a representação política é uma decisão individual a partir do exercício de poder de escolha, com a condição de estar imbuído da capacidade jurídica para tal. Observa-se que a representação é entendida como uma substituição da participação direta. Nesse sentido, entende-se que a participação política é valorizada por si só, como exercício de autonomia, e o povo é apenas o titular formal da soberania política enquanto seu exercício é realizado por seus representantes que possuem um mandato livre (CERRONI, 1976 *apud* MARTORANO, p. 43).

Outro relevante aspecto é a importância dada às questões procedimentais do regime, fundamentais para seu bom funcionamento. Nesse sentido, existiriam duas possibilidades de desenvolvimento da democracia representativa, quais sejam, a expansão gradual do direito do voto, pela “evolução constante, gradual e geral, para todos os cidadãos de ambos os sexos que atingiram um certo limite de idade” (BOBBIO, 1998, p. 325) ou o aumento dos órgãos representativos, compostos de representantes escolhidos pela população pelo processo eleitoral.

Ressalta-se a distância em relação aos seus representantes; se houver a garantia de que as eleições acontecem conforme previsto na legislação nacional, a democracia existe, ainda que “reduzida a uma simples técnica de autorreprodução das relações de poder e de separação entre representantes e representados” (VITULLO, 2014, p. 94). Não há qualquer preocupação em se avaliar o resultado produzido pela Democracia, tamanha a preocupação com sua forma. Nesse sentido, conforme esclarecem Amorim e Rodrigues (2012, p. 80) os **índices criados para medir o acesso democrático aos cargos públicos, bem como a realização de eleições periódicas e livres não são capazes de medir dimensões importantes da prática democrática, como: a) a qualidade institucional, b) a eficiência política, c) o comportamento dos dirigentes políticos, d) a satisfação dos cidadãos com a Democracia...**

Desta forma, não é possível desafiar o *status quo* ou, pelo menos, garantir que ele seja desafiado, por meio de tais regramentos meramente formais. Logo, a teoria democrática demonstra-se pautada pelas noções de governabilidade e estabilidade e o desenvolvimento do regime dar-se-ia pelo bom funcionamento das instituições, principalmente da regularidade e da existência de eleições livres.

Contudo, os resultados de um governo alinhado com tais propostas não parecem necessariamente benéficos para a população, consistindo em um modelo de democracia elitista, conforme teorizado por Schumpeter, o qual defende que a prática democrática deveria ser reduzida a um método de escolha, pelo povo, daquele grupo no interior das elites que lhe pareça o mais capacitado para governar. Desse modo, a democracia é entendida como um “método de revezamento das elites no poder” (SCHUMPETER, 1961 *apud* DURIGUETTO, 2012, p. 328). Todavia, não parece suficiente a disponibilidade de opções de representantes. Há uma limitação nesse modelo ao distanciar o cidadão da política e ao colocá-lo apenas para decidir entre grupos pertencentes à elite, visto que estes estariam melhor preparados para a política.

Nesse sentido, uma consequência é a revanche dos interesses, ou seja, a subversão pelos representantes dos interesses que teoricamente emanariam da massa popular de representados. A participação política é limitada em nome das “regras do jogo” supracitadas e dos procedimentos estabelecidos por lei, ou seja, “o conjunto de procedimentos estabe-

lecidos pela linguagem normativa do Direito para obstar a colonização da sociedade pelo mercado e pela administração" (CORVAL, 2015, p. 247).

Vale ressaltar a influência do pensamento weberiano pela estruturação da burocracia, cujos aspectos procedimentais determinam o bom funcionamento do sistema, que se desenvolve racionalmente por "mecanismo burocrático plenamente desenvolvido comparasse às outras organizações exatamente da mesma forma pela qual a máquina se compara aos modos não-mecânicos de produção" (WEBER, 1982 *apud* FARIA, 2010, p. 249). Ainda que a estabilidade seja fundamental, vale ressaltar que o *status quo* deve ser questionado pelos cidadãos quando este não lhes for benéfico. Contudo, este aspecto é relegado ao segundo plano e o ato da eleição e suas implicações não são suficientes para garantir a efetividade na participação política, visto que, para tanto, é requerido que "as vozes dos cidadãos na política sejam claras, notáveis e iguais" (VERBA *et all*, 1995 *apud* HINDMAN, 2002, p. 6).

Por sua vez, um segundo modelo de democracia liberal rejeita o viés elitista e adota uma análise diversa acerca dos grupos de oposição. Dessa maneira, acata-se as demandas de uma sociedade notadamente plural e o direito de expor ideais livremente, o que constitui uma garantia jurídica. Nesse âmbito, o Estado age de acordo com as necessidades interpostas pelos grupos, tendo como dever manter a ordem para evitar o surgimento de conflitos. Portanto, pode concluir-se que, para os pluralistas, a democracia é garantida pela "existência de diversos grupos que defendem seus interesses específicos e privados" (DURIGUETTO, 2012, p. 292). Assim, a influência nas decisões alia-se à participação político-eleitoral pela articulação de interesses.

É possível inferir críticas à ambos os modelos de democracia, pois a conquista gradual de direitos sociais advém das lutas coletivas, o que implica em ação política concreta, que ultrapassou a limitação da mera escolha de representantes. Contentar-se com as condições de participação política da democracia liberal implica em confusão entre práticas díspares, quais sejam, a deliberação política restrita no âmbito dos representantes eleitos e a construção de poder pela massa popular, e as possibilidades dentro de um sistema burocrático e procedimental tornam-se um obstáculo para a transformação política.

Trata-se de esquecer que a Legitimidade democrática não deve, nem pode ser, apenas, *a priori*, devendo ser, também *a posteriori*, ou seja, há que haver instrumentos para avaliar os resultados produzidos pela democracia após a eleição dos representantes. Isso é tão mais importante quando se observa que a crise pela qual passa a democracia hoje é, sobretudo, uma crise ligada a uma profunda crise de desempenho oriunda de diversas promessas não-cumpridas (Mounk, 2019, p. 160).

Bobbio (2000, p. 34/45) aponta, acertadamente, seis de tais promessas, a saber: 1) O empoderamento do indivíduo; 2) A proibição do mandato imperativo; 3) A derrota das oligarquias; 4) O exercício para além da fronteira política, com sua atuação em espaços não políticos nos quais se exerce um poder que toma decisões vinculatórias para um inteiro grupo social; 5) de eliminação do Poder Invisível, tal como o poder exercido pela máfia, milícia, crime organizado, etc. e, finalmente, 6) A educação para a cidadania, que possibilitasse o exercício de uma cidadania eminentemente ativa.

Ressalta-se, ademais, que a normalização de tal forma de governo também limita a oposição ao sistema à ação de acordo com as "regras do jogo" democrático, necessária para

existir a aprovação gradual de políticas progressistas. Não são suficientes as prerrogativas jurídicas das liberdades e da democracia representativa, se quando manifestações populares ocorrem, o aparelho estatal encarrega-se de contê-las e criminalizá-las, visto que "ações coletivas que entram em confronto com os interesses do aparato estatal e do capital são passíveis de repressão" (VIANA, 2018, p. 132).

As consequências incidem na população, que se encontra em uma posição que facilmente pode pender para a apatia política, em uma posição de passividade, visto que a ação política é relegada ao voto, em um contexto de escolha de representantes cujos interesses podem colidir com os populares. Nesse contexto, outras formas de pensar a organização coletiva parecem ganhar força e o regime democrático e, o que é pior, seus valores, veem-se ameaçados. Muitas pessoas perguntam-se por que insistir na Democracia se ela não atende mais (ou definitivamente?) aos anseios da sociedade, se os agentes políticos não representam e nem concretizam os interesses daqueles que os elegeram?

Portanto, faz-se necessário afirmar o poder popular por meio de atitudes concretas; é um caminho para estabelecer a democracia de fato. Observa-se a criação de uma inversão na prática democrática, visto que "a democracia não é criada pelo poder popular, mas este é criado por aquela" (FERNANDES, 2019, p. 72).

2.2 A APATIA POLÍTICA NA DEMOCRACIA LIBERAL

Dado a complexidade do modelo de democracia pautado na burocratização e organização racional nos moldes liberais, os resultados da consolidação de tal regime indicam que não é conveniente a existência de uma democracia cuja estrutura permita à população exercer o efetivo controle sobre o processo e assegurar que terá voz participativa na política, o que resulta em um usufruto desigual das liberdades políticas garantidas por lei.

Nesse sentido, surgem questionamentos e haveria de se pensar que a necessidade cada vez maior da expansão da democracia, por meio da contínua expansão das instituições como espaços para a participação popular de fato. Tal solução é evitada em um contexto de democracia liberal, pois é indesejável para os grupos sociais favorecidos que as classes inferiores se tornem mais ativas e almejem maior participação política. Com esse objetivo, foram criadas ao longo do tempo, barreiras institucionais [...] para, diante da desigualdade social e frente à possibilidade de emergência de conflitos sociais mais intensos, bloquear a penetração das esferas populares no regime político (MARTORANO, 2007, p. 40).

Nesse sentido, vale ressaltar um conceito chave para compreender a manutenção das relações de opressão na sociedade democrática: a hegemonia, teorizada pelo filósofo italiano Antonio Gramsci, a partir da metodologia do marxismo histórico-dialético. Entende-se por hegemonia uma relação de dominação entre classes, norteadas pela desigualdade de poder. Gramsci desenvolve tal conceito voltando-se para o que ele denomina classe subalterna, isto é, inseridas em uma posição inferior nas relações de dominação existentes na sociedade, e ressalta que "os grupos subalternos sofrem sempre a iniciativa dos grupos dominantes, mesmo quando se rebelam e insurgem: só a vitória 'permanente' rompe, e não imediatamente, a subordinação" (GRAMSCI 2002, *apud* SIMIONATTO, 2009, p. 42).

Desta forma, a hegemonia desenvolve-se em um âmbito não somente de coerção, mas também de consenso. Isto é, a hegemonia burguesa na estrutura estatal manifesta-se a partir do controle deste, quando uma classe “[...] consegue apresentar e fazer aceitar as condições da sua existência e do seu desenvolvimento de classe como princípio universal, como concepção de mundo” (GRAMSCI, 2006, p. 302).

Afinal, a força é, isoladamente, um frágil elemento legitimador, desprovida que é de qualquer justificativa ética. Sim porque, “o mais forte não é nunca assaz forte para ser sempre o senhor, se não transforma essa força em direito e a obediência em dever”. (Rousseau, 1989, p. 24).

Trata-se, em certos aspectos, do que La Boétie (2010) identificou como “servidão voluntária”. O fato de que um número infinito de homens, diante do soberano político, não apenas consintam em obedecer, mas a servir, voluntariamente, pondo-se em posição de seres tiranizados preocupou La Boétie, que, acertadamente, já alertava que os súditos não precisam combater os tiranos nem mesmo defender-se diante dele. Basta que se recusem a servi-lo, para que ele seja naturalmente vencido.

Evidente que, hoje em dia, técnicas delicadas e eficientes de sedução, amparadas pelos mais recentes estudos de neurociência, são utilizadas para assegurar a manutenção do engano autocomplacente. Veja-se a análise perspicaz de Roitman (2007, p. 10) acerca de como aceitamos o discurso democrático desprovido da prática democrática:

Algo similar ocurre con el discurso de la Coca-Cola, transformado en refresco, dice acabar con la sed al tiempo que se presenta como la chispa de la vida. Pero si la tomamos, fracasa: no acaba con la sed y, si estamos deprimidos, ponernos frente a la botella no nos fortalece el espíritu. Sin embargo, se consume como si tuviese ambas cualidades y lo que es peor de todo, se vive autocomplaciente en el engaño. Así, aumenta el número de bebedores de Coca-Cola, los cuales son conscientes de su cobardía al renunciar a ver la realidad. Siguen consumiendo Coca-Cola como si acabara con su sed y la depresión. Algo similar ocurre con los productores de democracia representativa, imponen una lógica de consumo. La fiesta de las elecciones. El ritual electoral donde se eligen elites gobernantes. Competencia para administrar eficazmente el Estado. Así, argumentan quienes asumen su discurso. Se vive en democracia cuando se compite por el control de las instituciones y existe alternancia en el poder. Por consiguiente, la democracia consiste en elegir gobernantes para crear, aplicar leyes y desarrollar normas por gobernantes elegidos. Una tautología, recurrente.

Portanto, é comum que o subjugado passe a adotar a visão de mundo do superior, ainda que tal concepção possa estar em contradição com a prática. Ademais, ressalta-se que esta concepção do mundo é imposta pelo ambiente exterior, portanto, “é desprovida de consciência crítica e coerência, é desagregada e ocasional” (ALVES, 2010, p. 4). Observa-se ainda que “[...] toda relação de ‘hegemonia’ é necessariamente uma relação pedagógica” (GRAMSCI, 2006, p. 399)”, pois as relações de dominação também se desenvolvem a partir do discurso e da ideologia propagados para a sociedade, no intuito de estabelecer as relações de dominação pela cultura.

Assim, observa-se que existe uma consequência danosa do entendimento de que a democracia liberal não é um meio para atingir fins significativos, como a existência de um regime na qual todos os valores democráticos são garantidos na prática, para além das

garantias jurídicas, porém, como um fim em si mesmo. Ainda quanto à fórmula liberal-democrática, pode inferir-se que não é identificado um grande problema para o regime se o cidadão se mostra apático, pois é um sinal de que o sistema está sem riscos à sua integridade.

Ressalta-se que a apatia política é uma maneira de manter a hegemonia burguesa e reforçar a noção de consenso, sendo entendida como adesão passiva à concepção de governo da classe dominante, pois indica a existência de um eleitorado pronto a escolher seus representantes, sem tomar decisões políticas de fato. Ademais, em certas circunstâncias um sistema democrático pode ser altamente estável “se uma parte substancial do eleitorado meramente aceita-o” (DAHL, 1961, p. 314), aliás, para que um sistema democrático seja altamente estável é fundamental, como já se viu, submissão voluntária a tal sistema.

Entretanto, novas formas de contestar a hegemonia posta na sociedade têm se desenvolvido. Nesse sentido, é fundamental que os cidadãos possam ter a consciência da própria existência de tal sistema desigual, planejado da maneira para proteger os interesses da classe política e a manutenção desta no poder. O cidadão apático politicamente apenas escolhe, tecnicamente, quem lhe representará e aos seus interesses, contudo, trata-se de decidir qual grupo, dentre a classe social dominante, terá o poder político e poderá prosseguir privilegiado na estrutura opressora.

3 GLOBALIZAÇÃO E DEMOCRACIA

A fórmula democrática liberal resiste apesar das notáveis mudanças a nível mundial, as quais colocam novos desafios para a sociedade civil, o que implica em demandas maiores na relação com o Estado e o regime político democrático. Nessa perspectiva, a democracia liberal e suas instituições sociais permanecem e adaptam-se às mudanças, sem, entretanto, mudar a estrutura sobre a qual se assenta, “porque a classe burguesa põe-se a si mesma como um organismo em movimento, capaz de absorver toda a sociedade, assimilando-a a nível cultural e econômico” (GRAMSCI, 2007, p. 271).

Um dos fenômenos que resultou em implicações mais complexas a partir da década de 1990 é a globalização, que impõe desafios para os regimes, visto que demanda um reposicionamento do Estado em um campo mais amplo de poder e uma reconfiguração do trabalho dos Estados. Esse campo mais amplo de poder constitui-se, em parte, pela formação de uma nova ordem institucional privada, ligada à economia global (SASSEN, 2010, p. 31).

A política pós-globalização exige renovação pois os moldes das instituições democráticas clássicas não se mostram suficientes para representar o cidadão que demanda mudanças, como sujeito político. Observa-se que a vida social também foi atingida por tal processo pela intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que “acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa” (GIDDENS, 1991, p. 69).

Ainda segundo Anthony Giddens, a globalização constitui-se em um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem “se deslocar numa direção inversa às relações muito distanciadas que os modelam” (GIDDENS, 1991, p. 70). Isto posto, as modificações

ocorridas em esfera local tornam-se tão significativas para a globalização quanto a ampliação lateral das conexões sociais através do tempo e espaço, pois existem maiores chances de que transformação local gere efeitos em escala global.

Nesse sentido, observa-se a criação de inovações tecnológicas que aumentam o alcance dos meios de comunicação; a Internet possibilitou ampliar a esfera pública, visto que permite a comunicação em tempo real e aumenta a possibilidade do alcance de determinada mensagem. Também constitui um obstáculo ao controle midiático por parte dos regimes governamentais, ou seja, dos assuntos amplamente divulgados para e consumidos pela população, visto que a web permite “que os indivíduos postem, por um custo mínimo, mensagens e imagens que podem ser vistas instantaneamente por audiências globais” (LUIPIA *apud* HINDMAN, 2009, p. 316).

Esta característica do processo de globalização é relevante para a compreensão dos movimentos sociais que possuem repercussão mundial a partir da internet, não se limitando a gerar consequências apenas no âmbito local, visto que um acontecimento pode repercutir em escala global. Desta maneira, inaugura-se uma era na qual há maior possibilidade de maior compreensão acerca da hegemonia, ao possibilitar que o cidadão a utilize como um meio para manifestar suas insatisfações e conectar-se globalmente com outros cidadãos que compartilhem de suas ideias. Nesse sentido, a internet mostra-se como uma ferramenta multifuncional, visto que os usuários “não são mais receptores vazios, mas jornalistas, comentaristas e organizadores” (DIAMOND, 2012, p. 5). Para tanto, desde 2007, aproximadamente, foram desenvolvidas as redes sociais.

4 O PODER DAS MÍDIAS SOCIAIS

A partir do advento da internet, criam-se espaços coletivos para a transmissão de ideias, nos quais é permitido ao usuário fazer parte de uma comunidade virtual. De acordo com as regulações feitas pela própria rede social quanto aos usuários, todos podem criar um perfil e manifestar-se acerca de assuntos diversos. Logo, grupos sociais variados entrariam em contato a partir da promoção de debates diversos, os quais podem ser gerados a partir de simples acontecimentos. Como exemplo, pode-se citar a divulgação de um vídeo que traz à tona questionamentos acerca do racismo estrutural, ao demonstrar a brutalidade policial em relação à comunidade negra. Ressalta-se a importância do discurso nos domínios culturais e sociais nas redes, pois, na sociedade contemporânea a produção está também baseada nas relações sociais, nos símbolos, nas identidades e nas necessidades individuais (MELUCCI, 1996, p. 99).

Dessa forma, nota-se a possibilidade de iniciar um debate online acerca das opressões, e, conseqüentemente, de uma mobilização política em torno de tal problemática social, com o fulcro de promover mudanças. Contudo, deve ser considerado a diferença crucial existente entre manifestar-se online e de fato gerar um impacto, pois esta consequência depende do alcance das publicações online.

Trata-se de uma questão relacionada à identificação dos leitores com o que está sendo dito e propagado ali, quais sejam, as ideias contidas nos caracteres expostos em alguma

rede social. É, portanto, uma maneira diferenciada de mobilização, e torna-se possível reunir pessoas que pertencem ao mesmo grupo social para lutar por mudanças que serão benéficas para elas. Tal união pode se tornar um movimento social, "quando tais grupos entram em fusão, ou seja, quando se unem e realizam mobilizações" (VIANA, 2018, p. 127).

Pode-se, ainda, ampliar o pensamento crítico, pois é possível compartilhar documentos digitais que contribuem para a ampliação do acesso ao conhecimento. Vale ressaltar que o acesso à informação no ambiente online não é suficiente como ação política, pois faz-se necessário gerar efeitos concretos. É possível identificar um exemplo durante os protestos contra o governo iraniano em 2009, os quais embora tenham surgido pela mobilização *online*, não impediram a ocorrência de violações de direitos humanos; a tecnologia não evitou a tortura e a execução de muitos protestantes (DIAMOND, 2009, p. 14).

Nesse sentido, observa-se que a mobilização é uma peça central para atingir um objetivo coletivo de grandes proporções, ainda que instantâneo. Observa-se que não é necessária uma série de acontecimentos para provocar a existência dos movimentos questionadores; há mobilização porque o grupo de cidadãos que almeja mudar determinadas características concernentes ao governo possui uma motivação para tanto. Contudo, os resultados destas podem ser insuficientes, caso não exista um elemento essencial para promover a continuidade da mobilização até que este seja vitoriosa em sua luta contra o *status quo*, a politização.

Seja como for, resta inegável que Manjoo (2016) está absolutamente correto quando afirma que as Mídias Sociais se tornaram uma força cultural e política cada vez mais poderosa, a ponto de seus efeitos começarem a alterar o curso dos eventos globais.

Larry Diamond (2012) chega ao ponto de denominar incluir as Mídias Sociais no que denomina por "tecnologias da libertação" em face do empoderamento que dariam ao cidadão e à sociedade civil para facilitar a comunicação independente, expor opiniões, mobilizar protestos, monitorar eleições, fiscalizar o governo e outras formas de atingir a liberdade. Importante amostra de tais movimentos de libertação podem ser encontrados na "Revolução Verde" no Irã, na "Primavera Árabe" no Oriente Médio e Norte da África, e, no Brasil, na mobilização em favor da meia-passagem e demonstram que, de fato, a NTIC's gozam de relevante potencial para reduzir o fosso comunicacional entre os *insiders* e os *outsiders*. Tratam-se de exemplos no sentido de como as manifestações motivadas pelas Mídias Sociais podem ter algum nível de politização.

Friedman (2014), por seu turno, chegou a imaginar que a democratização e difusão da revolução e universalização das novas tecnologias, que saíram dos computadores das Elites para os Smartphones das pessoas, faria nascer uma nova força política global, maior e mais importante que os "Homens de Davos". Nesse sentido, esclareça-se que a expressão "Davos Men" foi cunhada por Huntington (2004) para identificar uma "superclasse" global, emergente do Fórum Econômico Mundial de Davos, elite cosmopolita e transnacional, formada por alta tecnologia, finanças, multinacionais, acadêmicos e ONGs e que tinham "pouca necessidade de lealdade nacional" e mais em comum entre si do que seus concidadãos.

Pois bem, a essa força maior e mais importante que os "Homens de Davos", Friedman (2014) denominou de "Square People". Tais pessoas da praça representariam uma diversidade de políticas e que demandariam um novo tipo de contrato social. Lutariam para que

sua voz fosse, cada vez mais, ouvida. Lutariam, ainda, por melhores escolas, estradas e um melhor Estado de Direito. Elas demandariam pela possibilidade de um futuro melhor e de ter suas vozes amplificadas.

5 POLITIZAÇÃO COMO CONTESTAÇÃO DA HEGEMONIA

Observa-se que as insurgências sociais estão intrinsecamente relacionadas com processos complexos, os quais influenciam diretamente na consecução de resultados de determinado movimento social e se os objetivos alcançados serão de curto, médio ou longo prazo. Isto é, a organização de um movimento social, ainda que inicie *online*, deve atravessar um processo de politização, a qual implica em entender as relações de poder existentes na sociedade. Ademais, a politização não acontece instantaneamente; pelo contrário, é desenvolvida de maneira complexa cujo alcance tem a necessidade de expansão gradativa, da teoria para a prática, em um processo dialético de práxis. Tal conceito foi aprofundado por Gramsci, a partir da análise materialista histórica-dialética marxista.

Dessa maneira, trata-se da unificação da consciência prática e teórica, sendo "uma política que também é filosofia, e uma filosofia que também é política" (GRAMSCI, 2000, p. 351). Argumenta-se que o processo da filosofia da práxis deve ser compreendido como a maneira pela qual as classes sociais sem privilégios constroem uma nova hegemonia, a partir da deposição da dominação das classes responsáveis pelas desigualdades sociais.

Para tanto, faz-se necessário compreender o sujeito histórico. Assim, propõe-se uma análise do sujeito social como um agente que possui a capacidade de promover a sua emancipação a partir da tomada de consciência, sendo, portanto, "uma criação histórica e não da natureza" (MICHELIS, 2017, p. 58). Gramsci reinventa a categoria do materialismo, ao compreendê-la como uma condição para articular o questionamento do *status quo*. Assim, a filosofia da práxis não é um sinônimo, mas uma "interpretação do materialismo histórico como filosofia independente e original" (LIGUORI, 2017, p. 593).

No processo de emancipação, a práxis torna-se fundamental para a mudança de paradigmas. Parte-se do entendimento que, em uma sociedade cuja hegemonia é burguesa, o conflito de classes existe e é assimilado pelas instituições hegemônicas. Isto é, os grupos dominantes criam uma espécie de senso comum cuja função principal é promover a desmobilização das lutas populares.

Nota-se que tal influência das classes dominantes não é violenta, porém reducionista, porque coloca as manifestações populares em um patamar de mero interesse corporativo. Logo, é uma maneira de reforçar a hegemonia burguesa, visto que o reforço do senso comum possui o objetivo de combater possíveis discursos contra-hegemônicos, isto é, o Estado cria, preventivamente, a opinião pública adequada, ou seja, organiza e centraliza certos elementos da sociedade civil (GRAMSCI, 2002 *apud* SIMIONATTO, 2009, p. 43).

A noção do senso comum é imprescindível para compreender de que maneira a filosofia da práxis será emancipatória, isto é, para que as classes subalternas tenham a possibilidade de "sair da fase econômico-corporativa para elevar-se à fase da hegemonia político-

intelectual na sociedade civil e tornar-se dominante na sociedade política" (GRAMSCI, 2002 *apud* SIMIONATTO, 2009, p. 43). Deste modo, é necessário promover uma nova maneira de pensar as questões sociais para além de conflitos de interesses entre grupos sociais que devem ser resolvidos no íterim das instituições. Para Gramsci, a mudança no discurso hegemônico se desenvolve também no âmbito do discurso, qual seja, do consenso que existe na sociedade. Nesse sentido, torna-se fundamental garantir que as classes subalternas possuam "uma atividade hegemônica mesmo antes da ida ao poder" (GRAMSCI, 2006, p. 63).

Para tanto, tem-se a importância da práxis, a qual oferece os meios necessários "para suplantar o senso comum e tornar as classes subalternas capazes de produzir uma contra-hegemonia" (SIMIONATTO, 2009, p. 43). Ressalta-se que Gramsci não compreende a filosofia como oriunda da prática intelectual burguesa, mas como uma reflexão acerca da ética e da política que pode ser feita por todos; busca-se, portanto, a soberania popular por meio da autonomia e libertação do paradigma opressor existente. Assim, a práxis emana dos grupos sociais subalternos que englobam não somente os operários no ambiente da fábrica, mas que "se estendem à realidade social das regiões marginalizadas" (SEMERARO, 2014, p. 139).

É possível comparar os participantes dos movimentos sociais impulsionados ou criados por intemrédio das redes sociais com a fase populista da práxis, conforme a descrição de "um processo longo, com ações e reações, conjuntos e separações e o crescimento de grupos" (GRAMSCI, 2000, p. 351). Entretanto, faz-se necessário que haja a consciência acerca da práxis. Nesse sentido, é fundamental o conhecimento teórico. Destaca-se que, ainda que as redes sociais possuam o poder de reunir pessoas sob o mesmo ideal, aliadas à divulgação de informações garantir o que será o futuro de tais insurgências sociais torna-se uma tarefa árdua visto que a motivação das pessoas envolvidas em tais manifestações pode mudar.

Nessa perspectiva, é possível observar que, embora haja a ação, qual seja, a prática de insurgência contra o sistema, esta é meticulosamente desmontada no mesmo íterim pelo qual foi iniciada. Portanto, ainda que estas sejam eficazes como meio de convocar os cidadãos para a ação política, observa-se também uma desvantagem nesse âmbito, ou seja, nos processos políticos pós-manifestação. Aqui, não se pode deixar de lembrar a correta e precisa observação de Krastev (2018) no sentido de que os novos autoritários acabaram sendo os maiores beneficiários da onda de protestos da última década, tendo, ainda, contribuído para a influência declinante das ONGs como agente de mudança social e política.

Dito isso, importante ressaltar a possibilidade de os meios de comunicação reforçarem o discurso hegemônico, como uma estratégia de degenerar o discurso dos grupos questionadores da ordem, no sentido de manter a opinião pública baseada no consenso existente nas relações de dominação, pois "ocorre a luta pelo monopólio dos órgãos da opinião pública: jornais, partidos, parlamento, de modo que só uma força modele a opinião e, portanto, a vontade pública nacional, desagregando os que discordam numa nuvem de poeira individual e inorgânica" (GRAMSCI, 2002 *apud* SIMIONATTO, 2009, p. 41).

Como exemplo, pode apontar-se os discursos proliferados nas redes que se pressupõem neutros ideologicamente. Tal neutralidade não é benéfica pois reduz o significado do processo de politização, ao associá-lo com a mera identificação com partidos políticos ou figuras proeminentes na conjuntura política. Logo, o ato de politizar não pode ser considerado interessante para os grupos sociais indignados com as opressões, pois implica na compreensão da necessidade da práxis como forma de luta contra opressões.

Nessa perspectiva, a manifestação iria adquirir um "conhecimento do mundo na medida em que o transforma" (GRAMSCI, 2002 *apud* SIMIONATTO, 2009, p. 43). Deste modo, pode afirmar-se que os grupos sociais envolvidos em determinado protesto prosseguiriam rumo à uma nova fase no processo de práxis, com o objetivo de alterar a realidade em que vivem a partir da recriação dos fatos sociais e da elaboração de uma nova visão de mundo.

Entretanto, a partir do momento em que a politização é colocada na roupagem de escolha dentre o espectro político, os indivíduos podem rejeitá-la, visto que o processo se torna enquadrado no senso comum. Deste modo, procede-se ao processo de despolitização, ou seja, o desmonte da consciência política que está na origem da insurgência social. Por sua vez, a própria noção de práxis pode ser identificada como negativa, no sentido de "perturbação da ordem", cujos efeitos não serão relevantes a longo prazo.

Sobre a rápida desmobilização dos movimentos globais organizados pelas Mídias Sociais Friedman (2014), com razão, lembra-nos que por trás de diversas manifestações massivas nas ruas, especialmente as que ocorreram no século passado, raramente pode ser encontrada uma organização bem alicerçada e permanente, capaz de acompanhar as demandas dos manifestantes e realizar o trabalho político complexo, cara a cara e sem graça que produz mudanças reais no governo.

No mesmo rumo as lições de Zeynep (2014, *apud* Friedman, 2014) que esclarece, acertadamente, que antes da Internet, o tedioso trabalho de organização exigido para contornar a censura ou organizar um protesto também ajudou a criar infraestrutura para tomada de decisão e estratégias para sustentar o movimento, sendo que o estado atual tecnológico permite que tais movimentos possam ultrapassar essa etapa, muitas vezes em seu próprio prejuízo.

E essa infraestrutura é relevante para dar solidez e vida longa aos movimentos contra-hegemônicos. E isso é tão mais verdadeiro quando nos deparamos com a precisa observação de Brumberg (*apud* Friedman, 2014) no sentido de que as pessoas de praça mais bem-sucedidas do mundo árabe, que forjaram toda uma nova constituição, estariam na Tunísia, que seria o país árabe detentor das instituições da sociedade civil mais robustas - especialmente uma poderosa federação sindical, bem como associações de empresas, direitos humanos e advogados.

Mas não é só! Os movimentos motivados pelas Mídias Sociais possuem um outro importante adversário a impedir ou prejudicar sua efetiva politização: a espetacularização. Nesse sentido, a articulação política não é entendida como relevante em primeiro momento, o que coloca os movimentos, conforme já visto, como suscetíveis para o desmonte do discurso contra-hegemônico. Exemplos da espetacularização podem ser observados em várias insurgências mundiais, como o movimento *Occupy*, o qual alcançou grande repercussão. Trata-se, dessa maneira, de um entendimento superficial, que subestima o potencial de mudança das manifestações; é traduzido no "fazer política nas ruas", que age como substituto da importante tarefa de organização política; "a manifestação é vista tanto como começo quanto fim político, quando, na verdade, é um meio" (FERNANDES, 2019, p. 72).

Por sua vez, tem-se que para o discurso de despolitização a insurgência constitui-se como uma ameaça à paz existente no sistema, o qual foi estruturado com o fulcro de ser uma "forma de governo caracterizada por um conjunto de regras que permitem a mudança dos governantes sem necessidade de usar a violência" (BOBBIO, 1996, p. 233). A narrativa

segundo a qual as eleições promoveriam mudanças sociais de maneira segura é reforçada, diferentemente da ação política. A apatia política é entendida como positiva, pois não representa uma ameaça concreta ao sistema.

Quando há a despolitização, cria-se uma alta probabilidade de que os movimentos sociais não consigam alcançar os fins para os quais foram criados, conseqüentemente, sem promover mudanças efetivas, salvo por um breve período de tempo no qual a agitação contrária ao sistema prevaleceu e tornou-se uma propulsora para o aspecto prático da práxis, logo, a ação. O resultado consiste em um grupo de indivíduos que, embora possam ter ideias semelhantes acerca de um determinado fato, não são capazes de se organizar para questioná-lo, limitando-se às redes sociais para expressar seu descontentamento. Todavia, não significa que o resultado dos movimentos sociais cibernéticos seja único ou que a despolitização seja a sina destes.

6 CONSEQUÊNCIAS DA DESPOLITIZAÇÃO: A PÓS-POLÍTICA

Um dos possíveis resultados de tais manifestações a longo prazo, quando os grupos envolvidos não perpassam o processo de politização é a pós-política, conceito definido por Zizek (ZIZEK, 2008 *apud* FERNANDES, 2019, p.217), ao referir-se às novas formas de fazer política a partir dos anos 1990. Deste modo, a pós-política é uma despolitização que não visa questionar as estruturas sociais vigentes, mas reafirmar conhecimentos oriundos do senso comum como uma pós-ideologia, qual seja, de superação das ideologias já existentes, visto que "o conflito das visões ideológicas globais incorporadas em diferentes partidos que competem pelo poder é substituído pela colaboração de tecnocratas esclarecidos e multiculturalistas liberais" (ZIZEK, 2008 *apud* FERNANDES, 2019, p.217).

Segundo o discurso pós-político, a reflexão acerca de assuntos diretamente relacionados ao fazer político não é necessária, pois esta constitui-se em um processo de negociação de interesses, por meio do qual é possível chegar ao consenso; este é um conceito importante para entender esta modalidade de despolitização que se coloca veementemente contra os extremismos. Tal posição não é razoável se considerarmos que a concepção de radicalismo em um discurso pós-político está fundamentada na ideia de oposição. Logo, quem luta contra a estrutura opressora e coloca-se contra as relações de exploração e busca o fim destas a partir da práxis, pode ser considerado como "extremista".

Entretanto, tal narrativa possui a facilidade de deslegitimar a ação política e a organização derivada desta, com o objetivo de enfraquecer a luta contra o sistema hegemônico. Ressalta-se que discursos pós-políticos podem ser empregados tanto por posições ideológicas à direita quanto à esquerda e são adaptados para servir aos interesses daqueles que se propõem a reproduzi-lo de maneira seletiva, porque "oferece artefatos de gestão de conflito na via do consentimento que são úteis mesmo àqueles que se constroem na ultrapolítica" (FERNANDES, 2019, p. 246). Deste modo, oferecem possibilidades para o despontar de figuras conservadoras no cenário político. Logo, a pós-política não é benéfica tanto para aqueles que desejam lutar contra o *status quo* quanto para aqueles que desejam a manutenção do sistema.

Visto que a pós-política rejeita o antagonismo político, propõe-se que o consentimento e a negociação sejam a alternativa para eliminar as contradições persistentes na sociedade. Para tanto, utiliza-se de respostas tecnocráticas, com o fulcro de integrar embasamento científico à reprodução do senso comum e apresentar soluções de aparência nova, sendo assim “uma fantasia de uma política sem política” (DEAN, 2013 *apud* FERNANDES, 2019, p. 246)

Nesse sentido, tem-se que uma das características definidoras do discurso pós-político é a pressuposta neutralidade. Um exemplo é o discurso “nem esquerda, nem direita”, difundido amplamente *online* por proeminentes figuras políticas atuais que apresentam como renovação, e que consideram que soluções que propõem para os problemas democráticos aparentam superar o conflito natural entre esquerda e direita. Desta forma, os espectros ideológicos são vistos de forma semelhante à Teoria da Ferradura, a qual enxerga a esquerda e a direita como iguais em suas formas extremas, quando, em verdade, tratam-se de ideologias diametralmente diferentes entre si.

Nesse ínterim, as redes sociais revelam sua utilidade para promover a difusão massiva de pensamentos de caráter pós-político, construídos de acordo com os interesses de quem os escreveu, visando atingir uma determinada classe, que se vê concordando com um discurso do senso comum, pois este é naturalizado.

O poder das redes sociais é, desta maneira, utilizado para enfraquecer as manifestações sociais cuja origem também foi a partir desses mesmos meios. Até mesmo a pauta relacionada aos direitos humanos de caráter social é considerada pós-ideológica, isto é, como um questionamento de senso comum. Tal narrativa ignora as origens do reconhecimento do conjunto de direitos humanos, constantemente relegados a um patamar de inferioridade em relação aos direitos de primeira ordem, quais sejam, as liberdades fundamentais, visto que “qualquer possibilidade que esteja além, na essência do pensamento radical e de base, é excluída” (FERNANDES, 2019, p. 220).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que o problema da representação política no mundo pós-globalização é uma questão urgente a ser desenvolvida pela ciência política, contudo, faz-se necessário olhar para além do caráter imediatista e instantâneo das redes sociais, se houver o objetivo de mudar as estruturas sociais. Provou-se, pelo despertar das manifestações mundo afora, que o modelo liberal de democracia não é sustentável em um mundo cujas transformações são cada vez mais vertiginosas.

Contudo, a ocupação das ruas como espaço de manifestação política não é suficiente como representação política, visto que não é um fim em si mesmo, mas um meio para propor uma redefinição do conceito de democracia para além do modelo liberal. Nesse sentido, as reflexões gramscianas mostram-se essenciais para a compreensão da necessidade da práxis como ferramenta propulsora da mudança política. A superação da hegemonia liberal-burguesa demanda a construção de uma nova hegemonia, a partir da superação das relações de dominação e da opressão das classes subalternas.

Nesse sentido, ainda que as redes sociais possam contribuir para a mudança social, e, efetivamente, podem, estas também podem ser meios para reforçar a estrutura existente, a partir do discurso da pós-política, como, infelizmente, vem ocorrendo, o qual enxerga a teoria aliada à prática como um radicalismo, quando, em verdade, é uma forma de compreender a hegemonia liberal e seu objetivo de manter a apatia política e a participação do cidadão nas decisões apenas pela escolha de representantes dentro das próprias elites.

Em suma, é fundamental combater a pós-política pelo desenvolvimento da práxis, a partir da negação do discurso pretensamente neutro, mas que, em verdade, é a favor das estruturas hegemônicas. Para tanto, faz-se necessário ressignificar o papel das redes sociais neste âmbito, visto seu potencial para promover mudanças e incitar a organização dos cidadãos para clamar por novos horizontes políticos. Assim, é urgente pensar em formas de politização das novas manifestações sociais, além de meios para desenvolver a consciência crítica dos cidadãos interconectados, cujo poder de mobilização já foi sentido.

Para tanto, mister concordar-se com Friedman (2014) que alerta que apesar captura do discurso e da práxis das “pessoas da praça” pelas forças hegemônicas, é possível supor que sem tais pessoas nenhuma mudança importante será possível, especialmente em certos países, pelo que as mídias sociais tem esse importante potencial para alcançá-las, movê-las e mantê-las em movimento.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Cavalcanti. O conceito de hegemonia de Gramsci a Laclau. *Revista Lua Nova*, São Paulo, 80: 71-96, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n80/04.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2020.

AMORIM, Maria Salete Souza de e DIAS, Rodrigo Rodrigues. Dimensões Teóricas e Práticas da Qualidade da Democracia. *REVISTA DEBATES*, Porto Alegre, v.6, n.3, p.79-96, set.-dez. 2012. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/debates/issue/view/1950/showToc>. Acesso em: 1 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Editora Paz e Terra. 2000.

CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada á dos Modernos. *Revista de Filosofia Política*, Porto Alegre, LePM Editores, nº 2, 1985.

CORVAL, P. Democracia Representativa: Revisitando John Stuart Mill. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52 Número 206 abr./jun. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p245.pdf. Acesso em: 5 jan. 2020.

DAHL, Robert A. *Who Governs?* Connecticut: Yale University Press, 1961.

DE LA BOÉTIE, Etienne. Discurso da Servidão Voluntária. *Cultura Brasil*. 2010. Disponível em: http://www.miniweb.com.br/biblioteca/artigos/servidao_voluntaria.pdf. Acesso em: 1 junho 2020.

DIAMOND, Larry. *Liberation Technology*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2012.

DURIGUETTO, Maria L. Democracia: apontamentos do debate liberal e marxista. *Revista Emancipação*, Ponta Grossa, 11(2): 289-300, 2011. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>. Acesso em: 4 jan 2020.

FARIA, José Henrique de. MENEGHETTI, Francis K. Burocracia como Organização, Poder e Controle. In: XXIV Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro: ANPAD, 25-29 de janeiro de 2010. Disponível em: http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/53/eor216.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

FERNANDES, Sabrina. *Sintomas Mórbidos*. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.

FRIEDMAN, Thomas. *The Square People*, Part 1. The New York Times: Mai 13, 2014. Disponível em <https://www.nytimes.com/2014/05/14/opinion/friedman-the-square-people-part-1.html>. Acesso em: 27 mai. 2020.

GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Pós-Modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GRAMSCI, Antonio. *The Antonio Gramsci Reader: Selected Writings, 1916-1935*. Nova York, New York University Press, 2000.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. Vol. 1. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2006.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. Vol. 3. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2007.

GUIMARÃES, Juez. *Marxismo e democracia: um novo campo analítico-normativo para o século XXI*. Filosofia Política Contemporânea: Controvérsias sobre Civilização, Império e Cidadania. Atilio A. Boron, 1a ed. - Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. Abril 2006. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolconbr/Guimaraes.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

HINDMAN, Matthew. *The Myth of Digital Democracy*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2009.

HUNTINGTON, Samuel. Dead Souls: The Denationalization of the American Elite. *The National Interest* – March 1, 2004. Disponível em <https://nationalinterest.org/article/dead-souls-the-denationalization-of-the-american-elite-620>. Acesso em: 22 mai. 2020.

KRASTEV, Ivan. The Square People – September 6, 2018. Disponível em: <https://www.bfna.org/research/the-square-people/>. Acesso em: 1 jun. 2020.

LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale (Orgs.). *Dicionário Gramsciano*. São Paulo: Boitempo, 2017.

LOSURDO, Domenico. *Contra-História do Liberalismo*. São Paulo: Editora Ideias e Letras, 2006.

MANJOO, Farhad. Social Media's Globe-Shaking Power. The New York Times: Nov. 16, 2016. Disponível em <https://www.nytimes.com/2016/11/17/technology/social-medias-globe-shaking-power.html>. Acesso em: 22 mai. 2020.

MARTORANO, Luciano C. Democracia burguesa e apatia política. *Crítica Marxista*, São Paulo, Ed. Revan, v.1, n.24, 2007, p.37-50.

MELUCCI, A. *Challenging codes – collective action in the information age*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

MICHELIS, Angela. A Filosofia da Práxis em Antonio Gramsci. *AUFKLÄRUNG*, João Pessoa, v.4, n.2, Mai-Ago, 2017, p.57-66.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ROITMAN, Marcos. *Democracia sin democratas y otras invenciones*. Madrid: Ediciones sequitur, 2007.

ROUSSEAU Jean-Jaques. *O Contrato Social*. São Paulo: Cultrix, 1989.

SEMERARO, Giovanni. Filosofia da Práxis e as Práticas Político-Pedagógicas Populares. *Educação e Filosofia Uberlândia*, v. 28, n. 55, p. 131-148, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/EducacaoFilosofia/article/download/25025/15359/>. Acesso em: 19 fev. 2020.

SIMIONATTO, Ivete. Classes subalternas, lutas de classe e hegemonia: uma abordagem gramsciana. *Rev. katálysis*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 41-49, June 2009. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802009000100006&lng=en&nrm=iso>. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-49802009000100006>. Acesso em: 19 Fev. 2020.

VIANA, Nildo. A Criminalização dos Movimentos Sociais. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 202, Março/2018. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/download/40241/21955>. Acesso em: 27 mai. 2020.

VITULLO, Gabriel; SCAVO, Davide. O liberalismo e a definição bobiana de democracia: elementos para uma análise crítica. *Rev. Bras. Ciênc. Polít.*, Brasília, n. 13, p. 89-105, Apr. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 fev. 2020.

Recebido/Received: 11.05.2020.

Aprovado/Approved: 03.06.2020.

ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

CRITICAL ANALYSIS OF THE POSSIBILITY
OF APPLYING RESTORATIVE JUSTICE BY
THE LABOR PROSECUTION OFFICE

SANDOVAL ALVES DA SILVA¹

CAMILLE DE AZEVEDO ALVES²

JOÃO RENATO RODRIGUES SIQUEIRA³

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa na tutela coletiva extrajudicial pelo Ministério Público do Trabalho em irregularidades trabalhistas noticiadas à instituição. Adotou-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo e, como método de procedimento, a pesquisa bibliográfica. Verificou-se que o Ministério Público é uma instituição com poderes para formular argumentos no intuito de deliberar e de discutir, em igualdade de condições, com os interessados e os envolvidos em conflitos, problemas e insatisfações sociais. Conclui-se que o Ministério Público do Trabalho é um ator

- 1 Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na linha de pesquisa sobre constitucionalismo, democracia e direitos humanos, Procurador do trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 8.ª Região, Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA), na Pós-Graduação de Direito - PPGD com as disciplinas "Solução de problemas e de conflitos por acordo e a concretização dos direitos sociais" e "Processo dialógico de concretização dos direitos sociais", bem como na graduação com as disciplinas Teoria Geral do Processo e Processo Civil. Líder do Grupo de Pesquisa "Comunidade, conflitos, problemas, insatisfações sociais e o estudo sobre paz" (CNPq). Membro do IIDP (Instituto Ibero Americano de Direito Processual). Associado da ANNEP (Associação Norte Nordeste dos Professores de Processo), ex-Coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho - COORDIGUALDADE, ex-professor de Direito Financeiro e Orçamento Público, ex-procurador do Estado do Pará, ex-assessor da Auditoria Geral do Estado do Pará e ex-analista de controle externo do Tribunal de Contas do Estado do Pará. <https://orcid.org/0000-0002-1795-2281>. <http://lattes.cnpq.br/2744878887909140>. sandovalsilva4@yahoo.com.br.
- 2 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Bolsista de Extensão no Projeto "A aplicação das práticas restaurativas no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Federal do Pará como um processo acadêmico da extensão universitária" (2019-2020). Voluntária no Projeto de Extensão Capacitação de acesso à justiça no Projeto Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História (PERNOH)(2019-2020). Bolsista PIBIC/UFPA (2017-2018). Membro do Grupo de Pesquisa "Tradição da Lei Natural" (CNPq) e do Grupo de Pesquisa "Comunidade, conflitos, problemas, insatisfações sociais e o estudo sobre paz" (CNPq). <https://orcid.org/0000-0002-2879-088X>. <http://lattes.cnpq.br/3381321326552718>. camilledeazevedoalves@gmail.com.
- 3 Graduando em Direito-UFPA; bolsista de iniciação científica PIBIC 2019-2020; voluntário PIBEX 2019-2020; Membro do grupo de Pesquisa "Tradição da Lei Natural" (CNPq) e do Grupo de Pesquisa "Comunidade, conflitos, problemas, insatisfações sociais e o estudo sobre paz" (CNPq). <https://orcid.org/0000-0002-5411-7322>. <http://lattes.cnpq.br/0696701101651511>. joao.renato.rs@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

SILVA, Sandoval Alves da. ALVES, Camille de Azevedo. SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. *Análise crítica acerca da possibilidade de aplicação da justiça restaurativa pelo ministério público do trabalho*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 280-301, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7916>

político-burocrático com poderes para instaurar procedimentos dialógicos para proceder à concretização de direitos sociais, à harmonização e à pacificação social, sendo as práticas restaurativas uma das possibilidades de atuação nos procedimentos ministeriais.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça restaurativa. Direitos Sociais. Tutela Coletiva Extrajudicial. Ministério Público do Trabalho.

ABSTRACT

The current work seeks to study the possibility of applying restorative justice to extrajudicial collective protection by the Labor Prosecution Office in labor irregularities reported to the institution. The hypothetical-deductive approach was adopted and the bibliographic research was herein employed. It was found that the Prosecution Office is an institution with power to develop arguments in order to deliberate and discuss on equal terms with those interested in and the ones involved in conflicts, problems and social dissatisfactions. It concludes that the Labor Prosecution Office is a political-bureaucratic actor with power to establish dialogical procedures of accomplishment of social rights, harmonization and social pacification, with restorative practices being possible performances in ministerial procedures.

KEYWORDS: Restorative Justice. Social Rights. out of court collective relief . Labor Prosecution Office.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva estudar a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa na tutela coletiva extrajudicial pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) em irregularidades trabalhistas noticiadas à instituição ministerial. Assim sendo, a pergunta problema do trabalho é: em que medida o Ministério Público do Trabalho é uma instituição apta a aplicar as práticas restaurativas nos procedimentos por ele instaurados? Levanta-se a hipótese de que o MPT é um ator político-burocrático com poderes para instaurar procedimentos dialógicos para proceder à concretização de direitos sociais, à harmonização e à pacificação social, sendo as práticas restaurativas um desses procedimentos.

Para verificar a hipótese levantada, analisam-se a estrutura e as formas de aplicação da justiça restaurativa, investiga-se a atuação do Ministério Público do Trabalho, relata-se o desenvolvimento da justiça restaurativa no âmbito do Ministério Público e propõe-se a aplicação das práticas restaurativas pelo Ministério Público do Trabalho.

Utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo: propõe-se uma hipótese para o problema e tenta-se averiguá-la ao longo do trabalho. Como método de procedimento, adota-se a pesquisa bibliográfica, que objetiva a obtenção de dados e de argumentos a fim de corroborar ou desqualificar a hipótese levantada.

Primeiramente, faz-se a análise da estrutura da justiça restaurativa, expondo-se algumas formas de sua aplicação. Para tanto, demonstram-se os focos, os objetivos, os pilares, os elementos e os três principais modelos de práticas restaurativas – a vítima-ofensor, as conferências de grupos familiares e os processos circulares.

Em seguida, investiga-se a atuação do Ministério Público do Trabalho enquanto ator político-burocrático com poderes para instaurar procedimentos dialógicos tendo em vista

a concretização de direitos sociais e de políticas públicas e a harmonização e a pacificação social.

Posteriormente, relata-se o desenvolvimento da justiça restaurativa no âmbito do Ministério Público (MP) com base na análise da Resolução n.º 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que dispõe acerca da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, examinando-se especialmente os artigos em que se estatuem as práticas restaurativas.

Por fim, propõe-se a aplicação das práticas restaurativas pelo Ministério Público do Trabalho, elucidando algumas questões relativas às técnicas restaurativas, bem como se apresentam algumas críticas e sugestões, que possibilitarão uma análise da justiça restaurativa aplicada às tutelas extraprocessuais trabalhistas, de caráter coletivo.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA

Segundo fontes históricas e antropológicas, há vestígios do que hoje chamamos “práticas restaurativas” em algumas comunidades da África, da Nova Zelândia, da Áustria e das Américas. Todavia, algumas dessas práticas foram sufocadas pelas diversas dominações que esses povos sofreram e muitas sumiram devido à centralização do poder estatal dominante (JACCOUD, 2005, p. 163-164).

A inspiração do modelo restaurativo atual remonta às tradições ancestrais dos Maoris, da Nova Zelândia, e das culturas indígenas do Canadá (PINTO, 2005, p. 23). Na Nova Zelândia, a justiça restaurativa começou a ganhar os contornos que hoje conhecemos, destacando-se no âmbito do direito penal nas infrações infantojuvenis, como um modo de lidar com crimes de menor potencial ofensivo ou crimes patrimoniais. Todavia, foi a partir da experiência observada na África do Sul com as Comissões de Verdade e Reconciliação que as estruturas da justiça restaurativa foram ampliadas e começaram a ser aplicadas em situações de violência generalizada (ZEHR, 2015, p. 12).

A justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda forma de ação, individual ou coletiva, visando (1) corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, (2) estimular a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito, (3) criar um sentimento de responsabilidade pelos atos praticados e (4) gerar um compromisso para cada um dos envolvidos (JACCOUD, 2005, p. 169).

A preocupação especial da justiça restaurativa refere-se às necessidades da vítima, dentre as quais se destacam as seguintes: (1) obter informação, isto é, obter respostas reais quanto às questões ligadas aos atos lesivos sofridos e ao ofensor; (2) dizer a verdade, ou seja, ter a oportunidade de narrar o acontecido a partir da sua perspectiva; (3) recuperar o empoderamento, para que lhe seja devolvido o controle sobre todos os aspectos da sua vida; (4) conseguir a restituição patrimonial ou vindicação por parte daquele que lhe causou o dano (ZEHR, 2015, p. 28-29).

O segundo maior foco é garantir que os ofensores assumam responsabilidades. A verdadeira responsabilização estimula o ofensor a compreender as consequências de seus atos

e incentiva o sentimento de corresponsabilização pelo sofrimento alheio, instigando o ofensor a adotar medidas corretivas quando for possível (ZEHR, 2015, p. 30-31).

Assim, a justiça deve ofertar àquele que causou o dano: (1) a responsabilização por seus atos, para que ele cuide dos danos causados; (2) o estímulo a empatia e a responsabilização social para que ele transforme a vergonha sentida pela percepção do erro; (2) o estímulo à experiência de transformação a partir daquele ato, a ponto de curar os males que corroboraram para que ele agisse daquele jeito, permitir o tratamento de problemas conexos e aprimorar suas competências pessoais; (3) o estímulo e o apoio para a reintegração dele à comunidade; (4) a detenção, se for o caso (ZEHR, 2015, p. 31).

Os pilares da justiça restaurativa são: danos e necessidades, obrigações e engajamento⁴. A justiça restaurativa foca o dano cometido, pois vê o crime como um dano causado às pessoas e à comunidade⁵. Desses danos resultam obrigações que criam responsabilizações para aqueles que os causaram, fazendo que com os ofensores compreendam as consequências de seus comportamentos e assumam o compromisso de corrigir a situação criada, na medida do possível. Assim, a justiça restaurativa promove o engajamento e a participação de todos os afetados (ZEHR, 2015, p. 38-40).

Um dos objetivos da justiça restaurativa é tratar do ato lesivo (dano), sendo um estímulo ao ofensor para que faça o certo. Isso implica, necessariamente, uma responsabilidade para o ofensor, que deve tentar, tanto quanto possível, reparar o dano em todas as suas dimensões: patrimonial, social, intelectual, psicológica etc. Salienta-se que, em primeiro lugar, a obrigação de reparar o dano causado é do ofensor, porém a comunidade, em alguns casos, também pode ser responsável (ZEHR, 2015, p. 44-45).

A dispersão e o compartilhamento do poder de decidir sobre questões elementares da vida dos agentes são fundamentais para a transformação social. O protagonismo dos sujeitos e a abertura à diversidade de narrativas completam e complexificam a imagem do Estado e de seus cidadãos (ARAÚJO, 2019, p. 285).

Outro objetivo é tratar as causas que levaram à ofensa. Para isso, faz-se necessário examinar os danos que o próprio ofensor sofreu, pois muitos atos ilícitos surgem como respostas a uma sensação de vitimização e a um esforço para reverter tal situação (ou surgem de necessidades não atendidas). O trauma pode ser considerado uma experiência central na vida de todos (vítima, ofensor e comunidade). Os esforços para reparar o mal é o cerne da

4 De acordo com Zehr (2008, p. 178), a experiência de justiça é uma necessidade humana básica, sem a qual a cura e a reconciliação são difíceis de serem obtidas ou até impossíveis. Portanto, a justiça é pré-condição para a solução (a administração e a transformação de conflitos, de problemas e de insatisfações sociais (CPIS)). Observa-se que não é objetivo do autor, ao menos nessa obra, conceituar necessidade humana básica, porém adota-se a teoria das necessidades desenvolvida pelos autores Doyal e Gough (1994), segundo a qual existem necessidades básicas comuns, universais e objetivas. O critério utilizado para distinguir necessidades humanas básicas das intermediárias ou das preferências foi o impacto negativo (danos graves) causados pelo não atendimento de tais necessidades principalmente no que concerne à saúde física e mental. Assim, Doyal e Gough (1994) defendem que existem duas necessidades básicas: a saúde física e a autonomia racional (autonomia de agência e autonomia crítica). Sucintamente, a autonomia de agência é a capacidade de agir e ser responsável por seus atos, ao passo que a autonomia crítica é a capacidade de participar de processos de avaliação da cultura em que se está inserido, compreendendo-a e alterando-a, se necessário. Ademais, as necessidades humanas básicas compreendem outras onze necessidades intermediárias que as otimizam: a) alimentação nutritiva e água potável; b) habitação adequada; c) ambiente de trabalho desprovido de riscos; d) ambiente físico saudável; e) cuidados de saúde apropriados; f) proteção à infância; g) relações primárias significativas; h) segurança física; i) segurança econômica; j) educação apropriada; k) segurança no planejamento familiar.

5 Em razão do corte metodológico, apesar de haver fortes diferenças conceituais entre *comunidade* e *sociedade*, será aqui utilizado o primeiro termo para representar a comunidade ou a coletividade, por significar melhor a ideia defendida. Para aprofundar o tema, consultar o texto *El retorno a la comunidad: problemas, debates y desafíos de vivir juntos*, de Alfonso Torres Carrillo (2013).

justiça restaurativa sob duas dimensões: a) tratar suas causas, inclusive os fatores negativos que possibilitaram o comportamento ilícito; b) tratar os danos cometidos (ZEHR, 2015, p. 46-48).

Figura 1 – Justiça restaurativa.



Fonte: ZEHR, 2015, p. 50.

A questão central do processo restaurativo é corrigir os sérios prejuízos (graves danos)⁶ provenientes do ato lesivo. Para tanto, a justiça restaurativa adota algumas medidas: a) foca as necessidades e os danos dos envolvidos para analisar pretensões, expectativas, medos, frustrações e outros; b) envolve os interesses de todos; c) aborda as obrigações que todos os envolvidos possuem diante dos CPIS; d) faz uso, para chegar ao resultado esperado, de processos cooperativos para criar ou restabelecer um elo entre os sujeitos envolvidos, bem como (re)criar o sentimento de responsabilidade pelo atos individuais para com os outros. Salienta-se que todo esse trabalho é marcado pelo respeito mútuo entre os participantes, em clima cooperativo e não adversarial.

Há três modelos principais de práticas restaurativas: os encontros vítima-ofensor, as conferências de grupos familiares e os processos circulares. Cada um implica, em alguma medida e indissociavelmente, o diálogo entre os interesses dos envolvidos. Todos partem do pressuposto de que, para resolver todo e qualquer comportamento nocivo, é preciso, primeiramente, atender a três premissas: (1) o mal cometido precisa ser conhecido por todos; (2) a equidade⁷ precisa ser criada ou restaurada; (3) é preciso tratar das intenções futuras

6 Doyal e Gough (1994, p. 50) utilizam a expressão “graves danos” (*serious harm*) para referir-se aos impactos negativos que impedem ou põem em sério risco a possibilidade objetiva de os seres humanos viverem física e socialmente em condições de poder expressar sua capacidade ativa crítica.

7 Zehr, nas obras *Trocando as lentes* (2008) e *Justiça restaurativa* (2015), não apresenta um conceito jurídico-filosófico de equidade, apenas a apresenta como um valor a ser buscado pela justiça restaurativa. Porém, salienta-se que o uso discricionário do termo pode levar a errôneas compreensões, uma vez que diversos autores, como Aristóteles (*Ética à Nicômaco*), John Rawls (*Uma teoria da justiça*) e Ronald Dworkin (*O império do direito*), conceituaram-na diferentemente. Embora haja certo senso comum jurídico em abordar a equidade como a *justiça do caso concreto*, o que remontaria ao conceito aristotélico, tal conceituação é equivocada ao ignorar a antropologia e a metaética que dão subsídio ao conceito. Cordioli (2015, p. 185-209) esclarece que muitas teorias de justiça atuais, como a de Rawls, deixaram de considerar o papel da ética e das

de todos. Ademais, em todos os modelos, a participação das pessoas deve ser voluntária (ZEHR, 2015, p. 62-63).

Os encontros entre vítima e ofensor envolvem os diretamente prejudicados e os responsáveis pelo dano. *A priori*, a vítima e o ofensor devem ser separados, mas, havendo consentimento para que haja o encontro entre os dois, o procedimento restaurativo deve ser organizado e conduzido por um facilitador que orientará o processo de modo equilibrado (ZEHR, 2015, p. 66).

Em uma das fases, oferece-se à vítima a oportunidade de reunir-se com o infrator em ambiente seguro e estruturado, acompanhado de facilitadores, para um enfrentamento (ou melhor, um espaço cooperativo) em que ambos podem construir um plano restaurativo para abordar o conflito e resolvê-lo (transformá-lo ou administrá-lo) (PAZ, S.; PAZ, M., 2005, p. 127).

Nas conferências de grupos familiares, ocorre a ampliação dos participantes, incluindo, necessariamente, familiares e outras pessoas da comunidade envolvidas diretamente no conflito. Tal modelo concentra-se em oferecer apoio àqueles que sofreram o dano e à família, bem como a quem causou o dano e a sua família (ZEHR, 2015, p. 66-67). Os objetivos das conferências são envolver a vítima na construção da resposta ao delito, conscientizar o infrator da maldade de seus atos e vincular a vítima e o infrator à comunidade (PAZ, S.; PAZ, M., 2005, p. 127).

Os círculos de construção de paz são um processo de diálogo que cria intencionalmente um espaço em que as pessoas possam sentir-se seguras para discutir problemas difíceis ou dolorosos, com o intuito de melhorar os relacionamentos e resolver as diferenças. A intenção do círculo é pensar em soluções que se coadunam com cada membro participante. O processo baseia-se na suposição de que cada participante do círculo tem igual valor e dignidade, garantindo-se o direito de participação a todos, pois compreende-se que cada participante possui dons a oferecer na busca de uma boa solução para o problema (PRANIS, 2010, p. 11).

Os círculos são preconcebidos para debater como a conversa acontecerá antes de discutir os assuntos difíceis. Conseqüentemente, para a consecução desse encontro, o círculo estuda os valores e diretrizes antes de abordar as diferenças ou os conflitos (ou melhor, conflitos, problemas ou insatisfações sociais (CPIS)). Quando possível, o círculo também examina a construção dos relacionamentos antes de discutir os assuntos difíceis. A responsabilidade do facilitador, nesses casos, é auxiliar os participantes a criar uma zona segura para a conversa e monitorar a qualidade do espaço (e do diálogo) durante a realização do círculo. Portanto, se o ambiente se tornar desrespeitoso, o facilitador deve chamar a atenção do grupo para esse problema e ajudá-lo a restabelecer o espaço de respeito (PRANIS, 2010, p. 11).

No Brasil, a Justiça Restaurativa começou a ser oficialmente aplicada em 2005 com três projetos-piloto implantados no Estado de São Paulo, no Estado do Rio Grande do Sul e no Distrito Federal. Atualmente, os programas, projetos e ações em Justiça Restaurativa

peças e focaram suas análises na política e nas instituições sociais. Contudo, a equidade, em Aristóteles, é uma virtude ética que é uma das modalidades da justiça, enquanto retificação do justo legal. Isto é, um atributo desejável de caráter que leva a pessoa a querer o justo não apenas no sentido da lei, mas que o ultrapassa quando o último se mostra contra a igualdade e o bem comum. Sendo assim, não há como separar o conceito de equidade em Aristóteles dos conceitos de virtude, vício, justiça, igualdade e bem comum.

são, em regra, coordenados e promovidos pelo Poder Judiciário e as metodologias restaurativas mais utilizadas são os círculos de construção de paz de Kay Pranis e os baseados em comunicação não-violenta. Apesar da expansão, a aplicação se restringe as infrações criminais leves, aos atos infracionais e a violência doméstica, embora haja um alto interesse por desenvolvimento de capacitação e ações restaurativas em direito de família (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 5, 39).

Após a análise da justiça restaurativa, demonstrados os três principais modelos de práticas restaurativas, analisemos a atuação do Ministério Público do Trabalho, enquanto instituição apta a promover a harmonização social por meio da busca da efetivação dos direitos sociais.

3 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 garantiu que o Ministério Público se estruturasse com profissionalismo, especialização de atuação e um corpo burocrático como o poder de cumprir a missão constitucional de concretizar direitos humanos (ACKERMAN, 2000, p. 692).

O Ministério Público, então, é uma instituição burocrática com poderes para formular argumentos no intuito de deliberar e de discutir, em igualdade de condições, com os interessados e os envolvidos em CPIS, na busca de um acordo deliberativo fundamentado que atenda à justiça (SILVA, 2016, p. 241).

No intuito de ampliar o alcance da instituição, a CRFB/1988 burocratizou o Ministério Público em duas esferas federativas: a União e os estados. Assim, para a concretização e a realização dos direitos sociais, o Ministério Público da União abrange o MP federal, o do Distrito Federal e territórios, o militar e o do trabalho (SILVA, 2016, p. 248).

Logo, o Ministério Público é um ator político-burocrático que tem poderes para instaurar procedimentos dialógicos para proceder à especificação e à concretização de direitos sociais de forma a torná-los exigíveis no campo individual e coletivo (SILVA, 2016, p. 78-79). O MPT adota diversos procedimentos administrativos (ou melhor, ministeriais)⁸ que possibilitam a sua atuação (Figura 2).

8 Apesar de serem denominados "procedimentos administrativos", considera-se que tal denominação é uma forma de ler o novo com lentes antigas, pois o Ministério Público possui autonomia constitucional e atua independentemente dos demais ramos do Poder Público. Portanto, a classificação escoreta é ato, procedimento ou negociação ministerial quando se tratar do exercício da atribuição típica do Ministério Público, sem que isso afaste a possibilidade de atribuições atípicas, como atos e processos administrativos de nomeação, exoneração de servidores e membros, entre outros (SILVA, 2016, p. 276).

Figura 2 – Procedimentos administrativos do MPT.

PROCEDIMENTO	SIGLA
Carta Precatória do Ministério Público	CP
Inquérito Civil	IC
Notícia de Fato	NF
Procedimento de Acompanhamento Judicial	PAJ
Procedimento Administrativo de Mediação	PA-MED
Procedimento Administrativo de Arbitragem	PA-ARB
Procedimento Administrativo Promocional	PA-PROMO
Procedimento Preparatório	PP

Fonte: Elaboração dos autores.

Cada um desses procedimentos possui uma finalidade e um objeto distinto, o que não será posto em debate neste artigo⁹. Portanto, observa-se que o MPT dispõe de diversos instrumentos de concretização de direitos humanos sociais, de políticas públicas e de harmonização e pacificação social, dentre os quais se destacam o inquérito civil, o acordo de concretização de direitos humanos ou termo de ajustamento de conduta¹⁰, a recomendação, o procedimento de promoção de políticas públicas, os procedimentos administrativos de mediação e de arbitragem (SILVA, 2016, p. 78).

Essa forma de atuação ministerial, voltada para a defesa do interesse público e das demandas sociais, em comparação, por exemplo, com os parâmetros materiais de legitimidade da intervenção judicial em políticas públicas (SOUZA NETO, 2008, p. 125), atende aos critérios de atuação em tais políticas de forma mais flexível, com a defesa dos hipossuficientes, permitindo (1) a participação do indivíduo na autonomia privada e coletiva, (2) a universalização das medidas sociais, garantindo acesso simultâneo, igual e universal, (3) a consideração do sistema dos direitos sociais em sua unidade, (4) a primazia da opção técnica e administrativa (em caso de divergência) e da solução mais econômica (relação custo-benefício) e (5) o exercício do controle da execução orçamentária das políticas públicas (SILVA, 2016, p. 80).

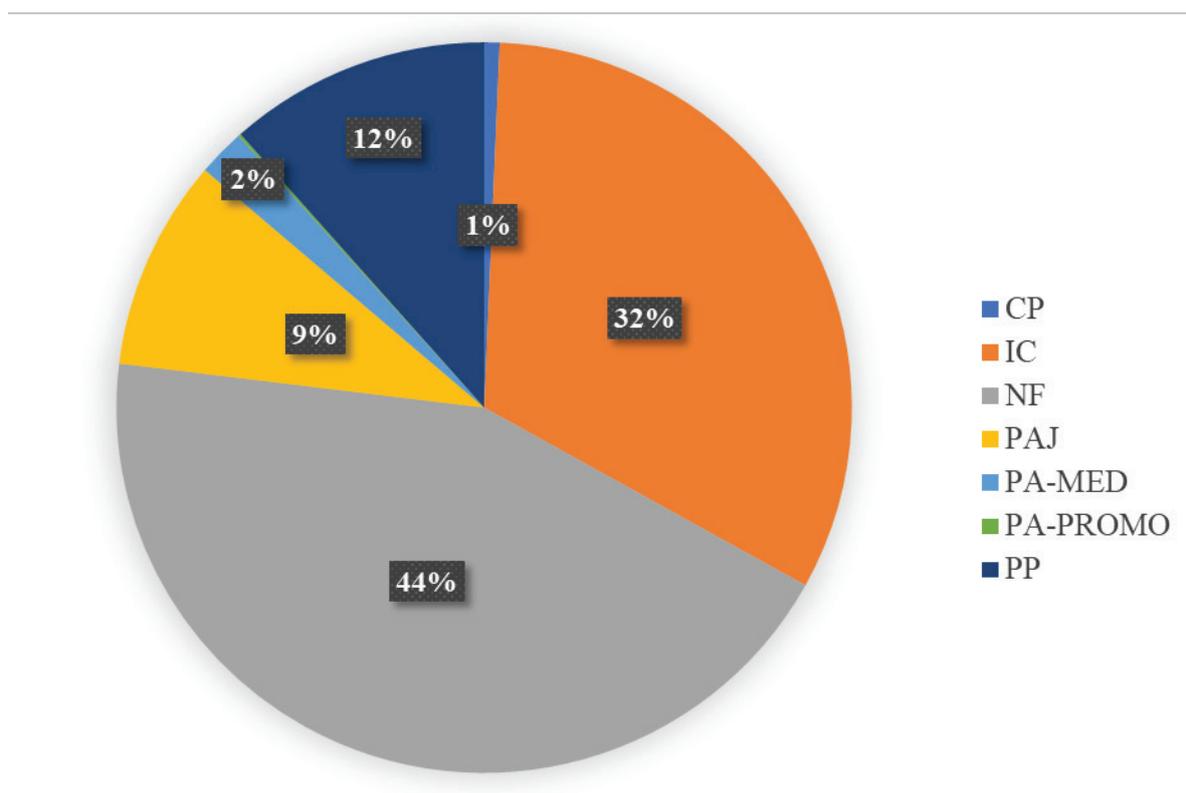
Em 2015, no Ministério Público do Trabalho do Pará (MPT-PA), Procuradoria Regional do Trabalho da 8.^a Região Pará e Amapá, na sede em Belém, foram instaurados 1.777 (mil setecentos e setenta e sete) procedimentos, os quais foram distribuídos aos 19 (dezenove) órgãos que compõem o órgão ministerial regional da 8.^a Região¹¹. Com base nos dados totais obtidos na pesquisa, fez-se um levantamento dos procedimentos (Figura 3).

9 Para saber mais acerca dos procedimentos ministeriais, ver a obra *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*, de Sandoval Alves da Silva (2016).

10 De acordo com Silva (2016, p. 303-305), a palavra "termo" faz referência a um documento de formalização e não ao acordo em si; a palavra "ajustamento" significa o ato ou o efeito de ajustar as ações, mas o planejamento do atendimento de um direito social não precisa necessariamente advir de algo desajustado; a menção a "conduta" provém da crença de que é necessário consertar o que está errado. Por isso, propõe-se o nome "acordo de concretização de direitos humanos" (ACDH), por ser mais condizente com as funções ministeriais resolutivas, e esse acordo será formalizado pelo "termo de acordo de concretização de direitos humanos" (TCDH).

11 Dados obtidos a partir da pesquisa PIBIC vinculada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA) referente ao projeto de pesquisa *A resolutividade dos problemas e conflitos coletivos por meios processuais e extraprocessuais instaurados pelo ministério público*, que pesquisou os procedimentos instaurados pelo Ministério Público do Trabalho do Pará no ano de 2015.

Figura 3 - Procedimentos abertos pelo MPT-PA em 2015.



Fonte: Elaboração dos autores.

Observa-se que 44% (quarenta e quatro por cento) dos procedimentos instaurados pelo MPT-PA em 2015 foram Notícias de Fato (NF) de irregularidades que chegavam ao órgão por meio de informações dadas por trabalhadores, por terceiros interessados, pelo Conselho Tutelar, pelo Disque 100, vinculado, na época, ao Ministério dos Direitos Humanos (hoje denominado Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos), e por diversos outros órgãos.

Algumas NF foram convertidas em Inquéritos Cíveis (IC), contabilizando 32% (trinta e dois por cento) dos procedimentos instaurados. Em seguida, o terceiro procedimento mais instaurado foram os Procedimentos Preparatórios (PP) para instauração de IC, totalizando 12% (doze por cento). Os Procedimentos de Acompanhamento Judicial (PAJ) representam 9% (nove por cento) dos procedimentos de 2015, sendo o quarto procedimento mais instaurado pelo ente. Por fim, com 2% (dois por cento) e 1% (um por cento), respectivamente, estão os Procedimentos de Mediação (PA-MED) e as Cartas Precatórias (CP) do Ministério Público.

Assevera-se que, entre os procedimentos instaurados, 2 (dois) foram Procedimentos Ministeriais Promocionais (PA-PROMO), uma quantidade pequena comparada aos demais procedimentos, por isso não entrou no gráfico acima. Tampouco houve Procedimentos de Arbitragem (PA-ARB) instaurados no ano de 2015. Assim sendo, constata-se que inexistente no Ministério Público um procedimento específico para os procedimentos restaurativos que utilizem os métodos empregados pela justiça restaurativa.

Todavia, isso não significa que os procedimentos restaurativos não sejam aplicados no âmbito do MPT, pois há relatos da utilização pela Procuradoria Regional do Trabalho da 8.^a Região Pará e Amapá, como será explorado nas seções seguintes.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em 2014, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução n.º 118, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, que considera a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas instrumentos efetivos de pacificação social, de resolução e de prevenção de litígios, de controvérsias e de problemas. Somada a isso, a apropriada utilização tem reduzido a excessiva judicialização e tem satisfeito os envolvidos (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015, p. 1-2).

Observa-se que a Resolução salienta que as práticas restaurativas têm-se demonstrado um efetivo instrumento para a pacificação social, a resolução, a administração ou a transformação de conflitos, de problemas e de insatisfações sociais (CPIS)¹², bem como reduziram a judicialização das demandas, empoderando e satisfazendo os envolvidos. Com base nessa indicação, podem-se fazer duas asserções: (1) os demais meios, que não o processo judicial, podem ser efetivos na resolução, administração e transformação de CPIS¹³; (2) os meios de resolução, de administração e de gestão de conflitos também são capazes de promover o acesso à justiça¹⁴, independentemente do acesso ao Poder Judiciário.

Essa perspectiva demonstra que o Ministério Público, incluindo o do Trabalho, busca, em sua atuação, sedimentar a cultura da paz que priorize o diálogo e o acordo na resolução dos CPIS. Para tanto, o CNMP poderá, inclusive, realizar pesquisas sobre os processos administrativos (ou melhor, ministeriais) no âmbito de suas atividades, bem como divulgá-las aos demais membros do Ministério e à sociedade (artigo 6.º, incisos IV e V, da Resolução n.º 118/2014)¹⁵ (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015, p. 2).

12 Compreende-se que nem todos os conflitos, problemas e insatisfações sociais (CPIS) são solucionáveis, alguns conseguem ser apenas administráveis enquanto perduram e outros podem ser transformados, isto é, pode-se estimular que as mudanças sejam construtivas a partir do conflito. Essa perspectiva pode ser aprofundada no artigo Acesso à justiça no Projeto "Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História" (Pernoh) (SILVA; SIQUEIRA, 2020).

13 No que se refere à expressão "meios alternativos" ou às palavras "complementar" e "alternativo", registra-se a controvérsia doutrinária e a possível impropriedade técnica, por valorizarem apenas a via jurisdicional. Do mesmo modo, a palavra "adequado" pode implicar igualmente atecnia, prestigiando a via autocompositiva, em detrimento da jurisdicional. Assim, quando se utiliza "alternativa", entende-se que se está supervalorizando o Judiciário; por outro lado, quando se opta por "adequado", está-se subvalorizando-o. Essa perspectiva pode ser aprofundada no artigo A sociedade e a solução de conflitos negociados (SILVA, 2019).

14 Compreende-se que o acesso à justiça não significa apenas acesso ao Judiciário, visto que o acesso à justiça implica acesso à cidadania e acesso à participação democrática nos rumos da sua própria vida em comunidade. Essa perspectiva pode ser vista no livro Mediação nos conflitos civis, de Fernanda Tartuce (2015), e no artigo O (in)acesso à justiça com a demolidora reforma trabalhista, de Sandoval Alves da Silva (2017).

15 Art. 6º Para consecução dos objetivos supracitados, o CNMP poderá: [...] IV – Realizar pesquisas sobre negociação, mediação, conciliação, convenções processuais, processos restaurativos e outros mecanismos autocompositivos; V – Promover publicações sobre negociação, mediação, conciliação, convenções processuais, processos restaurativos e outros mecanismos autocompositivos.

Essa mudança de perspectiva do Ministério Público adveio da ponderação da atuação judicial da instituição com uma atuação processual demandista¹⁶ em detrimento da atuação extraprocessual, pois a atividade processual consome a atividade ministerial, tirando-lhe tempo¹⁷ de envolver-se na resolução de CPIS no campo da extraprocessualidade (SILVA, 2016, p. 244). A atuação resolutiva do Ministério Público é uma das formas de efetivar o acesso à justiça¹⁸, uma tentativa de esgotar as possibilidades extrajudiciais de resolução (administração e transformação) das questões que lhe são noticiadas (MIRANDA, 2010, p. 373).

A Resolução versa especificamente sobre justiça restaurativa em dois dispositivos: no artigo 13¹⁹ e no artigo 14²⁰. O primeiro afirma que as práticas restaurativas são recomendadas nas situações em que é viável a reparação dos efeitos da infração pela harmonização entre as partes, visando restaurar o convívio social e pacificar os relacionamentos. O segundo informa que, nas práticas restaurativas, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com o auxílio de um facilitador, participarão conjuntamente de encontros, objetivando a formulação de um plano restaurativo para a reparação ou a minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015, p. 7).

Constata-se que ambos os artigos tratam de forma geral os procedimentos restaurativos, sem pormenorizá-los. O artigo 13 enfatiza que tais práticas são recomendadas apenas para algumas situações; logo, nem todo caso que chega ao Ministério Público é apto à justiça restaurativa. O próprio artigo menciona o requisito que possibilita a sua utilização: quando observada a viabilidade da reparação dos efeitos da infração pela harmonização entre os envolvidos.

Todavia, Zehr (2015, p. 19-20) salienta que a justiça restaurativa não tem como escopo fundamental o perdão ou a reconciliação, apesar de serem necessários, em certa medida; nem requer, necessariamente, a volta do *status quo ante bellum*, visto que o retorno ao passado, em muitos casos, não é possível, algumas situações necessitam ser transformadas²¹ e não restauradas. Logo, a justiça restaurativa não significa um retorno ao estado pré-conflito.

16 Macêdo (2013, p. 341) caracteriza o modelo demandista como o que faz uso das demandas judiciais cíveis e criminais na resolutividade dos conflitos, seja como demandante, seja como interveniente.

17 Salienta-se que, embora haja uma preocupação com a demora que o Poder Judiciário leva para solucionar um conflito, um problema ou uma insatisfação social, não se pode afirmar que a celeridade é sempre positiva, posto que a razoabilidade da duração do processo não significa necessariamente efetividade, nem que os métodos autocompositivos são uma alternativa à demora do Judiciário por serem mais céleres. A título de exemplo, metodologias como os círculos de construção de paz, classificadas como autocompositivas, exigem bem mais tempo e esforços dos envolvidos. Logo, não se pode afirmar categoricamente que os meios autocompositivos são necessariamente mais céleres. Essa perspectiva pode ser aprofundada em Silva e Siqueira (2020).

18 Para Tartuce (2015, p. 77-78), o cerne do acesso à justiça não é possibilitar a ida de todos ao tribunal, mas permitir que a justiça seja realizada no contexto em que as pessoas estão inseridas. No processo democrático, o acesso à justiça desempenha relevante papel ao habilitar o cidadão a tutelar seus interesses e ao possibilitar à sociedade a autocomposição pacífica de conflitos (problemas e insatisfações sociais).

19 Art. 13. As práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o (s) seu (s) autor (es) e a (s) vítima (s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

20 Art. 14. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, públicos ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

21 O termo "transformação" de conflitos expressa a procura por formas de estimular mudanças construtivas a partir do conflito. Essa corrente teórica afirma-se como não idealista nem utópica, visto que busca resultados práticos advindos dos métodos de transformação do conflito. A transformação de conflitos passa pela visualização e pela reação aos "altos e baixos" do conflito enquanto oportunidade vivificante de criar processos construtivos de mudanças, que diminuem a violência

Ademais, em nosso sentir, nem o efeito *ex tunc* faz isso, pois a ocorrência do trauma, do conflito, do problema ou da insatisfação social já alterou o estado das coisas, dos relacionamentos, dos sentimentos, da psiquê humana etc., de forma que mesmo a restauração do bem lesado, a recomposição integral do dano ou de seus efeitos não têm o condão de retirar do mundo dos fenômenos a sua ocorrência, como se nada tivesse ocorrido, razão pela qual a ideia de retornar ao estado pré-conflito mostra-se viável apenas no mundo ideal.

O artigo 14, ao empregar os termos "infrator" e "vítima", parece fazer alusão a um dos procedimentos da justiça restaurativa: a conferência vítima-ofensor. Todavia, por ser um artigo aberto, percebe-se que houve apenas uma atecnia no emprego das palavras, uma vez que alguns procedimentos optam por usar termos como "participantes", "envolvidos" e outros, por serem mais genéricos e menos estigmatizantes²².

Ademais, o mesmo artigo, ao mencionar os possíveis participantes do procedimento restaurativo, omite a comunidade enquanto participante fundamental no processo de restauração. Para Araújo (2019, p. 285), na justiça restaurativa, o envolvimento dos sujeitos (inclusive da comunidade) nos processos deliberativos ou dialógicos é acompanhado da responsabilização pelas causas, pelos resultados e pela execução das ações planejadas.

O envolvimento da comunidade é de suma importância para a efetividade da harmonização proveniente das práticas restaurativas. Por um lado, a comunidade é o pano de fundo de muitos conflitos (ou melhor, conflitos, problemas e insatisfações sociais (CPIS)). Por outro, as ferramentas que as comunidades utilizam para tratá-los podem auxiliar o Estado a ampliar sua compreensão de justiça e as estratégias para satisfazê-la. Assim, embora o Estado seja um apoiador relevante, os conflitos que conduzem para discussões públicas costumam estar circunscritos à esfera privada. Portanto, o fazer justiça "na, para e pela comunidade" não é centrado na figura do Estado (ARAÚJO, 2019, p. 285-287).

Assim sendo, as comunidades também sofrem os impactos da desarmonia social e, em muitos casos, podem e devem ser consideradas sujeitos interessados no conflito, visto que podem ter responsabilidades em relação aos envolvidos no conflito. Dessa maneira, as comunidades necessitam que a Justiça ofereça (1) atenção às suas preocupações enquanto vítimas da ofensa, (2) oportunidades para delimitar um senso comunitário e de responsabilidade mútua e coletiva e (3) as oportunidades e o encorajamento para que também assumam compromissos para com seus membros (ZEHR, 2015, p. 32).

Outro aspecto importante apresentado no artigo 14 da Resolução é que os participantes reunir-se-ão para a formulação de um plano restaurativo para tratar da reparação ou minoração do dano, da reintegração do infrator e da harmonização social. Esse elemento traduz-se na forma como os CPIS são vistos. De acordo com Araújo (2019, p. 221), os conflitos podem ser vistos de duas formas: uma focal e outra topográfica²³. A primeira foca exclusi-

e potencializem a justiça nas interações diretas e nas estruturas sociais, bem como respondam aos problemas dos relacionamentos humanos (LEDERACH, 2012, p. 16 e p. 27).

22 Silva (2016, p. 293-294) salienta que o uso das palavras "inquiridos", "investigados", "denunciados" e semelhantes revela vestígios do inquérito penal no inquérito civil público, em uma lógica de acusação, cujo foco principal é a correção e a punibilidade. O autor sugere uma mudança do foco principal para a concretização dos direitos sociais, das políticas públicas e da harmonização e da pacificação social, adotando-se uma visão preventiva ou prospectiva em atenção às necessidades não atendidas; para tanto, convém fazer uso de palavras como "participantes", "envolvidos" e outras.

23 Lederach (2012, p. 21-23) nos ensina outra forma de observar o conflito. Imagine uma armação de óculos com três lentes, uma mostra de forma nítida o que está longe; a segunda foca o que está a meia distância e a terceira amplia a visão das coisas próximas. Assim, cada lente possui uma função específica e não exercem a função da outra nem a de todas ao mesmo

vamente as urgências que surgem do conflito, ao passo que a segunda o compreende como uma oportunidade para entender os padrões e modificar as estruturas dos relacionamentos.

Portanto, para mapear um conflito, é importante atentar aos seguintes elementos: a) as características dos sujeitos envolvidos, seus interesses e necessidades; b) as estruturas de poder e os padrões das relações intersubjetivas; c) as estruturas conceituais que sustentam cada uma dessas perspectivas; d) as compreensões de mundo dos indivíduos e grupos em questão; e) as emoções despertadas pela situação conflitiva (ARAÚJO, 2019, p. 221).

Diante do exposto, apura-se que, para conseguir chegar ao plano restaurativo, tal como almejado na resolução, faz-se necessário observar todos esses elementos descritos acima, pois a desconsideração de qualquer um poderia prejudicar a formulação e a execução do plano restaurativo, uma vez que não consideraria todas as nuances que formam os CPIS. Além disso, os objetivos do plano, de acordo com o CNMP, são: a) reparação ou minoração do dano, b) reintegração do infrator e c) harmonização social.

Tais objetivos estão em consonância com os cinco princípios ou ações-chave da justiça restaurativa: (1) focar, antes de qualquer coisa, as necessidades das vítimas, dos ofensores e da comunidade, bem como os danos por eles sofridos; (2) abordar as obrigações oriundas do dano; (3) fazer uso de processos cooperativos e inclusivos; (4) envolver todos os que possuem interesse na situação; (5) buscar reparar os danos, na medida do possível (ZEHR, 2015, p. 49).

Como exemplo da aplicação da justiça restaurativa pelo Ministério Público, podemos citar dois projetos: "MP Restaurativo e a Cultura de Paz"²⁴, desenvolvido pelo Ministério Público do Paraná, e o "Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição (NUPA)", do Ministério Público do Rio Grande do Norte²⁵. Ambos visam implantar as práticas restaurativas na atuação, inclusive extrajudicial, do Ministério Público, por meio de cursos de capacitação para seus membros, elaboração de manuais e de relatórios, criação de núcleos integrados.

Por fim, o artigo 18²⁶ da Resolução trata da capacitação dos membros e servidores do Ministério Público que serão habilitados pelas instituições competentes para exercer as práticas da justiça restaurativa. Portanto, apenas pessoas devidamente capacitadas devem aplicar tais práticas. Do exposto, extrai-se que as práticas restaurativas devem ser estimuladas no âmbito do Ministério Público, inclusive o do Trabalho, como analisaremos a seguir.

tempo. Tais lentes auxiliam-nos na compreensão da complexidade da realidade e do conflito. A lente que aumenta o objeto próximo é necessária para podermos visualizar a situação imediata. A lente que permite a nitidez de objetos a uma distância média, possibilita a identificações de padrões de condutas de um relacionamento/conflito, bem como o contexto ao qual está inserido. E por fim, a última lente, para longe, possibilita uma visão macro acerca do conflito permitindo criar maneiras de tratá-lo.

24 Para conhecer mais acerca do projeto desenvolvido pelo Ministério Público Estadual do Paraná, acesse o site: <http://www.site.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=99>.

25 Para conhecer mais acerca do projeto desenvolvido pelo Ministério Público Estadual do Rio Grande do Norte, acesse o site: <https://www.mprn.mp.br/portal/inicio/institucional/nupa>.

26 Art. 18. Os membros e servidores do Ministério Público serão capacitados pelas Escolas do Ministério Público, diretamente ou em parceria com a Escola Nacional de Mediação e de Conciliação (ENAM), da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, ou com outras escolas credenciadas junto ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público, para que realizem sessões de negociação, conciliação, mediação e práticas restaurativas, podendo fazê-lo por meio de parcerias com outras instituições especializadas.

5 JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

A justiça restaurativa visa dar protagonismo aos sujeitos envolvidos, permitindo uma visão holística do conflito, com a participação da comunidade afetada e a restauração das relações. A Resolução n.º 118/2014 do CNMP dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição e estimula a realização de práticas restaurativas. Porém, muito se questiona sobre a possibilidade de aplicação de tais práticas nos litígios trabalhistas.

Infere-se que é possível a aplicação da justiça restaurativa na Justiça do Trabalho na tutela extrajudicial coletiva. Os danos coletivos que ocorrem na esfera laboral são muitas vezes fruto de um meio ambiente de trabalho comprometido. Neste contexto, a participação da comunidade é indispensável. O procedimento ordinário em que apenas o trabalhador ingressante e o empresário participam não dá conta desta realidade. De nada adianta estas partes realizarem um acordo quanto aquele problema específico sem modificar o meio ambiente de trabalho que permite a perpetuação de violações semelhantes. Menos efetivo ainda é a judicialização, que muitas vezes ignora a raiz do problema e embora tenha êxito quanto ao reclamado, não atua no aspecto macro. Neste contexto, a justiça restaurativa oferece metodologias de tomada de decisão coletiva em que as partes se conscientizam da sua responsabilidade frente ao conflito e criam coletivamente formas de solucioná-lo ou administrá-lo.

Exemplos de possíveis aplicações são os casos que envolvem o trabalho infantil, o trabalho escravo e os acidentes de trabalho. Quanto a estes últimos, argumenta-se que há uma monetarização da saúde e que casos de Lesão por Esforço Repetitivo (LER) e de Perda Auditiva Induzida por Ruído Ocupacional (PAIR) não são resolvíveis com indenização, visto que decorrentes do meio ambiente de trabalho²⁷. Portanto, faz-se necessário restaurar o psicológico (autoestima), o coletivo (ambiente de trabalho e o grupo) e o círculo familiar (como a doença refletiu no seio doméstico e na relação com os amigos) (BARROS, 2006, p. 5).

Com a aplicação da justiça restaurativa nesses casos será possível (1) trazer a comunidade e verificar se os atuais empregados, bem como os já demitidos, apresentam outros problemas decorrentes do meio ambiente de trabalho, (2) prestar assistência médica, psicológica e social aos casos já detectados, (3) adotar medidas preventivas para que o ato lesivo não volte a ocorrer ou não tenha as mesmas consequências e (4) fiscalizar a empresa, acompanhando o cumprimento dos compromissos assumidos (BARROS, 2006, p. 5).

Nesse sentido, alguns autores propõem a criação de uma rede de assistência restaurativa com médicos, assistentes sociais, representantes do Ministério Público do Trabalho (MPT), das Delegacias Regionais do Trabalho (DRT), entre outros (BARROS, 2006, p. 7).

Deve-se esclarecer que as lides trabalhistas que discutem apenas obrigações pecuniárias não devem ser objeto da justiça restaurativa, que deve limitar-se a casos em que é preciso "restaurar" a relação e em que haja consenso das partes (ou melhor, acordo entre os envolvidos), visto que a consensualidade é elemento essencial. Portanto, a justiça restaura-

27 O meio ambiente do trabalho decorre da interação ordenada de fatores naturais, técnicos e psicológicos inerentes às condições de trabalho, à organização laboral e às relações interpessoais que condicionam a segurança e a saúde biopsicológica dos expostos a qualquer contexto jurídico-laborativo (MARANHÃO, 2016, p. 112).

tiva não visa substituir os sistemas de justiça em vigor, mas tão somente oferecer uma nova abordagem para determinados tipos de conflitos (LARA, 2013, p. 70-71).

Outra lide que poderia ser objeto da justiça restaurativa é a reintegração do trabalhador com estabilidade provisória de emprego, como é, por exemplo, o caso dos trabalhadores membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) (art. 10, II, "a" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)), da gestante (art. 10, II, "b" do ADCT), do dirigente sindical (art. 543, § 3.º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)), dos dirigentes de cooperativa (art. 55 da Lei n.º 5.764/1971) e dos trabalhadores que sofreram acidente de trabalho (art. 118 da Lei n.º 8.213/1991) (LARA, 2013, p. 71-72).

Nesses casos, o juiz reintegra o trabalhador injustamente dispensado ou aplica a sanção prevista no artigo 496 da CLT²⁸, podendo, na melhor das hipóteses, buscar a conciliação em audiência. Em qualquer caso, incorre-se na problemática de submeter uma pessoa a voltar ao trabalho em um ambiente hostil ou de aplicar sanção pecuniária que, contudo, não reposiciona o trabalhador no mercado (lícito) de trabalho, não lhe garantindo, conseqüentemente, uma renda futura (LARA, 2013, p. 71-72).

Com a aplicação da justiça restaurativa, é possível esclarecer a situação fática apresentada, facilitar a superação da questão emocional que impediria a volta do empregado e favorecer a continuidade da relação de emprego, um dos princípios basilares do direito do trabalho (LARA, 2013, p. 71-72).

Outro caso em que poderiam ser aplicadas as práticas restaurativas são as demandas provenientes de empresas familiares ou de empresas com número restrito de empregados ou mesmo de trabalho doméstico, situações em que a ligação emocional das pessoas no ambiente de trabalho tende a ser maior (LARA, 2013, p. 73).

Os casos envolvendo assédio moral no meio ambiente de trabalho também são aptos à aplicação das práticas restaurativas, podendo ser tratados no dia a dia do Ministério Público do Trabalho (MPT) por meio das notícias de fato de irregularidades que chegam ao órgão. O MPT, enquanto instituição burocrática apta a solucionar, administrar e transformar os CPIS, possui diversos mecanismos para tanto. Todavia, nenhum dos nomes de procedimentos ministeriais refere-se especificamente às práticas restaurativas. Portanto, não há uma categorização específica para elas, como há para os procedimentos administrativos de mediação (PA-MED) e de arbitragem (PA-ARB).

Contudo, isso não significa, necessariamente, que as práticas restaurativas não sejam adotadas em alguns procedimentos ministeriais, como será demonstrado pelo relato da aplicação das práticas restaurativas em 3 (três) procedimentos distintos que foram noticiados ao MPT-PA²⁹.

O primeiro procedimento ministerial tratou de um caso de assédio moral em que as divergências entre a antiga e a nova gestão dificultavam a convivência no meio ambiente

28 Art. 496 da CLT - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

29 Os procedimentos restaurativos aqui mencionados são narrativas genéricas com o intuito de ilustrar e de exemplificar a aplicação de tais práticas no âmbito do Ministério Público do Trabalho, pois, devido ao sigilo dos procedimentos restaurativos, não é permitida a divulgação de dados substanciais ou de dados que permitam a identificação dos casos restaurados ou em processo de restauração.

de trabalho. Nesse caso, a antiga gestão sentia-se perseguida por diversas condutas da atual gestão, como, por exemplo, a exclusão de atividades de gerência, a exclusão da lista de aniversariantes do mês, a supressão de gratificação, a redução da verba salarial e outras. Diante desses fatos, o procurador em audiência sugeriu aos envolvidos a aplicação das práticas restaurativas para a restauração das relações interpessoais e profissionais dentro da instituição, sendo aceita por todos. Diante do consentimento, foi designada uma facilitadora devidamente credenciada com experiência na área. Optou-se pela metodologia dos círculos de construção de paz. Foram realizados os pré-círculos para compreender os sentimentos dos envolvidos e as necessidades não atendidas que culminaram naquela situação.

Em seguida, realizou-se o círculo de construção de paz, em que os sentimentos, as expectativas e as necessidades dos envolvidos foram esclarecidas. Os participantes comprometeram-se a praticar o respeito ao próximo, o auxílio mútuo, a paciência e o cuidado para com os colegas, bem como a fazer com que todos realizassem a escuta ativa focada nas atividades laborativas, no recepcionamento de dúvidas, elogios e críticas construtivas, buscando a empatia, o aperfeiçoamento profissional e a busca da saúde mental, física, social e espiritual de todos os colegas. O acordo foi assinado por todos e nele ficou registrada a responsabilidade daquela comunidade profissional. Esse procedimento está na fase do pós-círculo, em que há a averiguação se os compromissos assumidos estão sendo cumpridos.

O segundo procedimento ministerial ocorreu em outro caso de assédio moral, em que um grupo de trabalhadores sentia-se perseguido pela gestão devido a sua formação profissional. Segundo os trabalhadores, o tratamento diferenciado era expresso na fixação de carga horária que impedia o desempenho de outro trabalho, na exclusão de atividades inerentes à função e na desqualificação de seu desempenho profissional, o que lhes acarretou problemas psicológicos relacionados à autoestima.

Diante da recusa por um dos envolvidos do convite a participar das práticas restaurativas, o procurador do caso notificou, sob pena de condução coercitiva, os envolvidos a participar de um círculo de construção de paz, realizado por uma facilitadora designada. O procedimento restaurativo objetivou fazer com que os participantes se comprometessem a ser solidários com os colegas de trabalho, a cumprir as regras institucionais com igualdade, a ser profissionais com todos os colegas, a melhorar o acesso à comunicação com alguns colegas de trabalho e a respeitar os protocolos estabelecidos para determinados serviços. O acordo foi assinado por todos os participantes, tendo ficado registrada a responsabilidade daquela comunidade profissional. Esse procedimento também está na fase do pós-círculo.

O terceiro procedimento ministerial em que foram aplicadas as práticas restaurativas objetivou a restauração das relações entre os fundadores e os dirigentes de um projeto, cujos desentendimentos e discordâncias estavam inviabilizando a comunicação e, conseqüentemente, o bom andamento do projeto. No caso, todos os envolvidos consentiram na aplicação dos círculos de construção de paz, que foram realizados por uma facilitadora externa, tendo sido esclarecidos os mal-entendidos e tendo havido um diálogo franco sobre os desentendimentos passados, reconstruindo-se a comunicação para garantir o bom desempenho e desenvolvimento do projeto.

Observa-se que nenhum dos três procedimentos narrados possui uma categorização específica para demonstrar que nesses casos foi aplicada a justiça restaurativa, o que levou a prática ministerial a utilizar a justiça restaurativa como incidente em procedimentos de

persecução de irregularidades trabalhistas. Dessa forma, a ausência de procedimento específico para designar a justiça restaurativa dificulta a quantificação dos casos em que as práticas restaurativas foram empregadas, bem como a avaliação da metodologia utilizada, se teve êxito ou fracassou.

Com a dificuldade enunciada, os membros e servidores do MPT, e o próprio CNMP, não conseguirão realizar uma pesquisa qualificada acerca da utilização das práticas restaurativas. Logo, sem essa pesquisa, a justiça restaurativa não será passível de elogios ou de críticas, que são muito importantes para o aprimoramento da restauração e de sua prática no âmbito ministerial. Portanto, seria interessante que o MPT criasse um procedimento específico para catalogar essa prática, que seria designado, por exemplo, pelo termo "procedimento ministerial restaurativo" (PMR) ou "procedimento ministerial de práticas restaurativas" (PMPR), ou por uma designação similar com a mesma finalidade.

A propósito, a sugestão feita estende-se a todos os Ministérios Públicos. De fato, avaliar os modos como as práticas restaurativas têm sido realizadas é de extrema importância para o desenvolvimento do instituto, sugerindo-se, inclusive, sua regulamentação pelo CNMP a fim de uniformizar, proceduralizar e concretizar a justiça restaurativa no âmbito ministerial.

Observa-se, também, que os três casos relatados foram conduzidos por uma facilitadora externa à estrutura do MPT, que atuou de forma voluntária, isto é, sem quaisquer custos para a instituição. Esse detalhe é destacável, pois, para aplicar os procedimentos restaurativos, faz-se necessário um facilitador habilitado para tanto, ou seja, uma pessoa que tenha feito o curso de facilitador da justiça restaurativa.

O CNMP, tendo conhecimento dessa exigência, elucidou, no artigo 18 da Resolução n.º 118/2014, que os membros e servidores do Ministério Público, inclusive o do Trabalho, serão capacitados pelas Escolas do Ministério Público, para que realizem sessões de negociação, conciliação, mediação e práticas restaurativas (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015, p. 8).

Entretanto, assevera-se que, dada a vivência dos membros e dos servidores do MPT, na qualidade de persecutores, não se mostram indicados para aplicar as práticas restaurativas diretamente, quando estão atuando em procedimentos ministeriais que não tenham por objeto específico a justiça restaurativa. Como dito, a vivência adquirida a partir do trabalho no órgão como persecutor mostra-se incompatível com a sua atuação enquanto facilitador nos procedimentos ministeriais de aplicação da justiça restaurativa, uma vez que o facilitador necessita ser o mais imparcial³⁰, confiável e simétrico possível, para que a condução do círculo não gere um ambiente inseguro, em que, por certo, a justiça restaurativa pode vir a falhar, ou pior, a funcionar como mais um subterfúgio para conseguir apenas um acordo.

No procedimento do círculo de construção de paz, por exemplo, o facilitador ajuda o grupo a criar e a manter um espaço seguro para que todos os participantes possam falar honestamente e abertamente sem desrespeitar ninguém. O facilitador monitora o espaço e estimula as reflexões do grupo por meio de perguntas ou de tópicos sugeridos. Ele não pode direcionar o grupo para um determinado resultado previamente querido, pois sua função é

30 Para aprofundar o debate acerca da imparcialidade do Ministério Público, recomenda-se o artigo Ensaio ao estudo da imparcialidade do Ministério Público (SILVA, 2009).

iniciar um espaço respeitoso e seguro que envolva todos no compartilhamento da responsabilidade pelo espaço. Somado a isso, não é papel do facilitador consertar o problema que o círculo está reportando, apenas deve zelar pelo bem-estar de cada membro do círculo (PRANIS, 2010, p. 19).

Tal dificuldade já foi verificada nos procedimentos de mediação, tendo o artigo 113, § 5.º, da Resolução n.º 166/2019 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho (CSMPT)³¹ determinado que, quando o procurador atuar como mediador, fica impedido, pelo prazo de um ano, de promover investigação ou adotar qualquer providência judicial em que estejam envolvidos quaisquer dos sujeitos envolvidos (CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2019). Dessa forma, tal resolução reconhece que o mesmo procurador que aplica métodos de mediação (ou as práticas restaurativas) não pode atuar como persecutor, simplesmente judicializando a demanda em caso de insucesso.

Assim, sendo criado um procedimento específico que categorizasse a aplicação das práticas restaurativas, o procurador que atuar como facilitador ficaria igualmente impedido de atuar como persecutor ou demandante, devendo insistir nas práticas autocompositivas; não obtendo êxito, o procedimento deverá ser arquivado e encaminhada a notícia de fato para adoção de providências por outro membro do Ministério Público do Trabalho, de forma análoga ao previsto no artigo 113, § 4.º, da Resolução n.º 166/2019 do CSMPT³². Ademais, tal resolução também poderia ser modificada para contemplar tal impedimento dos procuradores que atuassem como facilitadores.

Vale ressaltar que o sigilo é de suma importância nas práticas restaurativas. O círculo, por exemplo, visa criar um espaço seguro entre os participantes que lhes permita abordar seus problemas sem medos de represálias. Consequentemente, caso não se adote o sigilo, a confiança será abalada, uma vez que, ainda que não intencionalmente, o procurador poderia utilizar informações obtidas por meio sigiloso – o círculo – para judicializar a demanda. Dito de outra forma, o facilitador precisa ser um agente imparcial, simétrico, disposto a compreender os problemas dos envolvidos e auxiliá-los a resolvê-los conjuntamente. Portanto, o facilitador precisa transmitir confiança aos participantes, o que não seria possível caso qualquer um dos envolvidos o enxergasse como alguém passível de prejudicá-lo com base nas informações obtidas de forma sigilosa.

Outra opção para o MPT é trabalhar com facilitadores credenciados (amigos ministeriais) que não estejam vinculados ao órgão, como ocorreu nos casos acima narrados. Essa opção implicaria a criação de um banco de dados de facilitadores credenciados. Quanto à atuação dos facilitadores, ela poderia ser *pro bono* ou *pro labore*. Esta última modalidade importaria em uma despesa a mais na dotação orçamentária do órgão, uma vez que muitos desses profissionais cobram para atuar como facilitadores³³.

31 Art. 133 [...], § 5º O membro do Ministério Público do Trabalho que atuar como mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, a promover investigação ou adotar qualquer providência judicial em que estejam envolvidas quaisquer partes que integraram o procedimento de mediação ou conciliação.

32 Art. 133 [...], § 4º Na hipótese de constatação de ofensa aos direitos de que trata o inciso II que não possa ser solucionada no âmbito da própria mediação ou conciliação, o procedimento será arquivado e encaminhada notícia de fato para adoção de providências por outro membro do Ministério Público do Trabalho.

33 Observa-se que não está sendo emitido juízo de valores para ponderar se a cobrança para atuação enquanto facilitador é correta ou não, apenas se constata que um facilitador credenciado pode importar em um aumento dos gastos do MPT.

Outra possibilidade é a criação de núcleos restaurativos com uma equipe multidisciplinar e a atuação conjunta de diversos órgãos trabalhistas, como a Justiça do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho, as Delegacias Regionais do Trabalho e outros órgãos. Assim, os casos levados ao MPT seriam filtrados pelo próprio procurador que, verificando a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa, instauraria um "procedimento ministerial restaurativo", encaminhando-o ao Núcleo e podendo, inclusive, atuar como facilitador, desde que respeitado o impedimento de atuação como persecutor ou demandista.

Ademais, tais núcleos também poderiam contar com o apoio das universidades públicas e privadas, que, engajadas na formação de profissionais de direito voltados para a auto-composição, ofertariam disciplinas optativas de capacitação de facilitadores, possibilitando, inclusive, o cumprimento do estágio obrigatório nesses núcleos. Assim, seria possível a atuação de facilitadores devidamente capacitados e voluntários, eliminando-se o gasto orçamentário.

Diante do exposto, constata-se que o Ministério Público, inclusive o do Trabalho, é um ator político-burocrático com poderes para instaurar procedimentos dialógicos para proceder à concretização de direitos sociais e à harmonização e à pacificação social, sendo as práticas restaurativas um desses procedimentos, uma vez que diversos casos que chegam à instituição versam sobre temáticas que possibilitam a aplicação da justiça restaurativa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história da justiça restaurativa remonta a algumas comunidades antigas, mas constata-se que o modelo atual baseia-se na tradição da Nova Zelândia. A justiça restaurativa busca uma aproximação das ações objetivando corrigir as necessidades humanas não atendidas, o dano causado, reconciliar as partes ligadas ao conflito, problema ou insatisfação social, criando um sentimento de responsabilidade e de compromisso em todos os envolvidos.

A justiça restaurativa tem como um de seus focos as necessidades da vítima, mas sem deixar de garantir que o(s) ofensor(es) assumam(m) sua(s) responsabilidade(s). Portanto, os pilares da justiça restaurativa são: as necessidades dos envolvidos, o dano cometido, as obrigações e responsabilidades e o engajamento de todos os afetados pelo ato lesivo. Elucidou-se que um dos objetivos da justiça restaurativa é tratar do ato lesivo (dano) e o outro é tratar as necessidades não atendidas e as causas que levaram à ofensa.

Apresentaram-se os três principais modelos de práticas restaurativas: os encontros vítima-ofensor, as conferências de grupos familiares e os processos circulares ou círculos de construção de paz, cada um implicando, em alguma medida, o diálogo entre interesses dos envolvidos, sempre de forma voluntária e cooperativa.

Após apresentar a justiça restaurativa, relatou-se a atuação do Ministério Público do Trabalho enquanto instituição com poderes para deliberar e discutir, em igualdade de condições, com os interessados e os envolvidos em conflitos, em problemas ou em insatisfações sociais, na busca da sua resolução, administração ou transformação.

Constatou-se que o Ministério Público do Trabalho possui diversos procedimentos que possibilitam a sua atuação para concretizar direitos humanos sociais, políticas públicas e harmonizar e pacificar as relações sociais. Além disso, relatou-se que, no ano de 2015, no Ministério Público do Trabalho do Pará, Procuradoria Regional de Belém, foram instaurados 1.777 (mil, setecentos e setenta e sete) procedimentos, porém nenhum deles abordou como objetivo principal ou incidental a justiça restaurativa.

Em 2019, as práticas restaurativas foram aplicadas em três procedimentos distintos da Procuradoria Regional do Trabalho do MPT-PA, sediado em Belém (PA). Todavia, em nenhum desses procedimentos, o objeto principal foi o uso de práticas restaurativas, abordadas apenas incidentalmente.

Em seguida, analisou-se a Resolução n.º 118/2014 do CNMP, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição. Tal resolução motivou a mudança de perspectiva que ocorreu no Ministério Público, incluindo o do Trabalho, que passou a buscar em sua atuação a sedimentação da cultura da paz, a qual prioriza o diálogo e o acordo na resolução, administração e transformação dos conflitos, dos problemas e das insatisfações sociais.

Teceram-se ainda considerações e algumas críticas aos artigos 13, 14 e 18 da Resolução n.º 118/2014 do CNMP, que versam especificamente sobre as práticas restaurativas no âmbito ministerial.

Por fim, propôs-se a possibilidade de aplicação de práticas restaurativas às irregularidades trabalhistas de caráter coletivo que fossem noticiadas ao Ministério Público do Trabalho, elucidando alguns casos que poderiam ensejar o uso dessas práticas, tais como os que envolvem o trabalho infantil, o trabalho escravo, os acidentes de trabalho, a reintegração do trabalhador com estabilidade provisória de emprego – por exemplo, os trabalhadores membros da CIPA (art. 10, II, “a” do ADCT), as gestantes (art. 10, II, “b” do ADCT), os dirigentes sindicais (art. 543, § 3.º, da CLT), os dirigentes de cooperativa (art. 55 da Lei n.º 5.764/1971), os trabalhadores que sofreram acidente de trabalho (art. 118 da Lei n.º 8.213/1991), além dos casos de assédio moral no ambiente de trabalho.

Formularam-se algumas considerações e propostas acerca do uso da justiça restaurativa no Ministério Público do Trabalho, dentre as quais se destacam: a criação de um procedimento ministerial específico, “procedimento ministerial restaurativo” (PMR), para os casos em que fossem aplicadas as práticas restaurativas; a aplicação análoga do impedimento previsto no artigo 113, §§ 4.º e 5.º, da Resolução n.º 166/2019 do CNMPT ao procedimento restaurativo, ou sua alteração para contemplar o impedimento das práticas restaurativas; a criação de um banco de dados com facilitadores cadastrados para a atuação nos casos.

Ademais, sugeriu-se também a criação de núcleos envolvendo todos os órgãos que lidam diretamente com irregularidades trabalhistas para a aplicação da justiça restaurativa, com a designação de procuradores para trabalhar como facilitadores, caso em que os procuradores ficam impedidos de atuar como persecutores ou demandistas por um determinado lapso temporal. Sugeriu-se ainda uma parceria com universidades públicas e privadas que permita o estágio voluntário nesses núcleos, oferecendo facilitadores devidamente qualificados, sem custos para o Ministério Público do Trabalho. A oferta de cursos de facilitador também deve ser incumbência das Escolas de Governo, como a Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), nos termos do artigo 18 da Resolução n.º 118/2014 do CNMP.

Por fim, conclui-se que o Ministério Público do Trabalho é um ator político-burocrático com poderes constitucionais e infraconstitucionais para instaurar procedimentos dialógicos para proceder à concretização dos direitos sociais, bem como para promover a harmonização e a pacificação social, sendo as práticas restaurativas um desses procedimentos de forma principal ou incidental, uma vez que diversos casos que chegam à instituição versam sobre temáticas que possibilitam a aplicação da justiça restaurativa, além de reunirem os elementos necessários a sua aplicação.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., v. 113, n. 3, p. 633-725, Jan. 2000.

ARAÚJO, Mayara de Carvalho. *Justiça restaurativa comunitária: análise de efetividade a partir do Programa Conjunto da ONU em Contagem - MG*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

BARROS, Ana Maria Soares R. de. *Justiça restaurativa: uma justiça do trabalho mais cidadã*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho, Maceió, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa*. Seminário Justiça Restaurativa. Conselho Nacional de Justiça: Brasília, 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n.º 118, de 1.º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 jan. 2015. Seção 1.

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Resolução n.º 166, de 10 de maio de 2019. Dispõe sobre a atuação finalística no âmbito do Ministério Público do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jun. 2019. Seção 1, p. 48.

CORDIOLI, Leandro. Redescobrimo a equidade na gramática dos direitos: horizontes para uma teoria da justiça personalista e ética na retórica do Direito. In: *SEMANA ACADÊMICA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA DA PUCRS*. Porto Alegre: Editora Fi, 2015. v. 2, p. 185-209.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. *Teoría de las necesidades humanas*. Barcelona: Icaria, 1994.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 163-188.

LARA, Caio Augusto Souza. *A justiça restaurativa como via de acesso à justiça*. 2013. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. O Ministério Público e as novas técnicas de atuação na defesa dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JUNIOR, Jarbas (Coord.). *Teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 335-374.

MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. *Revista Direitos, Trabalho e Política Social*, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 80-117, jul./dez. 2016.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos de Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 365-405.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. A justiça restaurativa: uma abrangente forma de tratamento de conflitos. *Biblioteca Digital do TRT-MG*. 2013. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/2665>. Acesso: 6 maio 2020.

PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela. Justiça restaurativa: processos possíveis. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 125-130.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005. p. 19-39.

PRANIS, Kay. *Círculos de justiça restaurativa e de construção de paz: guia do facilitador*. Tradução de Fátima de Bastiani. [s.l.]: Escola Superior de Magistratura da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 2010.

SILVA, Sandoval Alves da. Ensaio ao estudo da imparcialidade do Ministério Público. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2124, 25 abr. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12699>. Acesso em: 6 maio 2020.

SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Sandoval Alves da. O (in)acesso à justiça social com a demolidora reforma trabalhista. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1, p. 1075-1103.

SILVA, Sandoval Alves da. *A sociedade e a solução de conflitos negociados*. 2019. No prelo.

SILVA, Sandoval Alves da; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. *Acesso à justiça no Projeto "Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História" (Pernoh)*. 2020. No prelo.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O dilema constitucional contemporâneo entre neoconstitucionalismo econômico e constitucionalismo democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 119-132.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TORRES CARRILLO, Alfonso. *El retorno a la comunidad: problemas, debates y desafíos de vivir juntos*. Bogotá: El Búho, 2013.

ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. Ed. ampl. e atual. São Paulo: Palas Athena, 2015.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Recebido/Received: 20.05.2020.

Aprovado/Approved: 27.06.2020.

ONTOLOGIA DA PRIVACIDADE

PRIVACY ONTOLOGY

STHÉFANO BRUNO SANTOS DIVINO¹

RESUMO

O problema de pesquisa deste artigo é o seguinte questionamento: qual é a ontologia da privacidade? Duas propostas serão analisadas. A primeira proposta classifica a privacidade como direito da personalidade. A segunda proposta entende a privacidade como bem disponível, passível de economicidade. Ambas serão analisadas de forma comparativa à luz dos direitos da personalidade e de legislações de proteção de dados. Verifica-se, também, a compatibilidade do entendimento contemporâneo de privacidade com seus aspectos históricos e culturais que a constituíram. Assim, a primeira seção aborda histórica e brevemente o desenvolvimento e origem da privacidade. A segunda seção verifica a adequação dos resultados obtidos na primeira seção e sua adequação às características jurídicas atribuídas aos direitos da personalidade, em especial a privacidade. Ao final, verifica-se que os elementos identificadores de um direito da personalidade são incompatíveis e invariáveis quando se comparados com a ontologia da privacidade, já que constituída e moldada conforme os preceitos culturais e sociais vigentes à época de seu exercício. Para a construção desse raciocínio, utiliza-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade. Ontologia. Personalidade. Dados pessoais.

ABSTRACT

The research problem with this article is the following question: What is the privacy ontology? Two proposals will be analyzed. The first proposal classifies privacy as personality right. The second proposal understands privacy as a property. Both will be analyzed comparatively from the perspective of personality rights and data protection laws. The contemporary understanding of privacy is also compatible with its historical and cultural aspects. Thus, the first section deals historically and briefly with the development and origin of privacy. The second section verifies the adequacy of the results obtained in the first section and their adequacy to the legal characteristics attributed to personality rights, especially privacy. In the end, it is verified that the identifying elements of a personality right are incompatible and unchangeable when compared with the ontology of privacy since it is constituted and shaped according to the cultural and social precepts in force at the time of its exercise. The deductive method and the technique of bibliographical research are used.

KEYWORDS: Privacy. Ontology. Personality. Personal data.

1 Doutorando (bolsista Capes) e mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2019) - PUC-MG. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras - Unilavras (2017). Professor substituto de Direito Privado na Universidade Federal de Lavras. Advogado. <http://orcid.org/0000-0002-9037-0405>. sthefanodivino@ufla.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

DIVINO, Stéfano Bruno Santos. *Ontologia da Privacidade*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 302-321, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7598>.

1 INTRODUÇÃO

A diversidade da sociedade contemporânea demonstra dinâmicas que podem ser identificadas nas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) e são capazes de levantar questionamentos sobre garantias adequadas à proteção da privacidade. Pontos de convergência entre forças do mercado e a unidade da pessoa encontram lugar de discussão nas abstrações do ciberespaço.

O questionamento que se coloca como problema de pesquisa é: qual a ontologia da privacidade? Objetiva-se demonstrar a compatibilidade entre as várias experimentações legislativas e doutrinárias em curso, advogando determinadas funções e preceitos à privacidade com a resistência encontrada em aparatos mercadológicos, políticos e burocráticos.

Realiza-se na primeira seção uma breve análise histórica. Analisa-se a compreensão da privacidade do período tribal (entre 200.000 a.C e 6.000 a.C) até sua concepção moderna cunhada em 1890. Frisa-se que tal análise é incompleta. Existe uma limitação de tempo e espaço para tornar efetivo o detalhamento da historicidade desse instituto. Um dos critérios de distinção e de importância a ser evidenciado é a base *proprietária* da privacidade. Entende-se que, em sua origem, a privacidade se caracterize como propriedade, com suas devidas justificativas evidenciadas ao longo do texto.

Questiona-se na segunda seção a correlação entre proteção da intimidade e da vida privada do sujeito na sociedade da vigilância sob o enfoque de relações e informações socialmente relevantes, sejam elas públicas ou privadas, através de uma nova geração de leis sobre a tutela desse até então reconhecido direito.

Na terceira e última seção, compara-se as características e funções dos direitos da personalidade (sem sentido amplo) para com as características da privacidade. Pretende-se questionar a própria coerência das formulas jurídicas adotadas na doutrina e na legislação de proteção de dados acerca do personalismo da privacidade sob o enfoque histórico até então realizado. Essa, além do mais, é uma reflexão que deve ser realizada para verificar a ontologia da privacidade, que conforme proposto é direcionada a propriedade.

De um lado a defesa desse instituto como direito da personalidade é conhecida e adotada pelo próprio legislador brasileiro nos arts. 11 e 21 do **Código Civil de 2002**. **Lado outro, a proposta evidenciada em aparente compatibilidade com seus aspectos ontológicos direciona a privacidade não apenas como um direito, mas um bem disponível dentro da esfera autônoma existencial de seu titular.**

Ao final, pressupõe-se que a caracterização da privacidade como integrante dos direitos da personalidade, bem como sua reprodução nas legislações de proteção de dados e nos marcos legislativos correspondentes aos seus princípios e funções, dificulta sua efetiva proteção em razão da incompatibilidade entre ontologia, dogmática, pragmática e jurídica. Razão essa que autoriza a inserção de uma nova ressignificação desse direito. Para a construção desse raciocínio, utiliza-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2. “PRIVACY MAY BE AN ANOMALY”²

A privacidade como se apresenta na contemporaneidade é uma concepção relativamente nova, datada de 1890, com o ensaio *The Right to Privacy*, de Warren e Brandeis (1890).³ Esse direcionamento foi moldado pela maioria dos seres humanos que viveram ao longo da história e contribuíram pouco a pouco para a construção e conceituação da privacidade em suas pequenas comunidades.

O que se destaca é que em 3.000 anos de história a privacidade foi delegada para o segundo plano. Seres humanos optam por dinheiro, prestígio ou conveniência quando em conflito com a privacidade, ou o desejo de estar só.

Durante o período tribal (entre 200.000 a.C e 6.000 a.C) o antropologista Jered Diamond destaca que as crianças de caçadores dormiam com seus pais na mesma cama ou na mesma cabana. Inexistia privacidade. Os menores presenciavam relações sexuais de seus genitores. Nas Ilhas Trobriand, Malinowski evidenciou que os pais não tomavam precauções especiais para impedir que seus filhos os observassem fazendo sexo: eles apenas repreendiam a criança e pediam que ela cobrisse a cabeça com um pano.⁴

Na antiguidade (entre 600 a.C e 400 a.C), os gregos evidenciavam algum gosto pela privacidade. Diferentemente do que ocorria no período tribal, a aplicação de uma evoluída engenharia permitia o povo daquela época a agir a respeito para contemplar seus desejos. Segundo Samantha Burke, a geometria grega possibilitou a criação de moradias com exposição matematicamente mínima à exposição pública enquanto maximizava a entrada de luz disponível no terreno em questão (BURKE, 2000).

Em Roma, os banheiros eram públicos. Ângela (2016, p. 236-240) aponta evidências que pessoas conversavam enquanto se aliviavam em salas abertas com vários banheiros.⁵ Essa argumentação ganha força quando os romanos, mesmo possuindo condições econômicas para construir casas com paredes internas, optavam por exibir suas vidas privadas. Além disso, a maioria dos romanos optavam por viver em apartamentos lotados, com paredes finas o suficiente para ouvir todo barulho. Exibições ostensivas da riqueza naquela época para os demais presentes na sociedade era um símbolo de status (FERESTEIN, 2013).

Na idade média (400 d.C – 1.200 d.C), santos praticantes do cristianismo inauguraram o conceito moderno de privacidade quando optaram pela reclusão. A popularização da concepção bíblica de que a moralidade não era apenas o resultado de uma ação má, mas a intenção de causar danos, levou seus seguidores mais devotos a se recluírem da sociedade e a se concentrarem obsessivamente no combate de seus demônios interiores, livrando-se das distrações mundanas (FERESTEIN, 2015).

Assim como os peixes morrem se ficarem muito tempo fora da água, os monges que se demoram do lado de fora de suas celas ou passam o tempo

2 Tradução livre: “privacidade pode ser uma anomalia” utilizada por Cerf (2013).

3 Os autores conceituaram privacidade como *the right to be alone*, ou, em tradução livre, o direito de estar só.

4 Original: “Because hunter-gatherer children sleep with their parents, either in the same bed or in the same hut, there is no privacy. Children see their parents having sex. In the Trobriand Islands, Malinowski was told that parents took no special precautions to prevent their children from watching them having sex: they just scolded the child and told it to cover its head with a mat” (DIAMOND, 2013).

5 “Think of Ancient Rome as a giant campground” (ÂNGELA, 2016, p. 240); “Pense na Roma Antiga como um acampamento gigante” (tradução livre).

com homens do mundo perdem a intensidade da paz interior. Assim como um peixe indo em direção ao mar, precisamos nos apressar para chegar à nossa cela, com medo de que, se demorarmos para fora, perderemos nossa vigilância interior (KELLER, 2005, p. 51).⁶

Naquela época não havia uma palavra de origem latina ou medieval equivalente à *privacidade*. *Privatio* significava *tirar* (DUBY, 1993). Inclusive, conforme Duby (1993), as plantas das construções dos imóveis daquela época demonstravam que humanos e animais dormiam sob o mesmo teto, no mesmo lugar, pois existia apenas um único cômodo na residência.

No final do período medieval e no início do período renascentista (1300 d.C – 1600 d.C), presencia-se a criação dos pilares da privacidade. Para Smith (1975, p. 234), a privacidade é a principal conquista desse período. Logo no início do século XIII os mandamentos da igreja católica postularam a obrigatoriedade das confissões em massa, reformulando o paradigma da moralidade para algo essencialmente privado, deslocado da sociedade, causando uma grande reviravolta em grande parte da Europa.

Posteriormente, o avanço tecnológico foi favorável às diretrizes teológicas presentes naquele momento histórico. Uma nova tecnologia permitiu uma disseminação de ideais de forma silenciosa e muito mais barata: a impressora de Guttenberg. O aspecto individualista que já era até então consagrado nos idealizadores e pensadores da época foi reforçado e sobrecarregou a população europeia através da leitura individual. Poetas, artistas, e teólogos tiveram seus ideais de abandono das distrações mundanas fixados com a finalidade de transformação do coração individualista com uma maior relação com Deus. No mais, até meados do século XVIII, embora as leituras públicas estivessem presentes como uma tradição, o estudo silencioso, recluso, foi um luxo de elite por muitos anos (FERESTEIN, 2015).

Outra construção que possibilitou a elaboração do conceito de privacidade foi a invenção dos leitos de dormir. As camas individuais criadas na modernidade eram vistas como um dos itens mais caros da residência. Ela se tornou um local para reuniões sociais, onde os presentes eram convidados a repousar com toda a família e os funcionários daquela residência (FERESTEIN, 2015).

Esse cenário permaneceu até a eclosão e auge da Peste Negra (1343 d.C – 1353 d.C). Até então, a vida europeia sem cuidados higiênicos fez com que doenças infecciosas destruíssem grandes cidades e conglomerados recentemente populados. Essa radical situação obrigou a comunidade a reformular profundamente seus hábitos de saúde e higiene tanto em casa quanto nos hospitais, local esse onde era comum pacientes dormirem próximos uns dos outros (FERESTEIN, 2015).

Embora esse cenário propiciou uma alteração no sentido de privacidade, não quis dizer que situações mais íntimas como o sexo ainda continuavam no sentido privado como entendemos hoje. Era comum, justificado em razões espirituais e logísticas, o testemunho da consumação do casamento. Noivos iam para a cama diante dos olhos da família e dos amigos e,

6 Original: "Just as fish die if they stay too long out of water, so the monks who loiter outside their cells or pass their time with men of the world lose the intensity of inner peace. So, like a fish going towards the sea, we must hurry to reach our cell, for fear that if we delay outside, we will lose our interior watchfulness". Prescrição de St. Abba Antony, pai de todos os monges, (KELLER, 2005, p. 51).

no dia, seguinte exibiram os lençóis como prova de que o casamento fora consumado (DUBY, 1993).

Neste período não havia uma justificativa tão plausível para demandar e exigir privacidade. Ainda que existissem camas separadas, a maioria das casas possuía apenas um quarto. Conforme Sierlo, arquiteto italiano, a criação de paredes internas não foi destinada à garantia de privacidade, mas para atendimento ao desejo de se aquecer, já que nesse cenário em comento existia apenas uma lareira no centro do cômodo para que as pessoas podiam circulá-la, ver uns aos outros, e se divertirem contando histórias (FERESTEIN, 2015).

A concepção pessoal e jurídica de privacidade começou a se modificar no período da Revolução Industrial (1600 d.C – 1840 d.C). A população começou a exigir o acompanhamento do direito para com as demandas sociais crescentes direcionadas ao *secreto*. Em 20 de agosto de 1770, Adams, futuro presidente dos Estados Unidos, expressando seu apoio a privacidade, escreveu a seguinte nota: *"I am under no moral or other Obligation...to publish to the World how much my Expences or my Incomes amount to yearly"* (FERESTEIN, 2015).⁷ O desejo da manutenção do privado sob a esfera pública consegue se evidenciar e datar seu crescimento nos séculos posteriores.

Nos anos dourados (1840 d.C – 1950 d.C), a privacidade passa a ser entendida como um "produto distintamente moderno, um dos luxos da civilização" (GODKIN, 1980, p. 12). A concentração de riqueza nas mãos da burguesia serviu de base para as autoridades reconhecer a privacidade como um preceito básico de *propriedade* da vida humana.⁸ Neste sentido, essa nova necessidade de intimidade fez com que fosse notório o processo no qual intervieram múltiplos fatores, de novas técnicas de construção das habitações à separação entre os locais no qual se vive e o local de trabalho (RODOTÀ, 2008, p. 26). "Aquilo que é privado em contraposição ao que é público deixa de ser identificado por um enfoque político para ganhar força na oposição entre o social e o íntimo" (CACHAPUZ, 2006, p. 68).

Para os pobres, contudo, a vida ainda permanecia pública. Sartre (1998, p. 4) faz um detalhado relato das ruas de Nápoles demonstrando:

*The ground floor of every building contains a host of tiny rooms that open directly onto the street and each of these tiny rooms contains a family...they drag tables and chairs out into the street or leave them on the threshold, half outside, half inside...outside is organically linked to inside...yesterday I saw a mother and a father dining outdoors, while their baby slept in a crib next to the parents' bed and an older daughter did her homework at another table by the light of a kerosene lantern...if a woman falls ill and stays in bed all day, it's open knowledge and everyone can see her.*⁹

7 "Não possuo nenhuma obrigação moral ou qualquer outra de publicar para o mundo o *quantum* das minhas despesas e receitas anuais" (tradução livre).

8 Arendt (2010, p. 72 e 87) reforça: "Devemos o pleno desenvolvimento da vida do lar e na família como espaço interior e privado ao extraordinário senso político do povo romano, que, ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado ao público, mas, ao contrário, compreendeu que esses domínios somente podiam subsistir sob a forma da coexistência "(...) é que as quatro paredes da propriedade privada de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra tudo o que nele ocorre, mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido. Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se, como se diz, superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à luz a partir de um terreno mais sombrio, que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade em um sentido muito real, não subjetivo. O único modo eficaz de garantir a escuridão do que deve ser escondido da luz da publicidade é a propriedade privada, um lugar possuído privadamente para se esconder".

9 "O térreo de cada prédio contém uma série de pequenos quartos que abrem diretamente para a rua e cada um desses pequenos quartos contém uma família...eles arrastam mesas e cadeiras para a rua ou as deixam na soleira, metade fora, metade

Foi em 1890 que o direito à privacidade nasce como produto jurídico de uma reformulação histórica. *The Right to Privacy*, ensaio seminal de Warren e Brandeis (1890) curiosamente tem como fundamento a proteção da vida íntima e da vida privada frente à invasão da tecnologia na esfera pessoal.

Os preceitos da revolução industrial ainda arraigados em Warren e Brandeis (1890, p. 1) podem ser observados na primeira frase de seu texto: "*That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law [...]*".¹⁰ Não apenas a pessoa, mas também a propriedade entram em pauta na proteção da privacidade. E esse é um ponto interessante, já que quando do debate ou discurso deste atual direito, leva-se apenas em consideração o seu primeiro espectro (pessoa)¹¹.

Ocorre que neste momento histórico a privacidade ainda não era caracterizada como norma positivada. Foi apenas em 1903, sob requerimento do presidente norte americano Grover Cleveland, que a câmara legislativa de Nova York estabeleceu uma pena de até U\$1.000 para o uso de imagem não autorizada de alguém para fins comerciais. Isso não se deu de forma automática e em virtude do *The Right to Privacy*, mas por Cleveland ter se casado com uma esposa considerada linda pelos olhos da mídia. A imagem de Frances Cleveland foi veiculada em inúmeros comerciais televisivos, fazendo com que o presidente pressionasse a câmara legislativa (FERESTEIN, 2015).

A complexidade e a intensidade da vida cotidiana exigiram uma retirada do sujeito do mundo público. Tornou-se essencial para o indivíduo ao menos um momento de solidão e intimidade. Fato esse de difícil concretização com as invenções tecnológicas modernas que sujeitam seus usuários a situações de extrema visibilidade que podem tornar dores e angústias morais muito maiores que aquelas infligidas por danos corpóreos.

Os cartões postais foram um dos primeiros instrumentos a serem utilizados como reserva da vida privada. Relatos de Lane (2009, p. 47) no *The Atlantic Monthly* explicitam:

*There is a lady who conducts her entire correspondence through this channel. She reveals secrets supposed to be the most profound, relates misdemeanors and indiscretions with a reckless disregard of the consequences. Her confidence is unbounded in the integrity of postmen and bell-boys, while the latter may be seen any morning, sitting on the doorsteps of apartment houses, making merry over the post-card correspondence.*¹²

Outra criação das TIC's bem-sucedida foi o telefone. Embora o valor inicial das linhas individuais era extremamente desproporcional aos padrões atuais, a existência de linhas compartilhadas possibilitava vizinhos e entes mais próximos utilizar e desfrutar dessa função.

dentro...fora está organicamente ligado ao interior...ontem vi uma mãe e um pai jantando ao ar livre, enquanto seu bebê dormia em um berço ao lado da cama dos pais e uma filha mais velha fazia seus deveres de casa em outra mesa à luz de uma lanterna de querosene...se uma mulher adoecer e fica na cama o dia todo, é conhecimento aberto e todos podem vê-la" (tradução livre)

10 "Que o indivíduo deve ter plena proteção pessoal e patrimonial é um princípio tão antigo quanto o direito comum" (tradução livre).

11 "O entendimento americano de privacidade decorre especialmente do direito à propriedade, impondo limites ao poder estatal de invadi-la, controlá-la ou de dispô-la. No entanto, a jurisprudência foi se desenvolvendo e hoje apresenta um sentido bem mais complexo que o original" (GARCIA, 2018, p. 6).

12 "Há uma senhora que conduz toda a sua correspondência através deste canal. Ela revela segredos que supostamente são os mais pró-acrescentes, relaciona delitos e indiscrições com um descuido imprudente com as consequências. Sua confiança é ilimitada na integridade dos carteiros e dos sinos, enquanto estes últimos podem ser vistos em qualquer manhã, sentados nas portas dos apartamentos, alegrando-se com a correspondência postal." (tradução livre).

Party lines could destroy relationships...if you were dating someone on the party line and got a call from another girl, well, the jig was up. Five minutes after you hung up, everybody in the neighborhood – including your girlfriend – knew about the call. In fact, there were times when the girlfriend butted in and chewed both the caller and the callee out. Watch what you say (LANE, 2009, p. 47).¹³

Deste período em diante, ficou evidente a forte desproporção entre os extraordinários efeitos das novas tecnologias e as alterações paradigmáticas marcadas pelo emergir da privacidade como um recurso essencial para a organização do ser. Aspirar tal direito e vê-lo impassível de exercício com tamanha transformação das instituições científicas e jurídicas coloca em xeque a proteção material e imaterial do sujeito.

A pretensão em destaque desta seção se volta para o início da comparação entre os aspectos históricos e jurídicos da privacidade. Esse conjunto de elementos mostra como vai se delineando uma nova fronteira desse aparente direito. Em seu aspecto primário, datado da antiguidade, a privacidade era tida como inexistente. Aparentemente, não existem relatos históricos que colocam a privacidade como direito natural. Uma das redefinições mais recentes da vida íntima é a consagrada pela revolução industrial, que a caracterizava como uma propriedade, um luxo, um bem disponível das classes burguesas.

Pode-se notar com esse breve histórico que durante mais de 3.000 anos a privacidade não era entendida como um direito. Se este é o quadro global a ser observado, a privacidade contemporânea pode ser uma anomalia histórica. E qual a importância disso? Essa constatação tende a favorecer a normatização concreta da privacidade conforme seu aspecto ontológico. A princípio, parece-nos que sua ontologia é voltada para o aspecto cultural e sociopolítico da época em que seu exercício é realizado. Warren e Brandeis apenas a designaram como direito em virtude de suas esferas pessoais serem atingidas. Até então, era tida como um bem, uma propriedade (e isso continua se moldando).

Contemporaneamente vive-se em uma sociedade onde uma vigilância acentuada das TIC's incidem sobre o sujeito, reforçando-se a privacidade como um direito. E com relação à sua natureza? Se se considerarmos a privacidade um fruto cultural, existe compatibilidade com essa proposição e seu exercício? Se o significado é cultural, a indisponibilidade e inalienabilidade a esse instituto¹⁴ **são capazes** (ou ao menos eficientes) de remover obstáculos de ordem econômica para garantir uma proteção mais extensa? **A próxima seção nos dará elementos para discorrer sobre esses questionamentos.**

13 "Linhas de festa poderiam destruir relacionamentos... se você estivesse namorando alguém na linha da festa e recebesse uma ligação de outra garota, bem, a brincadeira já estava no ar. Cinco minutos depois de desligar, todos na vizinhança - inclusive sua namorada - sabiam da ligação. Na verdade, houve momentos em que a namorada entrou e mastigou tanto a pessoa que ligou quanto a chamada. Cuidado com o que você diz" (tradução livre).

14 "Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária" (BRASIL 2002).

3 PRIVACIDADE SOB ATAQUE NA SOCIEDADE DA VIGILÂNCIA

Ao longo dessa linha, por mais que pressupomos a ontologia da privacidade como um produto cultural, ainda não fora apresentado um conceito, pode-se dizer, representativo de sua capacidade de ser tutelada juridicamente. Uma elaboração seminal foi realizada por Alan Westin (2015, p. 12), ao qual *"privacy is the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others"*.¹⁵

Alguns autores diferenciam privacidade de intimidade. Para Nery (2015, p. 63),

intimidade é considerada a esfera mais reservada do indivíduo. Lá, suas informações pessoais encontram-se resguardadas para não chegar ao conhecimento alheio, tornando-se um campo inviolável, protegido infra e constitucionalmente, referindo-se, também, à própria imagem diante dos meios de comunicação em massa.

Já a privacidade "situa-se no campo jurídico, são os atos humanos externos à intimidade, reservados pela própria pessoa ou pela sua natureza" (MACEIRA, 2015, p. 64). Dessa forma, "seria a exteriorização de uma parte da intimidade em detrimento de um determinado grupo, local, ou qualquer atividade, seja ela de interação ou não, a título de vontade do indivíduo que decide realizá-la e demonstrar que aquele âmbito constitui sua privacidade" (DIVINO; SIQUEIRA, 2017, p. 227-228).

Para Silva (2008, p. 100), "o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito" seria o conceito ideal de privacidade.

Ainda que haja essa diferenciação, não se vê utilidade prática em sua defesa. Exatamente o contrário. Essa bipartição tende apenas a dificultar a tutela efetiva da esfera privada dos cidadãos, tendo em vista que são justamente eles a serem os titulares de uma maior quota de poder de controle sobre os aparatos que violam sua autonomia. Dizer se violou a privacidade ou a intimidade, em um aspecto essencialmente subjetivo, abre uma via de mão dupla para a alegação negativa do ofensor sobre o seu papel na esfera particular.¹⁶

Um dos conceitos mais objetivos encontramos em Rodotà. Para o autor, privacidade é entendida "como o direito de manter o controle sobre as próprias informações" (RODOTÀ, 2008, p. 92). Neste sentido, não existe apenas o controle daquilo que sai, mas também daquilo que entra. E por mais que a formulação de Rodotà esteja ligada à direitos fundamentais e direitos da personalidade, sua posição nos remete sobre uma certa propriedade sob a privacidade, "um novo direito de propriedade sobre os dados pessoais, que se tornaram um bem indispensável e de grande valor da era do direct marketing" (RODOTÀ, 2008, p. 153). Isso é bastante questionável, já que quando abordado sobre comodificação de dados o autor

¹⁵ "A privacidade é a reivindicação de indivíduos, grupos ou instituições para determinar por si mesmos quando, como e até que ponto as informações sobre eles são comunicadas a outros" (tradução livre).

¹⁶ Cancelier (2017, p. 221), no mesmo sentido: "Para nós, apesar de considerar importante a diferenciação entre os termos privacidade e intimidade, não se enxerga impedimentos no uso da expressão direito à privacidade pra tratar do direito à intimidade, afinal este está inserido naquele".

basicamente denega qualquer tipo de possibilidade por se tratar de fruto da esfera subjetiva da pessoa.

A proposta de considerar os dados¹⁷ como "propriedade" do interessado revela uma tutela insuficiente justamente sob o perfil do direito fundamental à privacidade, porque a possibilidade de negociar uma contrapartida econômica se apresenta como único instrumento capaz de atribuir ao interessado um real poder de controle sobre os próprios dados que, de outra forma, poderiam ser coletados sem o seu consentimento ou até mesmo sem o seu conhecimento.

Aqui encontramos talvez o paradoxo do presente escrito. Como efetivar a proteção da privacidade sem considerá-la algo disponível, maleável, na esfera de seu titular? Estudos demonstram a possibilidade do aceite do usuário na venda de seus dados se concedida uma contraprestação. Um desses estudos foi realizado na Universidade da Pensilvânia, o que resultou no seguinte questionamento: *"please think about the supermarket you go to most often. Let's say this supermarket says it will give you discounts in exchange for its collecting information about all your grocery purchases. Would you accept the offer or not?"* (TUROW, 2015, p. 12).¹⁸ Curiosamente um percentual de 43% das pessoas entrevistadas concordaram com a prática¹⁹.

A assunção de funcionalidades múltiplas trazidas pela tecnologia insere-se o desenrolar dos vários momentos de uma jornada na vida de uma pessoa. Sua dimensão não apenas diacrônica, mas também sincronizada com a identidade do sujeito derruba barreiras e assume uma posição interativa contínua entre humanos e máquinas. A cada momento, modifica-se radicalmente o contexto em que a pessoa constrói seu caminho e sua referência significativa subjetiva e objetiva. Em uma dimensão jurídica, isso não é diferente (SANTOS DIVINO, 2019).

Especialmente na seara do consumo, a discussão sobre a proteção do consumidor no comércio eletrônico não é relativamente nova, mas também não o é antiga. A referência legislativa no direito estrangeiro responsável pelo reconhecimento dos contratos eletrônicos como negócio jurídico deu-se na Lei Modelo da Uncitral sobre o Comércio Eletrônico, de 1997, em seus arts. 5º e 11²⁰. No Brasil, a discussão toma pauta no início dos anos 2000,

17 Um questionamento pode surgir acerca da diferença entre direito de privacidade e proteção de dados. Em princípio, a divergência existente entre eles aparentemente é terminológica. Porém, tenta-se delimitar o escopo de abrangência de ambos. Enquanto o direito de privacidade constitui-se como autônomo instituto da personalidade de seu titular, possibilitando que ele controle o que entra e o que sai de sua esfera privada através de sua autodeterminação informativa, a proteção de dados pode ser considerada como espécie do gênero privacidade. Pode-se dizer que são duas faces da mesma moeda. O exercício da proteção de dados encontra fundamento não apenas na autodeterminação informativa, mas também na privacidade, pois àquela está incluída nessa. Verifica-se que, apesar da proteção de dados restringir-se apenas a um dos aspectos da privacidade, se visualizada como um todo crê-se que são complementares. Sob essa ótica, não parece lógico estipular uma dicotomia e estratificar, de um lado, o direito de privacidade, e de outro, a proteção de dados. Ontologicamente são unificados. Mas, a fim de delimitar e atender aspectos didáticos, a proteção de dados consagra-se como espécie da privacidade para atenção e delimitação de atos informacionais que são retirados da esfera particular de seu titular, enquanto o direito a privacidade aborda algo mais amplo, não se restringindo apenas a essas informações coletadas e processadas em âmbito virtual.

18 "Por favor, pense no supermercado onde você vai com mais frequência. Digamos que este supermercado diz que lhe dará descontos em troca da coleta de informações sobre todas as suas compras de mercearia. Você aceitaria ou não a oferta" (tradução livre).

19 Denominada câmbio de troca (trade-off). Mais em (IAB, 2010).

20 "Article 5. Legal recognition of data messages. Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message Article 11. Formation and validity of contracts (1) In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose" (UNITED NATIONS, 1999, p. 5).

"Artigo 5º. Reconhecimento legal das mensagens de dados. Não serão negados os efeitos legais, a validade ou a aplicabilidade das informações somente pelo fato de estarem na forma de uma mensagem de dados Artigo 11. Formação e validade

principalmente com Marques (2004). Já naquela época, a autora visualizava a possibilidade de existência e ampliação de um espaço trazido pela internet expresso nas redes eletrônicas e de comunicação em massa para conquistar a confiança e elaborar mecanismos de praticidade aos consumidores, "bem como reconstruir a dogmática desconstruída" contratual (SANTOS DIVINO, 2019).

As reflexões em torno dessa temática aparentemente são amplas. O caráter inovador da tecnologia evidencia mudanças nas relações entre o cidadão e o mercado de consumo. Essa descrição comum à característica de uma sociedade sucumbida ao critério informacional denota um crescimento assombroso da participação desses sujeitos no mundo virtual. Os contratos eletrônicos operam a experiência consumerista na sociedade em rede. Para verificar qual o papel e qual a posição do consumidor nas relações contratuais eletrônicas, denominadas e-commerce, seria um engano analisa-las exclusivamente sob o aspecto teórico. Algumas considerações práticas devem ser apontadas como caráter geral para subsidiar a presente argumentação.

Considerando as experiências concretas e os experimentos do e-commerce, identificamos a influência de uma pluralidade de instrumentos utilizados para efetiva satisfação do consumidor. A organização das estruturas privadas na formação de redes contratuais possibilita o acesso a informações e o fornecimento de serviços on-line através de ferramentas e procedimentos estruturados e diferenciados em novas perspectivas.

A relevância que assumiu o comércio eletrônico e, de forma genérica, a dimensão econômica, induz a transformação da internet em um local asséptico, onde o próprio consumidor, seja adulto ou criança, pode entrar como se fosse um imenso shopping center, um centro comercial sem fronteiras, sem correr o risco de ter sua atenção desviada de qualquer coisa que não seja a atividade consumerista (RODOTÀ, 2008, p. 179). Estamos, contudo, diante de uma situação complexa: a partir do momento em que a utilização comercial transcende todas as outras modalidades de utilização contratual, em virtude de sua praticidade e comodidade, o formato da internet e sua própria natureza transformam-se profundamente e emergem novas demandas e propostas para regular esse cenário. Ao fornecedor de produtos ou serviços no e-commerce é imprescindível o aceite do consumidor para coleta e tratamento de dados destinadas à finalização daquela relação consumerista. Caso o consumidor negue, não poderá finalizá-la (SANTOS DIVINO, 2019).

Existe, nesse mesmo sentido, a concepção de falsa gratuidade da prestação dos serviços. O ponto fundamental diz respeito, seguramente, à possibilidade econômica sobre a privacidade dos consumidores. Redes sociais são exemplos que utilizam contratos eletrônicos não remunerados de forma direta para o fornecimento de produtos e serviços em rede. Ocorre que existe uma certa onerosidade do acesso às redes sociais, pois a privacidade e os dados pessoais possuem valor econômico para obtenção de vantagens patrimoniais.

A propósito, um estudo de 2012 sobre o tema revelou que, se as redes sociais fossem sustentadas por usuários, em vez de anunciantes, a mais cara seria o Facebook, custando 5.04 dólares por ano ou 42 centavos de dólar por mês.

dos contratos (1) No contexto da formação do contrato, salvo acordo em contrário entre as partes, uma oferta e a aceitação de uma oferta podem ser expressas por meio de mensagens de dados. Quando uma mensagem de dados for utilizada na formação de um contrato, não será negada a validade ou aplicabilidade desse contrato pelo simples motivo de uma mensagem de dados ter sido utilizada para esse fim" (tradução livre).

O Twitter custaria 2,29 dólares por ano; o LinkedIn, 1,50 dólares por ano; e, o YouTube, 1,17 dólares (CORDEIRO; KONDER, 2019, p. 197).

Quando da utilização dos serviços do Facebook (2020), por exemplo, o usuário titular em causa fornece dados sobre compartilhamento de conteúdo; envio de mensagens; comunicação com outros usuários, podendo incluir informações presentes no conteúdo ou a respeito dele. Depois da coleta dessas informações, que já foram processadas por meio de dados inicialmente captados, o Facebook poderá utilizá-las para, entre outras finalidades: enviar comunicações de marketing; melhorar os sistemas de publicidade e medição, podendo mostrar anúncios que a empresa considere relevantes para a pessoa em causa, tanto dentro quanto fora dos serviços oferecidos, além de medir a eficácia e o alcance dos anúncios e serviços contendo dados de quantas pessoas visualizaram os anúncios ou instalaram um aplicativo depois de verem um anúncio; ou proporcionar informações demográficas para ajudar seus parceiros a entenderem seu público ou os clientes.

Não há como um serviço que seja realmente gratuito, ainda que de abrangência mundial e com inúmeros partícipes, atingir essa correspondência monetária. As técnicas combinadas dos fatores de tecnologia de informação e da coleta e do tratamento de dados pessoais possibilitam às mídias interativas obterem renda com publicidade. A disciplina trazida nos termos de serviços e na política de privacidade não é meramente protetiva. O cerne das possibilidades oferecidas e as distinções incrementadas nesses instrumentos contratuais extraem indicações em duas direções (DIVINO, 2018).

A defesa da privacidade requer, portanto, uma expansão da perspectiva institucional ontológica, superando sua concepção puramente subjetivista, como um direito aparentemente indisponível e indelegável, como também sua concepção puramente proprietária. Deve existir e comutar um conjunto das disciplinas de acordo com as funções para as quais são destinadas a tutela da intimidade. Existem, contudo, desafios a serem enfrentados contra a concepção jurídica contemporânea de privacidade.

4 ONTOLOGIA DA PRIVACIDADE: ENTRE DIREITO DA PERSONALIDADE E BEM DISPONÍVEL

Quando existe a alternância da sociedade aos indivíduos, do coletivo para o singular, as polaridades se acentuam e se tornam mais perspectiveis aos olhos de participantes assíduos. Para delimitar o esquema da nova realidade proveniente de experiências e análises passadas, faz-se indispensável a atribuição conceitual para percepção do contexto em que se constituem as relações entre as pessoas, entre os indivíduos e as organizações sociais. Partindo dessa constatação, três conceitos são essenciais: personalidade, direito da personalidade e pessoa.

Personalidade refere-se à "uma suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas" (DE CUPIS, 2008, p. 19). Os direitos a ela atribuídos são "faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções" (FRANÇA, 1983, p. 37). A pessoa, por sua vez, aparentemente seria o ente

dotado de liberdade da vontade, a vontade de sentido e o sentido da vida, capaz de exercer o que lhe couber e o que lhe for atribuído (FRANKL, 1994, p. 16).

Observa-se que a diferenciação entre as proposições acima é visível. Opta-se pela utilização apenas do termo *direito da personalidade* para evitar ambiguidades, permitindo ao leitor identificar o pretendido no presente trabalho. Os demais termos não serão trabalhados por não haver uma intrínseca relação com essa seção.

Ao analisar o conceito de direito da personalidade, percebe-se a importância de inserir no seu escopo determinadas funções. Se estamos na ordem da pessoalidade e da subjetividade, tais funções e limitações somente podem ser consideradas legítimas nos casos de compatibilidade com a autonomia privada do seu titular, igualmente fundamentada no livre exercício da vida.

Esta particular intersecção evidencia que as características – e também as funções – dos direitos da personalidade são resultantes de uma descrição exemplificativa. Não se a taxa em virtude de seu incomensurável alcance e origem. Para Schreiber (2014, p. 228),

Seus funções jurídicas são outras, como, por exemplo: (I) evidenciar as diferentes ameaças que cada um desses atributos pode sofrer, facilitando a prevenção de danos (função preventiva); (II) permitir, por meio do desenvolvimento de instrumentos específicos, a mais plena reparação das lesões que venham a atingi-los (função reparatória); (III) auxiliar a formulação de parâmetros próprios para a ponderação nas hipóteses de colisão entre os próprios direitos da personalidade ou entre eles e outros direitos fundamentais (função pacificadora); e (IV) estimular o desenvolvimento desses atributos por meio de políticas públicas e iniciativas sociais adequadas (função promocional).

A dissertação através dessas funções leva tanto o legislador²¹ quanto parte dos juristas atribuição de características condizentes com a condição humana de tais direitos. Conforme Bittar (2015, p. 43),

Com efeito, esses direitos são dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz à pessoa humana, em função de possuírem, como objeto, os bens mais elevados da pessoa humana. Por isso é que o ordenamento jurídico não pode consentir que deles se despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial. Daí, são, de início, direitos intransmissíveis e indispensáveis, restringindo-se à pessoa do titular e manifestando-se desde o nascimento (Código Civil de 2002, art. 2°).

Em suas características gerais e principiológicas são direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes, como tem assentado a melhor doutrina, como leciona, aliás, o art. 11 do novo Código.²²

21 "Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais" (BRASIL, 2020).

22 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

O reconhecimento da privacidade como direito da personalidade é considerado de grande vulto na doutrina brasileira. Além de Schreiber (2014) e Bittar (2015), uma breve pesquisa demonstra a articulação entre a premissa postulada e sua relação empírica.²³

Entende-se que o sentido da privacidade na sociedade da vigilância deve transcender seu aspecto dogmático, relacionando-se com a concretização dos valores da humanidade em cada sociedade e cultura vigente à época de seu exercício (NASCIMENTO, 2017). A violação deste direito na rede virtual propôs a criação de novos mecanismos legislativos para tutela, reparação e compensação dos danos advindos dessa conduta. Um fio condutor requereu a liberação de fatores externos na formação da privacidade e da personalidade do indivíduo. Neste cenário as legislações de proteção de dados surgiram com a função de marcar o fato de pertencer a um grupo privilegiado de normas destinadas à regulamentação extensa da subjetividade do titular desse direito.

Essa realidade é mais complexa e acomete progressivamente toda a tutela subjetiva. Explica-se. Tanto no regulamento 2016/679 da União Europeia quanto na Lei 13.709/2019, ambas responsáveis pela instauração de um Regime Geral de Proteção de Dados, a tônica do consentimento é o cerne da discussão.

Em primeiro lugar deve-se delimitar o aspecto conceitual desse termo, mas tal tarefa não é fácil. Parte-se do pressuposto de que um sujeito de direito tenha autonomia para decidir e escolher sobre os aspectos de sua vida. O exercício desse discernimento como ferramenta singular desenvolve a autodeterminação como capacidade de prática ou não de um determinado ato que lhe é posto. Especificamente no campo jurídico, a aplicação do consentimento se dá como elemento constitutivo da esfera negocial. A externalização psíquica desse consentimento, dessa vontade, desse desejo, dessa crença de realizar algo e desse fenômeno intencional é o que se pretende para constituição de um contrato. Um sujeito X somente vende um bem móvel ou imóvel pois tem intenção de assim fazê-lo. A partir de critérios racionais acrescidos de discernimento, o sujeito desenvolve uma capacidade mental de exercício para escolher aquilo que pretende para sua vida. Esse aspecto é estendido, inclusive, a direitos considerados personalíssimos, como a efetivação econômica do direito de imagem. Um sujeito de renome que pretende, deseja, intenciona o exercício econômico de sua imagem, quer que assim seja mediante a externalização psicológica de sua vontade no aspecto prático que poderá ou não ficar registrado em um instrumento contratual. Portanto, o consentimento é considerado chave-mestra e elemento indispensável a constituição de um negócio jurídico. Ninguém, a princípio, pode ser parte em um contrato que não deseja. O conteúdo das cláusulas contratuais deve ser compatível com as diretrizes psicológicas objetivadas pelo contratante, sob pena de violação de sua autonomia e da boa-fé objetiva. Assim, o consentimento adquire um importante papel para o exercício do titular como pessoa. Sua realização como bem maior está na satisfação e na concretização do bem objetivado pelo seu consentimento, abstraído de seu discernimento e de seus critérios racionais. A grosso modo, portanto, o consentimento é do que a externalização da intencionalidade do indivíduo através de atos de fala para o exercício e prática de um ato que ele objetiva. Dessa forma, o consentimento destinado ao tratamento de dados somente será concedido se o titular compreender e intencionar com tal atitude (SANTOS DIVINO, 2019).

O art. 7º da LGPD (BRASIL, 2018) brasileira afirma algumas hipóteses alternativas em que seria legítimo o tratamento de dados. Entende-se que neste momento que como o legislador utilizou a conjunção disjuntiva ou no final do inciso IX, caso configurada qualquer das hipóteses presentes nos demais incisos seria autorizado o tratamento de dados, independentemente de ter ou não consentimento. Veja-se: em uma leitura hermenêutica, caso o legislador decidisse pela aplicação integral do consentimento nas demais hipóteses prescritas no normativo em questão, teria criado alíneas no inciso I, ao invés de confeccionar outros incisos (ou melhor, incluído tal requisito no caput do artigo). Além disso, utiliza-se a conjunção disjuntiva *ou*, ao tempo em que poderia ter limitado as hipóteses à confecção da primeira. Por essa razão, ainda que não haja consentimento do titular, caso fique configurada qualquer das hipóteses presentes nos incisos II ao X, será legítimo o tratamento de dados, desde que respeitados os demais princípios legislativos (SANTOS DIVINO, 2019).

Em regra, a legislação assume uma postura protetiva e elenca duas situações nas quais é possível realizar o tratamento desses dados. A primeira exige, de forma específica e destacada, o consentimento do titular dos dados para realizar o tratamento de dados, desde que delimitada a finalidade (art. 11, caput, I, da LGPD). A segunda (art. 11, II, a-g, da LGPD) dispensa o consentimento, mas somente se dará em hipóteses excepcionais. Todas essas situações são enumerações taxativa e não admitem interpretação ampliativa. Qualquer outra situação que não esteja aqui elencada ou que o consentimento do titular esteja ausente ou inverificável impedirá a ação do agente de tratamento.

É certo que existem estratégias que se contrapõem a tais lógicas e estruturas organizacionais legais, tal como os moldes contratuais eletrônicos contemporâneos. Estes, considerados *clickwrap*²⁴ ou *point-and-click* dificultam uma análise mais precisa para verificação dos requisitos acima designados. Porém, a força das novas tecnologias e sua sinergia com as legislações devem assumir uma postura para facilitar esse fato, tal como a criação de modelos contratuais específicos destinados à cessão facultativa dos dados pessoais pelo titular ao utilizar determinado serviço. O que se deve ter em mente, em primeiro lugar, é que o desígnio do consentimento como lócus do tratamento de dados delinea algumas tendên-

24 "Como modalidade particular de contratos de adesão, no campo da contratação eletrônica, impende destacar as chamadas licenças *clickwrap* ("*clickwrap agreements*" ou "*point-and-click agreements*"), usualmente submetidas à concordância do usuário do produto ou serviço, contendo cláusulas acerca da sua prestação, sendo assim denominadas, pois sua validade se baseia no ato de apertar o botão de aceitação (frequentemente por intermédio do mouse), guardando grande similitude para com as licenças *shrinkwrap* utilizadas na comercialização de software, nas quais a aceitação ocorre no ato da abertura da embalagem que contém os suportes físicos onde se encontra o programa" (MARTINS, 2016, p. 131).

No mais, o termo "*clickwrap*" advém do termo "*shrinkwrap*", utilizado para designar compras de software efetuadas em grandes demandas. Sua intrínseca relação com a propriedade intelectual adquire grande relevância em 1996, com o julgamento ProCD, Inc. v. Zeidenberg. "*In ProCD, a manufacturer of computer software (ProCD), compiled information from over 3,000 directories into a telephone book database containing approximately 95 million telephone listings (at considerable expense) and developed a search engine to be used in conjunction with the database. In order to effectively market the software, ProCD licensed the database at different prices—higher prices for commercial users and lower prices for private users. A problem arose, however, when Zeidenberg bought a private user package, but ignored the license, extracted the listings, and made the database commercially available over the Internet through his own proprietary search engine. ProCD sued Zeidenberg, claiming Copyright infringement and breach of the shrinkwrap license agreement*" (COVOTTA; SERGEEFF, 1998, p. 35-54). (1998). A importância da presente jurisprudência é a consideração da possibilidade da força vinculante das licenças *clickwrap* e *shrinkwrap*. Os termos ali descritos, conforme a decisão da corte norte americana, possuem caráter contratual e são equiparados ao princípio do *pacta sunt servanda*. Ou seja, aquilo que foi pactuado, deverá ser cumprido. Essa posição traz sérias considerações. Primeiramente deve-se compreender que não há qualquer redução teórica do consentimento a esse tipo de modalidade contratual. Enquanto o consentimento é fator de intencionalidade, algo de caráter essencialmente subjetivo que está ligado a autonomia e autodeterminação do seu titular, tanto o *clickwrap* quanto o *shrinkwrap* são modalidades contratuais eletrônicas em que o titular a utilizará como eventual forma de expressão de seu consentimento. Enquanto um tem uma aceção subjetiva, o outro adquire uma noção jurídica e formal.

cias, principalmente principiológicas, das quais não foram esquecidas pela lei. Pelo contrário, foram elencadas em um rol específico.

O problema é o que fazer para que esse consentimento seja coletado. Os modelos contratuais eletrônicos atuais não favorecem essa prática. A simples atitude de clicar em uma caixa de diálogo e aceitar os Termos de Prestação de Serviços e a Política de Privacidade evidentemente não é algo que possa afirmar pela concessão do consentimento. Pois, a leitura desse tipo contratual, por conter inúmeros traços técnicos, prejudica o entendimento de pessoas leigas. Isso quando fazem a leitura. Pois, em maior parte do tempo, conforme os primeiros autores, 74% das pessoas ignoram tais termos e políticas (OBAR; OELDORF-HIRSCH, 2018).

Com essas ponderações, retorna-se às dinâmicas ontológicas e próprias da vida privada. A incompatibilidade tecnológica para com as legislações de proteção de dados e também para com o desenvolvimento social sob intensa vigilância impossibilita a efetiva proteção desse direito nos termos pretendidos pelo seu titular. Privacidade e dados pessoais, hoje, possuem um alto valor econômico capaz de limitar ou excluir outras formas de tutela jurídica sob a dimensão virtual.

Essa realidade mais complexa acomete progressivamente toda a organização social. É preciso considera-la ao traçar os novos parâmetros para os direitos e organização social, para interferir diretamente nessa dimensão e garantir a liberdade do sujeito. Uma resignificação da privacidade torna-se necessária para favorecimento do seu desenvolvimento como algo controlável na esfera íntima de seu titular.

Incursos iniciais já destacam dimensões reformuladas para a reinterpretação deste direito. A primeira delas denominada decisional. “[...] **é o tipo de proteção que se dá ao modo de vida do indivíduo, incluindo aí as suas escolhas, seus gostos, seus projetos, suas características**” (PEIXOTO, EHRHARDT JR, 2018, p. 48). A segunda, informacional, derivada de Solove (2008), entende que a privacidade deve ser vista sob uma ótica contextualizada em seus particulares, e não apenas como algo abstrato”. Por fim, a terceira dimensão, denominada espacial, “[...] volta-se àquela que é a mais tradicional dimensão da privacidade de todas, aquela dimensão original, de onde todo assunto relativo à privacidade se desenvolveu. É a privacidade do lar, a privacidade de um cômodo da casa, de determinado lugar físico” (PEIXOTO, EHRHARDT JR, 2018, p. 54).

Embora a descrição da última decisão seja questionável, tendo em vista que o desenvolvimento da privacidade *entre paredes* foi se dar apenas pós-revolução industrial, a ideia central é de uma proposta de reformulação da privacidade para que atenda aos interesses legítimos contemporâneos, ou seja, sua proteção.

O que se propõe, neste momento, é colocar o problema da defesa da privacidade em uma dimensão na qual são justamente as tecnologias da informação e da comunicação possibilitam sua defesa e seu exercício. Leva-se em consideração sua ontologia. Dizemos inicialmente que por se tratar de um fruto cultural, o aspecto privatístico é moldado pelos costumes sociais. Na sociedade da vigilância contemporânea, privacidade nada mais é do que um recurso econômico utilizado para o desenvolvimento de grandes empresas. E como o sujeito titular se posiciona frente a isso?

Apesar de o regulamento geral de dados ter sido promulgado recentemente, na União Europeia havia a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Isso, contudo, não impediu o emblemático Caso da Cambridge Analytica (DAVIES, 2015), apesar do Regulamento 679/2016 ter bastante conteúdo textual em comum com sua norma revogada.

O que se espera deduzir deste raciocínio é que o mercado e a sociedade não serão obstados pela imposição do consentimento necessário a coleta e tratamento de dados pessoais, bem como pela impossibilidade de entrincheirar uma espécie de perfil social das tecnologias, no sentido da criação necessária de riscos para a esfera privada. Isso quer dizer que programas serão utilizados em rede para a contínua prática contemporânea da violação da privacidade. Em primeiro lugar pois as legislações encontram, em regra, limites territoriais para sua efetiva aplicação. Já a internet é algo transcendental de fronteiras soberanas. Lado outro, é basicamente inviável, sob a ótica econômica, coletar todo e qualquer tipo de consentimento em rede para que haja efetiva concretização do contrato que está sendo elaborado.

Isso, contudo, não afeta apenas as relações virtuais, embora direcione o foco especialmente a elas. Postula-se que as características de indisponibilidade, inacessibilidade e inalienabilidade cessem e possibilitem ao titular da privacidade auferir ganhos e lucros proporcionais aos que a empresa responsável pela violação de sua privacidade (*lato sensu* – abrangendo também coleta e tratamento de dados). Vê-se que, conforme a ontologia da privacidade, direcionada a um elemento moldado culturalmente, o desenvolvimento jurídico ignorou o desenvolvimento histórico e partiu das premissas de Warren e Brandeis como se fosse um resultado *suprassumo* e imediato da sociedade.

A visão deste direito como um bem parece ser mais viável que apenas um direito da personalidade indelegável, inaccessível, indisponível e inalienável. O suporte da autonomia existencial do ser permite que ele concentre em seus atos de autonomia privada o que se pretende entrar e sair de sua esfera íntima. Nesse mesmo sentido, as disposições elementares que não contrariam sua significação humana são passíveis de efetivação econômica. O que é privado interessa apenas ao seu titular. Se se deseja tornar público, não cabe ao poder judiciário tomar atitudes para vedar tal conduta. No mais, se se pretende auferir ganhos econômicos com tal prática, desde que conforme dito não contrarie ou modifique sua posição ou redução da condição humana a um nível extremamente decadente, impassível de exercício da própria dignidade, deve-se autorizar e regulamentar apenas os resultados. A vedação desse tipo de objeto tende apenas a dificultar e transformar em hipocrisia algo que permitiria uma ligação social mais equilibrada entre sujeito e indivíduo.

Assim, a imposição a todos das características dos direitos da personalidade para a privacidade parece ser desvinculada do seu contexto histórico. Deve-se analisar sua feição como propriedade e, em primeiro lugar, permitir a livre disposição ao seu titular. Não seria mais justo que o particular participasse do aspecto econômico de algo que já é exclusivamente seu. Em épocas difíceis, malgrado os inegáveis atrasos legislativos e o planejamento dos sistemas jurídicos para promover tal tutela.

5 CONCLUSÃO

Colocando em discussão o atual sistema de direito da personalidade que abrange a privacidade, fez-se necessário refletir sobre o papel que ambos se revelam perante os sujeitos institucionais. Os aspectos mercadológicos e políticos utilizam desse circuito social modificado para auferir renda e estabelecer regras particulares entre os primeiros e os titulares do direito à privacidade.

Nessa concepção surgem as normas e legislações direcionadas à proteção da vida íntima. De fato, ainda que códigos deontológicos e de boa conduta direcionem às categorias interessadas, neste caso os titulares dos direitos, as regras estabelecidas tendem a disciplinar uma relação aparentemente utópica. Na fase de elaboração contratual, conforme visto, a referência sobre a coleta do consentimento, se elaborada nos moldes positivados na norma, tende a impugnar e obstar as contratações eletrônicas. E, de um certo ponto de vista, existem limites territoriais que devem ser observados para a correta aplicação jurisdicional de determinado país.

Nesta perspectiva, a primeira seção foi responsável por demonstrar a ontologia da privacidade. Em seu aspecto histórico, a privacidade era caracterizada como propriedade. Sua essência, assim então direcionada, deve ser utilizada como molde para as futuras construções jurídicas e socioeconômicas, fato esse não detectável.

Na segunda seção ficou evidenciado, sob uma análise empírica, que os preceitos legislativos, normativos e jurídicos atualmente advogados pela comunidade legal aparentemente são incompatíveis com as características personalíssimas atribuídas a esse direito. Conforme pesquisa levantada e apontada por Turow, Henessy e Draper, as pessoas comutariam dados pessoais em descontos em supermercados. Isso significa que a tendência para alienação desse bem, ou ao menos a cessão temporária realizada sob o enfoque econômico, já é prática e aceito perante a comunidade titular desse direito.

O que se pretendeu com a constatação na segunda seção foi a demonstração da existência de uma reformulação ou ressignificação da privacidade no contexto informacional. Aparentemente, advoga-la como direito da personalidade apenas dificultaria o seu pleno exercício e tutela. De um lado impede que seus titulares possam livre cedê-la ou dispô-la no mercado de consumo, caso assim queiram. De outro, as legislações de proteção de dados aparentemente se tornam uma ineficaz utopia em virtude de se seguidos os preceitos ali elencados toda a contratação econômica mercadológica tende a parar para a coleta do consentimento do sujeito.

Dessa forma, uma solução para esse problema, em contraste com uma nova tendência protetiva, pleiteia-se que a privacidade seja vista não apenas como um direito da personalidade, mas como um bem disponível componente da esfera autônoma existencial da pessoa. O que é privado só interessa para aquele que detém o sigilo. Caso seu titular queira disponibilizá-lo nada pode fazer o Estado para obstar tal conduta. E se isso pode ser realizado de forma gratuita, por que não de forma onerosa, a fim de possibilitar ganhos proporcionais ou fracionais aos titulares que assim o exercita? É necessário ter isso em conta.

Considerando as atuais experiências em um quadro de equilíbrio democrático, conhecemos o papel central da internet. Seu crescimento é significativo para todas as áreas da

ciência, incluindo o direito. Seria um engano extrair desse cenário a sobrevivência de um movimento que não pode fundar-se somente nas suas raízes jurídicas. As relações eletrônicas deram origem a um paradigma que, até o momento, mesmo na presença de inovações revolucionárias, verifica-se uma complexa reorganização jurídica e social. Neste sentido, estamos caminhando a poucos passos, mas para a direção errada.

REFERÊNCIAS

- ÂNGELA, Alberto. *A Day in the Life of Ancient Rome*. New York: Europa Editions, 2016, p. 236-240.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BRASIL. Lei nº 10.106 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 jan. 2020.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BURKE, Samantha. *Delos: Investigating the notion of privacy within the ancient Greek house. Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester*. 2000. Disponível em: https://leicester.figshare.com/articles/Delos_Investigating_the_notion_of_privacy_within_the_ancient_Greek_house/10097996. Acesso em: 04 jan. 2020.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.
- CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. *Sequência* (Florianópolis) [online]. 2017, n.76, pp.213-239. ISSN 0101-9562. <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p213>.
- CERF, Vint, Internet Innovator Vinton G. Cerf to Keynote FTC's Internet of Things Workshop Nov. 19. *Federal Trade Commission: protecting america's consumers*. out. 2013. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/10/internet-innovator-vinton-g-cerf-keynote-ftcs-internet-things>. Acesso em: 04 jan. 2020.
- CORDEIRO, A. G.; KONDER, C. N. Onerosidade do acesso às redes sociais. *Revista De Direito Do Consumidor*, v. 121, p. 185-212, 2019.
- COVOTTA B.; SERGEEFF P. (1998) ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 13 *Berkeley Tech. L.J.* (35), 35-54. <https://doi.org/10.15779/Z38408Q>.
- DAVIES, Harry. Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users. *The Guardian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2015/dec/11/senator-tedcruz-president-campaign-facebook-user-data>. Acesso em 07 jan. 2020.
- DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Quorum, 2008.
- DIAMOND, Jered. *The World Until Yesterday: What Can We Learn from Traditional Societies?* London: Penguin Books, 2013.
- DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos de tecnologias interativas: o tratamento de dados como modelo de remuneração. *Revista De Direito Do Consumidor*, v. 118, p. 221-246, 2018.
- DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; SIQUEIRA, Lucas André Viegas Carvalho de. O Direito Ao Esquecimento Como Tutela Dos Direitos Da Personalidade Na Sociedade Da Informação: Uma Análise Sob A Ótica Do Direito Civil Contemporâneo. *Revista Eletrônica Do Curso De Direito Da UFSM*, v. 12, p. 218-236, 2017. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369424579>

DUBY, Georges. *A History of Private Life: Revelations of the Medieval World (History of Private Life)*. Vol. II. Harvard: Belknap Press, 1993.

FACEBOOK. *Política de Dados da Rede Social Facebook*. Disponível em: www.facebook.com/about/privacy/. Acesso em: 06 jan. 2020.

FERESTEIN, Gregory. Google's Cerf Says "Privacy May Be An Anomaly". Historically, He's Right. *Techcrunch*. 2013. Disponível em: <https://techcrunch.com/2013/11/20/googles-cerf-says-privacy-may-be-an-anomaly-historically-hes-right/>. Acesso em: 04 jan. 2020.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 72, n. 567, p. 37, jan. 1983.

FRANKL, V. *La voluntad de sentido*. Barcelona: Herder, 1994.

GARCIA, Rafael de Deus. *Os direitos à privacidade e à intimidade: origem, distinção, dimensões*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 34, n. 1: 1-26, jan./jun. 2018.

GHOSH, Shona. The power players behind Cambridge Analytica have set up a mysterious new data company. *Business Insider*. Disponível em: <http://www.businessinsider.com/cambridge-analytica-executives-andmercer-family-launch-emerdata-2018-3?r=UK&IR=T>. Acesso em 07 jan. 2020.

KELLER, David G. R. *Oasis of Wisdom: The Worlds of the Desert Fathers and Mothers*. Collegeville: Liturgical Press, 2005.

LANE, Frederic S. *American Privacy: The 400-Year History of Our Most Contested Right*. Boston: Beacon Press, 2009.

MCDONALD, A. & CRANOR, L. The Cost of Reading Privacy Policies. *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 4(3), 543-568, 2008.

MACEIRA, Irma Pereira. *A proteção do direito à privacidade familiar na internet*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004.

MARTINS, G. G. *Contratos Eletrônicos de Consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265.

OBAR, J. A.; OELDORF-HIRSCH, A. The biggest lie on the Internet: ignoring the privacy policies and terms of service policies of social networking services, *Information, Communication & Society*, 2018, DOI: 10.1080/1369118X.2018.1486870.

PEIXOTO, E. L. C.; EHRHARDT JR., Marcos Augusto de A. Breves Notas sobre a Ressignificação da Privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCIVIL*, v. 16, p. 35-56, 2018.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS DIVINO, Sthéfano Bruno. Reflexiones escépticas, principiológicas y económicas sobre el consentimiento necesario para la recolección y tratamiento de datos. *Derecho PUCP*, n. 83, p. 179 - 206, 29 nov. 2019.

SARTORI, Ellen Carina Mattias. Privacidade e dados pessoais a proteção contratual da personalidade do consumidor na internet. *Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC: Journal of Contemporary Private Law*, ISSN 2358-1433, Nº. 9, 2016, págs. 49-104.

SARTRE, J. P. in PROST, Antony; VINCENT, G. *A History of Private Life: Riddles of Identity in Modern Times*. Vol. 5. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

SCHREIBER, A. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMITH, Peter. *Houses of the Welsh Countryside: A Study in Historical Geography*. Hansard: H.M.S.O, 1975.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Cambridge, London: Harvard University Press, 2008.

TEIXEIRA, A. C. B. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, v. 16, p. 75-104, 2018.

TUROW, Joseph; HENESSY, Michael; DRAPER, Nora. *The tradeoff fallacy*: how marketers are misrepresenting and opening them up to exploitation. Disponível em: https://www.asc.upenn.edu/sites/default/files/TradeoffFallacy_1.pdf. Acesso em: 06 jan. 2020.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, 1890.

WESTIN, Alan F. *Privacy and Freedom*. Nova York: IG Publishing, 2015.

Recebido/Received: 08.01.2020.

Aprovado/Approved: 08.06.2020.

O PLANO DIRETOR E A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CIDADE

THE DIRECTING PLAN AND DEMOCRATIC PARTICIPATION IN DEVELOPING CITY PUBLIC POLICIES

JULIANA CASTRO TORRES¹

JUVÊNIO BORGES SILVA²

PAULA MARTINS DA SILVA COSTA³

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a participação democrática no controle das políticas públicas de desenvolvimento da cidade por meio do Plano Diretor que é considerado o instrumento básico de desenvolvimento urbano instituindo diretrizes em busca de melhorias para a coletividade, proporcionando um diálogo entre sociedade e administração pública. Planejar o ambiente urbano é estritamente importante para o desenvolvimento de uma cidade, para que esta cumpra a sua função social a fim de se evitar problemas como a exclusão social. As políticas públicas urbanas dizem respeito ao plano das questões coletivas da cidade e visam concretizar os direitos dos cidadãos que devem participar ativamente para que elas funcionem e sejam devidamente implementadas. O Plano Diretor é obrigatório para as cidades com mais de 20.000 habitantes, e visa organizar e melhorar os espaços públicos, dando a ampla possibilidade de participação do cidadão na tomada de decisões do poder público. Neste sentido a importância deste instrumento como mecanismo de promoção da democracia. O estudo se destaca ao analisar a importância da participação cidadã na elaboração e implementação das políticas promovidas pelo Plano Diretor para o desenvolvimento da cidade e como seus fundamentos podem, desde que devidamente implementados melhorar a qualidade de vida dos cidadãos. A pesquisa se caracteriza como sendo teórica, qualitativa e bibliográfica e o método de procedimento é o dedutivo, valendo-se de material histórico, sociológico e jurídico, a partir de livros e artigos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: Planejamento Urbano. Plano Diretor. Participação. Políticas Públicas. Desenvolvimento.

1 Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Passos. <http://orcid.org/0000-0001-9094-4715>. <http://orcid.org/0000-0001-9094-4715>. jucastrotorres@hotmail.com.

2 Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. <http://orcid.org/0000-0001-9403-2713>. <http://orcid.org/0000-0001-9403-2713>. jsilva@unaerp.br.

3 Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. <http://orcid.org/0000-0003-1469-0156>. <http://orcid.org/0000-0003-1469-0156>. paula.costa.pmdsc@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

TORRES, Juliana Castro. SILVA, Juvêncio Borges. COSTA, Paula Martins da Silva. *O plano diretor e a participação democrática no desenvolvimento de políticas públicas para a cidade*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 322-336, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7919>.

ABSTRACT

This article aims to analyze the democratic participation in the control of public policies of city development through the Master Plan which is considered the basic instrument of urban development instituting guidelines in search of improvements for the community, providing a dialogue between society and public administration. Planning the urban environment is strictly important for the development of a city, so that it fulfills its social function in order to avoid problems such as social exclusion. Urban public policies concern the plan of the city's collective issues and aim to realize the rights of citizens who must actively participate in order for them to function and be properly implemented. The Master Plan is mandatory for cities with more than 20,000 inhabitants, and aims to organize and improve public spaces, giving the broad possibility of citizen participation in decision-making by the public power. In this sense, the importance of this instrument as a mechanism for the promotion of democracy. The study stands out by analyzing the importance of citizen participation in the design and implementation of policies promoted by the Master Plan for the development of the city and how their foundations can, provided that properly implemented improve the quality of life of citizens. The research is characterized as being theoretical, qualitative and bibliographic and the method of procedure is deductive, drawing on historical, sociological and legal material from books and scientific articles.

KEYWORDS: *Urban Planning. Master plan. Participation. Public policy. Development.*

1 INTRODUÇÃO

Buscando contornar problemas urbanísticos como o uso inadequado do solo, favelização, empobrecimento de parcela da população, miséria e delinquência, em razão da má-distribuição de renda e dentre vários outros, se estabeleceram normas de planejamento urbano, destacando-se o Plano Diretor como instrumento capaz de organizar a cidade, promovendo políticas públicas urbanas que favoreçam o bem comum sobre o particular.

Sendo importante lembrar que para existir harmonia dentro de uma sociedade, garantindo a integridade social dos cidadãos, é de extrema importância que este ambiente urbano seja organizado com normas pensadas para o seu desenvolvimento.

Ainda, importante também a participação do cidadão na tomada de decisões e formulações de políticas públicas para os interesses da sua cidade, o que é garantido pela Constituição de 1988.

O princípio republicano participativo é um importante marco para o Estado Democrático de Direito, favorecendo a gestão democrática e concreção dos direitos fundamentais e sociais.

O Estatuto da Cidade impôs a participação cidadã para a elaboração dos Planos Diretores, obrigatórios para as cidades com mais de 20.000 habitantes, como forma de garantir a plena garantia dos direitos e equilíbrio urbano.

Esta disposição é de extrema relevância equilibrando as relações entre Estado e cidadãos, em que a elaboração de normas urbanísticas no Município tenha a avaliação e o aval da sociedade.

O capítulo IV do Estatuto da Cidade indica quatro instrumentos para garantir a gestão democrática exigida para que os planos diretores tenham efetiva participação popular, quais sejam: os órgãos colegiados de política urbana nos níveis nacional, estadual e municipal;

debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano nos níveis nacional, estadual e municipal; e iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Desta forma podemos perceber o quanto a população está amparada legalmente contra irregularidades e ilegalidades administrativas.

Porém, nota-se cada vez mais um desinteresse ou descrença ou até mesmo o que os estudiosos chamam de analfabetismo urbanístico, caracterizando que a população não se preocupa ou não se inteira ou até mesmo se diz muito ocupada para saber e tratar dos assuntos de seu próprio interesse na cidade em que vive, favorecendo a discricionariedade da Administração.

A Administração Pública aproveitando-se desta situação, de não interação e monitoramento pela população, acaba por descumprir o planejamento urbano instituído pelo seu Plano Diretor, acarretando inúmeros problemas de cunho social à população.

A inclusão participativa imposta para elaboração do Plano Diretor é o objeto principal deste estudo, garantindo a gestão democrática e promovendo políticas públicas para que a cidade cumpra a sua função social, ordenando espaços públicos, diminuindo a segregação social.

A atuação conjunta da sociedade com a Administração Municipal favorece o ambiente equilibrado e conseqüentemente a sustentabilidade, na medida em que as ações estatais são legitimadas pela participação do cidadão.

A pesquisa foi desenvolvida a partir de pesquisa bibliográfica, teórica e qualitativa, nas áreas de direito constitucional, ambiental-urbanístico e administrativo, sendo que os dados das fontes pesquisadas foram analisados por processo metodológico dedutivo.

Nesse sentido, iniciou-se a pesquisa com uma análise sobre o princípio republicano da participação e sua inclusão e importância para o planejamento urbano, destacando o Plano Diretor como importante instrumento de garantia desta participação e ainda demonstrando que apesar dos avanços nas práticas do planejamento urbano, a participação popular ainda não recebeu a devida atenção.

2 INCLUSÃO PARTICIPATIVA NO PLANEJAMENTO URBANO

Planejamento urbano aponta suas raízes no Iluminismo, ganhando durante os anos do *Welfare State*⁴ algumas particularidades ligadas ao crescimento econômico e ao investimento em políticas de cunho social.⁵

4 *Welfare State* é o Estado no qual o cidadão, independentemente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão não como caridade, mas como direito político. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 84.

5 MARICATO, Ermínia. *Brasil 2000: qual planejamento urbano?*. Cadernos IPP UR, Rio de Janeiro, Ano XI, Nos 1 e 2, 1997. Disponível em: <https://erminiamaricato.files.wordpress.com/2016/12/cadernos-ippur.pdf>. Acesso em: 10 jul 2019.

Planejar tem ligação direta com elaborar planos e controlar, criando a ideia de prevenção e organização do futuro, buscando visualizar e solucionar todas as possíveis situações que poderão surgir dentro de uma sociedade.

Neste diapasão, o planejamento urbano nasceu como uma solução e resposta às necessidades do crescimento dinâmico e sistêmico das cidades, preocupado com o crescimento acelerado da população e ocupação inadequada do solo, fatores que vem ocasionando problemas irreparáveis ao ambiente em que vive o homem.

Sendo assim, planejar o ambiente urbano, a cidade, significa instituir diretrizes de organização das áreas habitáveis, buscando promover à população um ambiente ecologicamente equilibrado e organizado, em que todos tenham condições dignas de sobrevivência, como saneamento ambiental, educação, moradia, lazer, trabalho.

Planejar é formular e definir estratégias de mudanças sociais e ambientais em prol da coletividade.

De acordo com Abranches⁶

A ação de planejar deve sempre contemplar, igualmente, a espacialidade e as relações sociais nas cidades, considerando que estes são permeados por um conjunto de relações em que a existência de conflitos de interesses e de dominantes e dominados é um fator sempre presente (...) deve, ainda, considerar a participação de atores sociais que estão fora da instituição Estado para que as decisões sobre o futuro das cidades possam aproximar-se daquilo que é idealizado pelos próprios beneficiários e interessados.

No Brasil, a chegada dos modelos de planejamento urbano com traços mais participativos e democráticos surgiu especialmente na década de 90, motivados pela força do Movimento Nacional de Reforma Urbana – MNRU⁷.

Abranches⁸ explica que através de movimentos como este surgiram maiores articulações de políticas públicas e um maior comprometimento com a democratização do planejamento urbano e gestão das cidades, passando a participação popular a ser elemento prioritário no planejamento das cidades.

O período de maior desenvolvimento urbano se iniciou com a criação da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano – PNDU, que integrou o II Plano Nacional de Desenvolvimento Urbano – PNDU, em 1973, durante o regime militar.⁹

Com a instituição da Constituinte de 1988 e chegada do Estado Democrático e Social de Direito ficou instituída a garantia da participação cidadã nos processos decisórios, favorecendo a aplicação da legislação urbanística.

6 ABRANCHES, Mônica. Planejamento urbano em Belo Horizonte: um novo mapeamento dos problemas da cidade na visão dos Conselheiros Municipais. Belo Horizonte : Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007. p. 36.

7 O MNRU foi o resultado da união de diversas entidades, organizações de ativistas de bairro, associações de moradores, acadêmicos, profissionais, movimentos populares que queriam aproveitar a oportunidade de participar na construção de emendas populares a serem encaminhadas à Assembleia Constituinte, estas emendas foram parcialmente aproveitadas na constituição de 1988, reduzidas aos artigos 182 e 183 que tratam dos planos diretores municipais e da lei de usucapião. ABRANCHES, Mônica. Planejamento urbano em Belo Horizonte: um novo mapeamento dos problemas da cidade na visão dos Conselheiros Municipais. Belo Horizonte : Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007. p. 43.

8 ABRANCHES, Mônica. Planejamento urbano em Belo Horizonte: um novo mapeamento dos problemas da cidade na visão dos Conselheiros Municipais. Belo Horizonte : Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007. p. 44.

9 MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias. Planejamento urbano no Brasil. In: *A cidade do pensamento único*. 8ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 126-127.

Siqueira Júnior¹⁰ bem leciona que a participação do indivíduo nos negócios do Estado é o exercício da cidadania que, hodiernamente, apresenta um sentido muito mais amplo do que o simples exercício do voto.

A concepção atual de cidadania pressupõe também que o cidadão participe da tomada de decisões acerca dos temas de interesse público que se realiza por meio das chamadas políticas públicas.¹¹

A participação é um princípio da Administração Pública consagrado pelo Direito Constitucional e Administrativo¹².

Perez¹³ salienta que é por meio de processos de decisão que permitam o diálogo entre a sociedade e a Administração Pública que esta aumenta o grau de eficiência de sua atuação.

A Constituição Federal de 1988 assegura a participação direta do povo na construção do Estado Democrático de Direito, estabelecendo uma série de normas com o escopo de respaldar os institutos participativos na Administração Pública, voltando neste estudo nossos olhos para o Plano Diretor, instituído em seu artigo 182, §1º.

O dispositivo descreve que a *política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem – estar de seus habitantes*.¹⁴

O referido dispositivo estabelece que a política de desenvolvimento urbano com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Ainda, encontramos previsão Constitucional para as políticas públicas urbanísticas nos artigos 23, inciso IX e 30, inciso VIII, destacando-se este último que delega competência ao Município para que legisle promovendo no que couber o adequado ordenamento territorial, por meio de planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo.

Neste ponto podemos destacar a inserção de instrumentos de garantia da gestão democrática e a exigência de participação popular em todas as fases do processo de elaboração do Plano Diretor.

O Plano Diretor Participativo foi também regulamentado pelo Estatuto da Cidade que impõe a participação da sociedade na elaboração de normas de natureza urbanística. Considerado o instrumento básico para a política de desenvolvimento e expansão urbana, o Plano Diretor é considerado uma importante ferramenta para as cidades que enfrentam a expansão horizontal ilimitada, avançando sobre áreas frágeis ou de preservação ambiental, pois, aponta diretrizes básicas de planejamento urbano para organização da cidade, com o ade-

10 SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Cidadania e Políticas Públicas. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 18/2006, jul. – dez. 2006, p. 1.

11 SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Cidadania e Políticas Públicas. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 18/2006, jul. – dez. 2006, p. 1.

12 PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163.

13 PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163.

14 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/legislacao/constitucao-federal-emendas>. Acesso em 02 jan. 2020.

quando uso e ocupação do solo, medidas de prevenção contra irregularidades privadas, medidas para o desenvolvimento sustentável com melhor distribuição de renda, moradia digna, educação, transporte, redução da criminalidade.

O capítulo IV do Estatuto da Cidade indica quatro instrumentos para garantir a gestão democrática exigida para que os planos diretores tenham efetiva participação popular, quais sejam: os órgãos colegiados de política urbana nos níveis nacional, estadual e municipal; debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano nos níveis nacional, estadual e municipal; e iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Desta forma, como bem observa José Afonso da Silva¹⁵ *o planejamento não é mais um processo que dependa da vontade dos governantes é uma imposição constitucional e legal.*

Nelson Saule Junior¹⁶ aponta que o Estatuto da Cidade lançou um grande desafio ao regulamentar o Plano Diretor Participativo, pois, incorporou o que há de mais vibrante e vivo no desenvolvimento da democracia ao inserir a participação direta e universal dos cidadãos nos processos decisórios.

Podemos destacar dentre os instrumentos de participação os conselhos, comissões e comitês participativos; audiências públicas; consultas públicas; referendo; plebiscito; importantes mecanismos capazes de garantir um diálogo entre a sociedade e a Administração Pública e, por meio do Plano Diretor, proporcionar a concretização e efetivação de políticas públicas em prol de toda a coletividade.

Esta preocupação com a inserção de instrumentos garantidores da gestão democrática e a exigência de participação popular em todas as fases do processo de elaboração do plano diretor no âmbito do Poder Público Municipal expressam o princípio da soberania popular e oferecem uma forma de se fortalecer a democracia participativa.

Fadigas¹⁷ ressalta que *a ausência de participação, direta ou indireta, da sociedade na definição das políticas e no acompanhamento e escrutínio da sua aplicação e na avaliação dos resultados representa uma clara violação de direitos e um flagrante desequilíbrio no sistema de relações entre o Estado e os cidadãos.*

Para Bucci¹⁸ a plena realização da gestão democrática é a única garantia de que os instrumentos de política urbana trazidos pelo Estatuto da Cidade sejam capazes de promover a direito à cidade para todos.

Contudo, embora a preocupação com o bem-estar social e a veiculação de mecanismos para concretização desta premissa, ainda se observa uma falha na implementação e aplicabilidade do tão utópico planejamento urbano.

Embora a legislação seja farta, a implementação das políticas voltadas ao ambiente urbano geralmente não ocorre da forma como prevista, seja pela discricionariedade da Administração, seja pela falta de interesse do próprio cidadão, o que torna os planos na maioria das vezes ineficientes.

15 SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Melhoramentos. 2008, 5ª edição. p. 90.

16 JUNIOR, Nelson Saule. Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 2001.

17 FADIGAS, Leonel. Urbanismo e Território: As políticas públicas. Edições Sílabo. 1ª Edição – Lisboa, abril de 2015. p. 13.

18 BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão Democrática da Cidade. In. DALLARI, Adilson Abreu & FERRAZ, Sérgio. (coords). Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 322-341.

Abranches¹⁹ afirma que apesar dos avanços nas práticas do planejamento urbano, especialmente do caráter politizado desta proposta, a participação popular ainda não recebeu a devida atenção.

Nesse sentido Maricato²⁰ aponta que *o poder legal do executivo federal sobre o desenvolvimento urbano, em especial sobre seu aspecto central, que é o controle sobre uso e ocupação do solo, é muito pequeno.*

As cidades brasileiras estão como estão não por falta de planos e leis, mas por interesses políticos e problemas culturais²¹, apontando para o analfabetismo urbanístico²².

Nota-se, portanto, a necessidade de conscientização pela própria população quanto ao desenvolvimento de um maior interesse sobre os anseios de sua cidade para que as premissas instituídas pelo planejamento urbano, o Estado de bem-estar na cidade sejam devidamente concretizadas por meio de políticas públicas pensadas em diálogo entre a sociedade e a Administração Pública.

Concomitante destacam Reis e Leal²³:

Para o cidadão, é muito relevante que conheça e entenda o que está previsto nas políticas que o afetam, quem as estabeleceu, de que modo foram estabelecidas, como estão sendo implementadas, quais são os interesses que estão em jogo, quais são as principais forças envolvidas, quais são os espaços de participação existentes, os possíveis aliados e os adversários, entre outros elementos.

A atuação ativa da sociedade é fundamental para a eficiência da atuação administrativa, é digamos assim que uma ação conjunta, englobando o trinômio participação, eficiência e legitimidade.²⁴

Esse pensamento quer dizer que por meio da participação cidadã atuando nos processos decisórios junto à Administração Pública, estes se tornam mais eficientes para o bem comum e legítimos na medida em que tiveram para sua aprovação a intervenção da sociedade.

Assim, é importante compreender como esta participação pode estimular nos cidadãos não só a responsabilidade sobre os resultados favoráveis obtidos, mas também a colaboração com a conservação dos mesmos no plano da cidade, auxiliando na propositura de políticas públicas para melhoria da vida do homem, possibilitando que a cidade cumpra a sua função social, pelo que passamos à análise do Plano Diretor como política pública para o desenvolvimento urbano.

19 ABRANCHES, Mônica. Planejamento urbano em Belo Horizonte: um novo mapeamento dos problemas da cidade na visão dos Conselheiros Municipais. Belo Horizonte : Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007. p. 44.

20 MARICATO, Ermínia. O impasse da política urbana no Brasil. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 53.

21 MARICATO, Ermínia. O impasse da política urbana no Brasil. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 53-54.

22 Ermínia Maricato trata "o analfabetismo urbanístico", como a desinformação da sociedade sobre a história da cidade e sobre o orçamento municipal, a alienação sobre o espaço geográfico e urbano no Brasil, fatores que prejudicam a sustentabilidade da cidade. Idem. p. 54.

23 REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2008. p. 2.308.

24 PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 167-168.

3 O PLANO DIRETOR COMO POLÍTICA PÚBLICA DE DESENVOLVIMENTO DA CIDADE

Inicialmente é importante compreender que políticas públicas são ações que o governo realiza com a finalidade de atingir as metas estabelecidas e que serão realizadas pelo poder público.²⁵

Para Reis e Leal²⁶ as políticas públicas são o resultado da política, compreensíveis à luz das instituições e dos processos políticos, os quais estão intimamente ligados às questões mais gerais da sociedade, destacando-se entre elas o desenvolvimento e a inclusão social.

Complementa Bucci²⁷ que as políticas são forjadas para a realização de objetivos determinados, o que as diferem das leis, ou seja, políticas são proposições que descrevem objetivos.

As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.²⁸

Ainda para a mesma autora²⁹ "o ideal de uma política pública é resultar no atingimento dos objetivos sociais (mensuráveis) a que se propôs; obter resultados determinados, em certo espaço de tempo".

No entanto, é necessário avaliar também o caráter programático do plano, da política, para que seus objetivos se adaptem à realidade e, nesse sentido Maria Paula Dallari Bucci³⁰ destacou em sua obra o problema da efetividade das chamadas normas programáticas em que um de seus efeitos é a proibição de omissão dos Poderes Públicos na realização dos direitos sociais.

A partir do estudo da obra "Aplicabilidade das Normas Constitucionais" de José Afonso da Silva, Bucci³¹ destacou que o direito processual que sanciona as omissões, enunciado na Constituição Federal (artigos 102, I, q, e 103, §2º) seria um dos caminhos para a efetivação das normas programáticas, em face da inércia do Poder Público na iniciativa das medidas legislativas ou administrativas necessárias à implementação do direito.

Ainda, Reis e Leal³² destacam que as políticas orientam a ação estatal, diminuindo os efeitos de um dos problemas constitutivos do regime democrático que é a descontinuidade

25 SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Cidadania e Políticas Públicas. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 18/2006, jul. – dez. 2006, p. 4.

26 REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2008. p. 2.309.

27 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. UNISANTOS. São Paulo. Editora Saraiva, 2006. p. 25.

28 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. UNISANTOS. São Paulo. Editora Saraiva, 2006. p. 25.

29 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. UNISANTOS. São Paulo. Editora Saraiva, 2006. p. 43.

30 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. UNISANTOS. São Paulo. Editora Saraiva, 2006. p. 28.

31 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. UNISANTOS. São Paulo. Editora Saraiva, 2006. p. 29.

32 REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 2.312.

administrativa decorrente da renovação periódica dos governantes, na medida de que cada novo governo significa alguma descontinuidade, ou seja, as políticas que no governo anterior foram iniciadas e não terminadas geralmente não se efetivam, devido a que para o novo governo elas não são mais necessárias, outros objetivos surgiram, deixando as necessidades antes levantadas de lado, esquecidas.

Em contrapartida, entende-se que embora se reconheça amplamente que a descontinuidade administrativa leva ao abandono das diretrizes vigentes e também à criação de outras, gerando desperdício de energia política e de recursos financeiros, esta situação não é de todo negativa, devido a que permite inovações e avanços.³³

Os novos tempos pedem ousadia para rever posições e para inovar. A âncora mais segura para a inovação política está no incentivo à cooperação entre agentes públicos, privados e da sociedade civil.

Em termos democráticos, a autoridade do Estado resulta da vontade coletiva que é livremente expressa e assumida pela participação social e, por isso, as políticas públicas, representam o resultado do exercício do poder por uma autoridade investida de poder público e de legitimidade.³⁴

Nesse sentido, podemos dizer que o Plano Diretor é um importante instrumento capaz de impedir a descontinuidade administrativa e favorecer a participação cidadã na busca de melhores condições de vida para a coletividade.

Hely Lopes Meirelles³⁵ conceituou que:

O Plano Diretor ou Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado, como modernamente se diz, é o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global, constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade/campo. É o instrumento técnico-legal definido dos objetivos de cada Municipalidade e por isso mesmo com supremacia sobre os outros, para orientar toda atividade de Administração e dos Administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade. O Plano Diretor deve ser uno e único, embora sucessivamente adaptado às novas exigências da comunidade e do progresso local, num processo perene de planejamento que realize sua adequação às necessidades da população, dentro das modernas técnicas de administração e dos recursos de cada Prefeitura. O Plano Diretor não é estático; é dinâmico e evolutivo. Na fixação dos objetivos e na orientação do desenvolvimento do Município é a lei suprema e geral que estabelece as prioridades nas realizações do governo local, conduz e ordena o crescimento da cidade, disciplina e controla as atividades urbanísticas em benefício do bem-estar social.

No Brasil, o planejamento urbano, em geral, nem sempre atinge esses objetivos, seja pela falta de coordenação de ações, pela falta de controles efetivos sobre os agentes, por incapacidade de superar os conflitos políticos e econômicos inerentes ao desenvolvimento

33 REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2008. p. 2.312.

34 FADIGAS, Leonel. Urbanismo e Território: As políticas públicas. Edições Sílabo. 1ª Edição – Lisboa, abril de 2015. p. 13.

35 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. Malheiros. 13. ed. São Paulo: 2006. p. 538-539.

urbano ou por excessiva rigidez na definição dos padrões aceitáveis. Mudar esta situação é, portanto, um desafio para os administradores municipais.³⁶

Por meio do Plano Diretor a Administração Pública obrigatoriamente deve-se sujeitar à aprovação da sociedade sobre as ações a serem tomadas. Este instrumento se caracteriza como a manifestação mais latente da gestão democrática de uma cidade.

Neste ponto, o planejamento urbano pelo Município é ponto fundamental, a fim de nortear políticas públicas para amenizar estas consequências negativas, que devem ser construídas com a participação popular, em busca do bem social comum.³⁷

Na análise de criação de políticas públicas é muito importante que os analistas sejam neutros estejam atentos aos riscos de ancorar seus trabalhos em pressupostos neoliberais, anti-estatais, que preconizam a adequação da administração pública aos valores do mercado e aos ditames da administração privada e por isso a importância da inclusão participativa na elaboração destas políticas.

No plano urbanístico destacamos o Plano Diretor por constituir o complexo de normas legais e diretrizes técnicas que objetivam o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, almejado pela comunidade local, o que se expressa pela obrigatoriedade da participação popular na sua formulação, sendo importante destacar esta prevalência democrática, no sentido de que onde há a participação do povo há cidadania, liberdade, justiça.

Silva e Júnior³⁸ entendem que para congregar na vida política e decisória do Estado é importante que se encontre mecanismos de participação popular, que haja espaço para representação, técnica e gestão e, principalmente, espaço para o cidadão que também deve se preocupar com as coisas públicas.

Assim, o Plano Diretor se destaca como um importante instrumento capaz de promover esse espaço ao cidadão, de diálogo sobre a tomada de decisões junto à Administração Pública.

No entanto, o que se verifica pelos estudiosos urbanistas é que as normas elaboradas no Plano Diretor não saem do papel e que na realidade a participação do cidadão abrange apenas grupos específicos formados pelo governo em interesse deste mascarando a real gestão democrática que deveria existir.

A legislação é severa no sentido da obrigatoriedade da participação, mas como bem coloca Maricato³⁹ o Plano Diretor *oferece discurso de boas intenções, mas distante da prática*.

36 D'ANDREA, Catherine. O Estatuto da Cidade e os Planejamentos de Transporte e de Circulação, 2004. Disponível em http://redpgv.coppe.ufrj.br/arquivos/'Andrea_UFSCar2004.pdf. Acesso em 01 jan. 2020.

37 PERES, Renata Bovo. O planejamento regional e urbano e a questão ambiental: análise da relação entre o plano de bacia hidrográfica Tietê-Jacaré e os planos diretores municipais de Araraquara e São Carlos, SP. 2012. Disponível em <http://www.sustenta.ufscar.br/arquivos/teses/teserenatabovoperes.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2020.

38 SILVA, Juvêncio Borges; JÚNIOR, Natal dos Reis Carvalho. DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA: participação popular como meio de superação dos obstáculos a consolidação democrática no Brasil. Revista Humus, vol. 7, num. 20, 2017. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/download/6786/4844>, acesso em 05 jan. 2019. p. 69.

39 MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias. Planejamento urbano no Brasil. In: *A cidade do pensamento único*. 8ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 124.

Maricato⁴⁰ ainda observa que não importa um plano normativo apenas, que se exaure na aprovação de uma lei, mas que seja comprometido com um processo, um domínio de gestão democrática, para retificar seus rumos, um domínio operacional, com investimentos estabelecidos, com ações determinadas e fiscalização.

No sentido de registrar a real situação que acontece com a participação cidadã nos Planos Diretores expõe Maricato⁴¹

não é por falta de planos urbanísticos que as cidades brasileiras apresentam problemas graves. Não é também, necessariamente, devido à má qualidade desses planos, mas porque seu crescimento se faz ao largo dos planos aprovados nas Câmaras Municipais, que seguem interesses tradicionais da política local e grupos específicos ligados ao governo de plantão.

No entanto, a conscientização cidadã é um fator de extrema importância para que haja eficácia na aplicação do planejamento urbano e consequente melhoria das condições de vida, impedindo a manipulação e arbitrariedade da Administração Pública forjando uma mentirosa participação dos cidadãos na elaboração dos Planos Diretores de suas cidades e consequentes normas para melhoria de vida de seus moradores.

O estímulo à participação precisa brotar da sociedade, mas também deve contar com o apoio do Estado.⁴²

O Estado deve estimular a participação popular e não simular esta situação como observamos estar acontecendo, aproveitando-se do desinteresse ou podemos melhor dizer, descrença do cidadão.

Pela análise, podemos notar que possuímos um vasto aparato normativo capaz de concretizar os direitos fundamentais e sociais dos cidadãos, promovendo o ideal parcelamento do solo, diminuição das desigualdades sociais, meio ambiente equilibrado, em resumo, cidades com melhores condições de vida aos moradores.

O Plano Diretor é uma política pública de extrema relevância, um marco urbanístico e, se devidamente elaborado e implementado é capaz de auxiliar em muito o desenvolvimento da cidade.

É necessário ascender na população o interesse sobre os anseios da sua cidade, combatendo o desinteresse, a descrença, o "analfabetismo urbano". O cidadão precisa entender que ele possui instrumentos que fornecem a ele possibilidades de combater a discricionariedade administrativa e promover o devido desenvolvimento urbano na sua cidade.

40 MARICATO, Ermínia. Brasil, cidades: alternativas para crise urbana. 7º ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

41 MARICATO, Ermínia. Op. cit. p. 124.

42 SILVA, Juvêncio Borges; JÚNIOR, Natal dos Reis Carvalho. DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA: participação popular como meio de superação dos obstáculos a consolidação democrática no Brasil. Revista Humus, vol. 7, num. 20, 2017. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/download/6786/4844>, acesso em 05 jan. 2019. p. 69

4 CONCLUSÃO

As cidades brasileiras de um modo geral vivenciam cada vez mais situações degradantes no que tange aos problemas urbanos, causados em grande parte pela rápida ocupação e falta de planejamento urbano ou até mesmo o fracasso na implementação de planos.

O desenvolvimento desordenado nas cidades, sem o devido planejamento urbano ou como já dito o fracasso destes, justificado pela discricionariedade da Administração Pública aliado à falta de interesse ou descrença da população pelas demandas e anseios de sua cidade, vem favorecendo inúmeros problemas de cunho sociais.

A finalidade do planejamento urbano é formular, definir e promover estratégias de mudanças sociais e ambientais, condições de vida dignas ao ser humano, orientando o desenvolvimento da cidade.

Com o intuito de melhor assegurar essas premissas e após enfrentar muitas barreiras a chegada da Constituição Federal de 1988 instituiu um grande marco para a democracia brasileira, assegurando a participação cidadã na concreção do Estado Democrático de Direito, elencando em vários de seus dispositivos a obrigatoriedade deste princípio.

No quadro da Constituição de 1988 e da profunda redemocratização do Estado e da Sociedade que ela propôs, floresceram normas e políticas a partir de uma completa revisão da compreensão jurídica e política da Cidade. Urbanistas e juristas foram tomados de grande entusiasmo a partir do reconhecimento do direito à cidade como um direito fundamental, à luz do qual se editou e interpretou o Estatuto da Cidade com suas promessas de participação cidadã na oferta, a todos, de condições para o viver bem na cidade.

O Estatuto da Cidade elencou inúmeros mecanismos de melhoramento urbanístico e consagrou o princípio participativo que ganhou força ao ser tratado como elemento obrigatório na elaboração dos Planos Diretores.

No entanto, mesmo com os avanços nas instituições democráticas, infelizmente, assistimos ao aprofundamento das desigualdades e à degradação da vida urbana. Fracassos na implementação dos Planos Diretores movidos a interesses políticos e falta de participação democrática da população local em detrimento da forte influência dos grupos econômicos, dentre outras questões que se diagnosticam hoje como grandes desafios à efetivação do direito fundamental à boa ordem urbana no Brasil.

É importante entender que a participação direta do povo na tomada de decisões de cunho urbano é de extrema importância para que a cidade cumpra a sua função social, mas esta realidade ainda não atingiu os níveis de interesse necessários. Podemos perceber que há uma certa falta de interesse, descrença e até mesmo falta de conhecimento na importância e necessidade de o cidadão participar ativamente dos atos da vida pública.

Demonstrou-se que a legislação é farta e garantidora desta participação na gestão pública, porém ainda ineficaz, sendo necessário a conscientização da população quanto a importância de sua inteiração sobre os planos e políticas desenvolvidas e a serem desenvolvidas a seu favor.

O planejamento urbano é fator essencial para que se reduzam a discriminação e as desigualdades sociais, efetivando-se os direitos humanos e fazendo prevalecer o inte-

resse comum sobre o particular e esta fundamentação se legitima pela obrigatoriedade de o cidadão participar na elaboração dos planos, repassando para a Administração as suas necessidades e anseios, partindo-se da premissa de que quem sabe mais dos problemas e necessidades da população é o próprio cidadão.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Cidade elencaram importantes instrumentos urbanísticos a fim de garantir um adequado desenvolvimento urbano. A inclusão participativa na elaboração do Plano Diretor se destaca para o desenvolvimento da democracia no Brasil, garantindo a concreção da função social que a cidade deve cumprir.

Neste ponto é de se destacar que o Plano Diretor promove a participação e institui a cidadania e democracia, tendo em suas diretrizes normas capazes de proporcionar melhores condições de vida e dignidade à população, regularizando a moradia, diminuindo as desigualdades sociais, evitando problemas como favelização, empobrecimento de parcela da população, miséria e delinquência, em razão da má-distribuição de renda, da especulação imobiliária e da ausência de reforma agrária, preocupando-se com o meio ambiente e com o desenvolvimento da cidade.

Ficou demonstrado o importante papel da participação da população imposta para a elaboração dos Planos Diretores e a necessidade de que o povo se conscientize sobre as ações públicas e participe ativamente da tomada de decisões.

No entanto destacou-se também que a participação popular ainda não recebeu a devida atenção e que fatores como o desinteresse ou descrença ou até mesmo o que os estudiosos chamam de analfabetismo urbanístico impedem que este princípio cumpra o seu papel, favorecendo a discricionariedade da Administração Pública que aproveita-se desta situação, de não interação e monitoramento pela população, e acaba por descumprir o planejamento urbano instituído pelo seu Plano Diretor, acarretando inúmeros problemas de cunho social à população.

Contudo é notório que a importância de que o princípio da participação se concretize nos planejamentos urbanos, para que as atividades estatais sejam fiscalizadas, monitoradas e a população beneficiada pelas políticas públicas aprovadas.

As políticas públicas urbanas precisam sair do papel e, para isso, a população necessariamente precisa se conscientizar. O Estado Democrático de Direito se faz em uma ação conjunta entre a sociedade e o Estado.

Enfim, demonstrados alguns problemas enfrentados na inclusão participativa, podemos concluir que a sua fundamentação é o futuro para uma vida melhor. A cidade precisa da participação popular. Os cidadãos precisam exercer a cidadania e o poder democrático outorgado com a Constituição Federal. Pelo que é possível fazer com que as políticas públicas de desenvolvimento urbano saiam do papel e exerçam sua função, sejam devidamente implementadas e melhorem as condições de vida do cidadão.

Com a perspectiva democrática imposta ao planejamento o Estado não deve/ pode atuar sozinho, é necessário que a participação popular se radicalize e a sociedade civil se qualifique promovendo a organização e elaboração de propostas e estratégias para intervir e melhorar a cidade.

É preciso reconhecer os instrumentos criados e garantir sua eficácia, e o Plano Diretor se apresenta como um forte instrumento de promoção para o desenvolvimento sustentável das cidades, plenamente capaz de promover a superação das desigualdades sociais, amparado pela imposta participação popular na tomada de decisões, almejando a promoção de políticas públicas efetivas ao cumprimento de um planejamento urbano adequado, que ordene o território e diminua as desigualdades sociais, assegure a justa distribuição de infraestrutura e serviços urbanos e os princípios da dignidade humana e da cidadania, cumprindo a função social da cidade, configurando realmente o Estado Democrático de Direito proposto em nossa Constituinte.

A garantia de suas propostas e perspectivas como já descrito depende de uma atuação conjunta da sociedade com a Administração Pública. A formulação de um projeto político ancorado pela participação, legitimado pela demanda e o comprometimento da sociedade civil na proposição de políticas públicas, avança para a constituição de um sujeito coletivo e de um projeto efetivamente político para a sociedade.

Considerando as referidas análises, acredita-se cada vez mais no potencial das estruturas participativas em busca de melhorias coletivas e como foi esboçado a importância deste princípio na esfera urbanística para garantir a efetivação dos direitos fundamentais e o cumprimento da função social da cidade em prol da coletividade.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Mônica. *Planejamento urbano em Belo Horizonte: um novo mapeamento dos problemas da cidade na visão dos Conselheiros Municipais*. Belo Horizonte : Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/legislacao/constituicao-federal-emendas>. Acesso em 02 jan. 2020.
- BRASIL. Lei 10.257, DE jul. 2001. *Estatuto da Cidade*. Brasília-DF, jul. 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm Acesso em: 02 jan. 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Gestão Democrática da Cidade*. In. DALLARI, Adilson Abreu & FERRAZ, Sérgio. (coords). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. UNISANTOS. São Paulo. Editora Saraiva, 2006.
- D'ANDREA, Catherine. *O Estatuto da Cidade e os Planejamentos de Transporte e de Circulação*, 2004. Disponível em http://redpgv.coppe.ufrj.br/arquivos/'Andrea_UFSCar2004.pdf. Acesso em 01 jan. 2020.
- FADIGAS, Leonel. *Urbanismo e Território: As políticas públicas*. Edições Sílabo. 1 Ed. – Lisboa, abril de 2015.
- JUNIOR. Nelson Saule. *Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MARICATO, Ermínia. *Brasil 2000: qual planejamento urbano?*. Cadernos IPP UR, Rio de Janeiro, Ano XI, Nos 1 e 2, 1997. Disponível em: <https://erminiamaricato.files.wordpress.com/2016/12/cadernos-ippur.pdf>. Acesso em: 10 jul 2019.
- MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para crise urbana*. 7 ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

MARICATO, Ermínia. *As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias. Planejamento urbano no Brasil*. In: *A cidade do pensamento único*. 8ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

MARICATO, Ermínia. *O impasse da política urbana no Brasil*. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. Malheiros. 13. ed. São Paulo: 2006.

PEREZ, Marcos Augusto. *A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas*. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PERES, Renata Bovo. *O planejamento regional e urbano e a questão ambiental: análise da relação entre o plano de bacia hidrográfica Tietê-Jacaré e os planos diretores municipais de Araraquara e São Carlos, SP*. 2012. Disponível em <http://www.sustenta.ufscar.br/arquivos/teses/teserenatabovoperes.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2020.

REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas. Desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Melhoramentos. 2008.

SILVA, Juvêncio Borges; JÚNIOR, Natal dos Reis Carvalho. *DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA: participação popular como meio de superação dos obstáculos a consolidação democrática no Brasil*. Revista Humus, vol. 7, num. 20, 2017. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/download/6786/484>. Acesso em 05 jan. 2019.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Cidadania e Políticas Públicas*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 18/2006, jul. – dez. 2006.

Recebido/Received: 20.05.2019.

Aprovado/Approved: 03.06.2020.

A TÉCNICA EXECUTIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEUS LIMITES

EXECUTIVE TECHNIQUE IN THE CIVIL
PROCESS CODE AND ITS LIMITS

MATEUS SCHWETTER SILVA TEIXEIRA¹

RESUMO

O presente artigo trata sobre a execução do direito processual civil brasileiro e a sua evolução, sendo que, com o Código de Processo Civil de 2015, houve modificação e inovação em inúmeros dispositivos, como o artigo 139, inciso IV, que gerou entendimento de parte da doutrina da atipicidade dos meios executivos em execução por quantia certa, com aplicação de medidas atípicas aos executados, como a retenção do passaporte ou da carteira nacional de habilitação. É entorno desta temática que o presente trabalho será desenvolvido. A metodologia utilizada foi de pesquisa qualitativa, com revisão da literatura acerca do tema, dentro doutrinadores clássicos e modernos, bem como de artigos jurídicos e jurisprudência atual. Na primeira etapa, realiza-se observação acerca dos aspectos gerais do processo de execução. A segunda etapa aborda a aplicação dos meios executivos, desde a versão original do Código de processo Civil de 1973, as reformas de 1994 e 2002 e o novo código de 2015, com análise do artigo 139, inciso IV, e seus possíveis efeitos. Na terceira etapa, pretende-se uma análise constitucional dos efeitos da aplicação do artigo 139, inciso IV do referido Código. Ao fim, será demonstrada a possibilidade de aplicação das medidas, de acordo com requisitos que devem ser observados pelo juiz.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil. Execução de pagar quantia certa. Meios executivos atípicos. Direito Constitucional.

ABSTRACT

This article deals with the execution of Brazilian civil procedural law and its evolution. With the Civil Procedure Code of 2015, there have been changes and innovations in numerous articles, such as article 139, item IV, which generated understanding of part of the doctrine of the atypicality of executive means in execution for certain amount, with the application of measures atypical to those debtors, such as the retention of the passport or the national driver's license. It is around this theme that the present work will be developed. The methodology used was a qualitative research, with a review of the literature on the topic, within classic and modern doctrines, as well as legal articles and current jurisprudence. In the first stage, we observe the general aspects of the execution process. The second stage deals with the application of executive means, from the original Civil Procedure Code of 1973, the reforms of 1994 and 2002 and the new code of 2015, with an analysis of Article 139, item IV, and their possible effects. In the third step, we intend a constitutional

¹ Mestrando em Direito Público na Universidade Nova de Lisboa. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. mateus_schwetter@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

TEIXEIRA, Mateus Schwetter Silva. *A técnica executiva no código de processo civil e seus limites*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 337-361, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7208>.

analysis of the effects of the application of article 139, section IV of said Code. In the end, the possibility of applying the measures will be demonstrated, according to requirements that must be observed by the judge.

KEYWORDS: Civil proceedings. Execution of paying a certain amount. Atypical executive means. Constitutional Law.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará os meios executivos atípicos na execução por quantia certa, previstos no artigo 139, inciso IV da Lei 13.105/2015 (BRASIL, 2015), também denominada de Código de Processo Civil (CPC).

A execução por quantia certa ocorre em face de obrigação pecuniária ou de obrigação de fazer, não fazer ou de dar coisa, convertida em obrigação pecuniária. Ocorre que, ao longo dos anos, na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e de suas reformas, a prática processual demonstrou que a tipicidade dos meios executivos era insuficiente para que os devedores fossem solventes, ocorrendo mutação quanto a este regime nas diversas espécies de execução.

A prática processual, também, revelou que inúmeros processos de execução por quantia certa estão suspensos por ausência de bens de devedores para que sejam submetidos aos institutos de penhora e expropriação, todavia, o credor nota que, em determinados cenários, aquele devedor, em verdade, possui condições financeiras de arcar com o débito. No entanto, por precaução anterior, tratou de desvincular quaisquer bens de seu patrimônio real, para que assim não fossem expropriados, de modo que há uma ocultação da realidade patrimonial.

Deste modo, o Código de Processo Civil, promulgado em 2015, trouxe instituto inovador, que, por se tratar de cláusula geral, tem sido amplamente discutido pela doutrina e já pela jurisprudência. Foi estabelecido no capítulo que trata dos Poderes do Juiz, artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, que ao juiz incumbirá "determinar todas as medidas inductivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

Neste interim, para grande parte da doutrina, foi estabelecido o princípio da atipicidade dos meios executivos às execuções por quantia certa. Sendo que, os advogados iniciaram o requerimento de aplicação do referido artigo em processos de execução, com a retenção do passaporte do devedor e a suspensão de sua Carteira Nacional de Habilitação. O trabalho será limitado a estas duas hipóteses, embora se reconheça a existência de outras medidas como o impedimento de participação em licitação e em concurso público.²

Como se demonstrará ao longo deste trabalho, a medida trouxe celeuma perante à doutrina, haja vista que grande parte dos estudiosos defende a atipicidade como modo de garantir a execução, que, hoje, em alto número de processos resta frustrada. Diferentemente,

2 A doutrina e a jurisprudência são escassas quando se trata do tema, recomenda-se: NOBREGA, Guilherme Pupe da. Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, IV, do CPC de 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/243746/reflexoes-sobre-a-atipicidade-das-tecnicas-executivas-e-o-artigo-139-iv-do-cpc-de-2015>. Acesso em 20 fev. 2020.

outros estudiosos defendem que o artigo em discussão foi mal redigido e que sua grande amplitude poderia gerar decisões inconstitucionais.

A magnitude do tema em discussão é evidente, uma vez que as medidas requeridas pelos advogados e deferidas em algumas decisões ganharam bastante notoriedade, tendo em vista a mudança paradigmática realizada. Neste sentido, a presente pesquisa é necessária para que seja examinada a possível aplicação do instituto em análise e suas consequências, objeto de detido estudo por parte da doutrina.

Trata-se de pesquisa qualitativa, em que será realizada uma revisão da literatura com análise de artigos científicos, livros e jurisprudência acerca do tema, com intuito de que seja feita uma análise objetiva e adequada à pesquisa.

Longe do intuito de esgotar o tema, a presente pesquisa irá se realizar em torno do instituto previsto no artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil, sua abrangência, aplicabilidade e seus limites em face da Constituição da República Federativa do Brasil – CFRB – (BRASIL, 1988).

2 ASPECTOS GERAIS DA EXECUÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Neste estudo, que tem como base a execução por quantia certa, é importante delimitar e entender o que significa o processo de execução, que é um gênero, do qual há espécies no Código do Processo Civil e legislação extravagante.

A doutrina clássica divide as modalidades de processo em tutela cognitiva, aquela em que se conhece ou acerta o direito e em tutela executiva, aquela em que se satisfaz um direito já acertado. Conforme elucida Elpídio Donizetti Nunes (2017, p. 1209), a tramitação do processo dar-se-á pelo procedimento de processo de conhecimento (cognição) quando uma das partes buscar conhecer o direito, de outro modo, o procedimento será de execução, quando uma das partes já possuir o direito acertado e busca satisfazê-lo, para que cumpra a obrigação pactuada. Ainda, o renomado autor determina que os atos do processo de execução diferem-se dos atos do processo de conhecimento, dado que, como já mencionado, o objetivo do credor é apenas a satisfação do seu crédito. Neste tocante, o objetivo é que o devedor seja compelido a saldar o seu débito ou cumprir a obrigação pactuada outrora, podendo ser obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa.

Vale citar o que entende a doutrina acerca da execução, Fredie Didier elucida este conceito, explicando que na execução há satisfação de uma prestação já devida, sendo que há divisão entre a execução voluntária – chamada de cumprimento por grande parte da doutrina – e a execução propriamente dita, em que o devedor não é solvente com o débito apresentado (DIDIER et. al, 2017, v. 3, p. 45).

Assim sendo, deve-se evidenciar que a execução, processo de satisfação de um direito, é um gênero que inclui outras espécies. De maneira que o Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 771 que as disposições à execução fundada em título extrajudicial se aplicam a outros procedimentos de execução, no que couber.

Com a perspectiva apresentada, observou-se que a execução se trata de um gênero, com espécies que possuem suas particularidades de aplicação, como se observará na execução por quantia certa.

2.1 EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA

A execução por quantia certa tem como razão a obrigação de dar dinheiro, coisa fungível, isto é, aquela substituível por outra de mesma espécie, quantidade e qualidade, de acordo com o artigo 85 da Lei 10.406/2002 (BRASIL, 2002), também conhecido como Código Civil (CC).

Consoante estudo já mencionado, o objetivo do credor neste procedimento é a satisfação de seu crédito, posto que, ao se tornar parte de uma obrigação, é atraído pelo devedor o dever e pode-se dizer, o risco, de responder com o seu patrimônio (THEODORO JR., 2017, v. 3, p. 424).

A execução por quantia certa, espécie de execução, conforme trata o Código de Processo Civil é aquela em que ocorre a expropriação dos bens do executado, conforme artigo 824: "A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais". Vale ressaltar que a execução por quantia certa, em regra, denomina a execução dos títulos executivos extrajudiciais, aqueles discriminados no artigo 784 do Código de Processo Civil. No entanto, pode, também, fundar-se em título judicial, porém, por didática que acompanha o Código de Processo Civil desde sua versão de 1973, é denominada de Cumprimento de Sentença, com regulamentação nos artigos 520 a 527 do referido Código. Contudo, conforme mencionado, o artigo 771 estabelece que as disposições do Livro de Execução aplicam-se subsidiariamente ao Cumprimento de Sentença.

A execução será efetuada por intermédio dos meios expropriatórios previstos no Código de Processo Civil e quando estes não forem suficientes ou não houver bens aparentes, seguimento da doutrina defende que poderão ser utilizados os meios de execução atípicos, tema desde estudo. O artigo 825 da lei processual civil estabelece que a expropriação consiste em: "adjudicação, alienação ou apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de outros bens."³

Assim, observa-se que, no procedimento de execução por quantia certa, o objetivo primordial do credor é a expropriação de bens do devedor para satisfação de seu crédito.

Destaca-se que o procedimento de execução por quantia certa não é o objeto central deste estudo, no entanto, para melhor compreensão dos institutos tratados, é de mister importância entender em linhas gerais as etapas do processo de execução por quantia certa:

A execução por quantia certa contra o devedor dito solvente consiste em expropriar-lhe tantos bens quantos necessários para a satisfação do credor (NCPC, art. 789). A sanção a ser realizada *in casu* é o pagamento coativo da dívida documentada no título executivo extrajudicial. Trata-se de uma execução direta, em que o órgão judicial age por sub-rogação, efetuando o pagamento que deveria ter sido realizado pelo devedor, servindo-se de

3 A expropriação pode ocorrer por adjudicação, o bem incorpora-se ao patrimônio do credor (artigos 876 e seguintes do CPC) ou por alienação em que o bem é alienado por leilão ou hasta pública (artigos 879 e seguintes do CPC).

bens extraídos compulsoriamente de seu patrimônio. Após a provocação do credor (petição inicial) e a convocação do devedor (citação para pagar), os atos que integram o procedimento em causa "consistem, especialmente, na apreensão de bens do devedor (penhora), sua transformação em dinheiro mediante desapropriação (arrematação) e entrega do produto ao exequente (pagamento)" (THEODORO JR., 2017, v. 3, p. 428).

Dessa forma, os atos precípuos que objetivam a execução por quantia certa são a penhora dos bens do devedor, com a possível adjudicação ou alienação por hasta pública ou leilão e por fim o pagamento do débito exequendo.

3 A EVOLUÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 PARA O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil, no que concerne ao instituto da execução, passou por uma evolução, que pode ser mencionada desde a primeira versão do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973), bem como de suas grandes reformas, da Lei 8.952/1994 (BRASIL, 1994) e da Lei 10.444/2002 (BRASIL, 2002).

Neste sentido, Alcântara e Rodrigues, apoiados ao pensamento de Marinoni e Arenhart, explicam que a técnica original do Código de Processo Civil de 1973 não tinha função de permitir uma tutela específica de direitos, havia apenas possibilidade de se buscar a tutela ressarcitória pelo descumprimento de obrigação contratual (MARINONI; ARENHART apud ALCÂNTARA; RODRIGUES, 2017, p. 224).

De fato, a prática jurídica levou ao conhecimento do legislador que eram necessárias reformas, uma vez que as tutelas executivas previstas eram insuficientes às demandas de quantia certa, inibitórias e de remoção de ilícito. O Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, tratava da execução no artigo 461: "A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional".

Neste viés, observou Rafael Lima que valia o Princípio da tipicidade dos meios executivos em todos os procedimentos de execução, fosse por quantia certa, fosse por obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa. Esta sistemática implicava em um papel estagnado do juiz, que apenas poderia aplicar os mecanismos ditados pela lei (LIMA, 2016, p. 266).

Já no ano de 1994, cientes do descumprimento geral das obrigações, foi elaborado o Projeto de Lei n.º 3.803/1993 (BRASIL, 1993), acerca do artigo 461, o dossiê salienta na exposição de motivos que é importante um sistema mais eficaz para cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, em que o juiz possa determinar tutelas específicas que assegurem relação entre o resultado prático e o adimplemento, podendo impor multa ao réu (BRASIL, Projeto de Lei n.º 3.803/1993, p.19).

Com efeito, após a aprovação do referido projeto de lei, o qual resultou na conversão para a Lei 8.952/1994, foi descrita uma nova redação para o artigo 461:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz **concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prá-**

tico equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

[...]

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) (BRASIL, 1994, grifo nosso).

Em síntese, o que se observa é que ao ser promulgada a Lei nº 8.952/1994, foi estabelecido o Princípio da atipicidade dos meios executivos para obrigações de fazer e não fazer, o que naquele momento significou um grande avanço para os procedimentos de execução e para o papel do Juiz, que poderia *ex officio* ou com provocação das partes, conceder as medidas necessárias para o cumprimento das obrigações de obrigações de fazer e não fazer (ARAUJO, 2017, p.2).

Posteriormente, já no ano de 2000, foi apresentado o Projeto de Lei nº 3.476 de 2000. Observa-se que em seu dossiê de tramitação, foi sugerido o artigo 461-A com a mesma sistemática do artigo 461, por sugestão de Teori Zavascki, para a atipicidade dos meios executivos em obrigações de entregar coisa (BRASIL, Projeto de Lei nº 3.476/2000, p. 55).

Neste contexto, em que foi constatada novamente a insuficiência da legislação vigente ao momento, foi fixado o regime de astreintes para o cumprimento e o Princípio da atipicidade dos meios executivos, para as obrigações de entregar coisa (frise-se que se fala de coisa e não dinheiro)⁴. Note-se a nova redação:

Art. 461: [...]

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002, grifo nosso). [...]

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002). [...]

§ 3o Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1o a 6o do art. 461 (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002) (BRASIL, 2002a).

A nova redação do artigo 461, §5º, supramencionado, estabelece a atipicidade dos meios executivos, com um rol exemplificativo. A seu turno, o artigo 461-A, §3º determina que as execuções por entrega de coisa se reger-se-ão pelo referido §5º. O que, também, é estabelecido para as execuções de entrega de coisa, a atipicidade dos meios executivos.

Conquanto, o que se constata é que as obrigações de dar coisa, que no caso for dinheiro, manteve-se o Princípio da tipicidade dos meios executivos, podendo ocorrer apenas a multa

4 Dinheiro é bem fungível, sendo utilizado o procedimento de execução de quantia certa. Theodoro Júnior esclarece que a obrigação de dar pode se dividir em: o devedor entregar o que não é seu; o devedor entregar prestação de coisa feita por ele mesmo ou de restituir, quando o devedor recebeu para posse temporária e deve devolver (THEODORO JR., 2017, v. 3, p. 430). O Código de Processo Civil estabelece procedimentos diferentes, a depender do tipo da obrigação.

do artigo 475-J do Código de 1973: "será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação" (BRASIL, 1973).

Antes de adentrar à reforma do Código de Processo Civil com a promulgação do Código do Processo Civil de 2015, é oportuno examinar a reflexão que trazem Alcântara e Rodrigues, no sentido de que a execução no antigo Código de Processo Civil tinha como característica a divisão em dois axiomas, primeiro no tipo de obrigação (fazer, não fazer, pagar quantia ou entregar coisa que não fosse dinheiro), o segundo forma com que a obrigação foi gerada, se em decisão judicial ou título executivo extrajudicial (ALCÂNTARA; RODRIGUES, 2017, p. 225).

Nessa seara, perfaz-se entendimento que esta estrutura gerou um sistema em que os procedimentos de execução por quantia certa se regiam pelo Princípio da tipicidade dos meios executivos, o que hoje é discutido pela doutrina com a nova legislação vigente.

3.1 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Ao avançar neste trabalho, será agora estudado o novo regime do Código de Processo Civil no que concerne às medidas executivas atípicas previstas no artigo 139, inciso IV, em que paira a dúvida doutrinária e jurisprudencial, a ser demonstrada, acerca da possível aplicabilidade das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias em execução por quantia certa.

Nesse sentido, objeto do estudo restringe-se à análise do artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil e sua eventual aplicação à execução por quantia certa. Isto com a finalidade de se elaborar um trabalho mais didático e definido à problemática pretendida.

O Código de Processo Civil de 1973 possuía boa técnica processual, no entanto, passou por diversas reformas que trouxeram uma redação muitas vezes complexa, com procedimentos que poderiam ser melhorados. Deste modo, o projeto de um novo código foi elaborado com fundamento nos princípios constitucionais com uma nova perspectiva de trazer um contraditório dinâmico em que o processo seja de todos os sujeitos processuais envolvidos, com o objetivo de trazer atividade jurisdicional efetiva aos cidadãos (THEODORO JR., 2017, v. 1, p. 36).

Neste seguimento, nota-se que como já havia acontecido anteriormente, a legislação da execução, mesmo com as reformas implantadas, não se mostrava mais suficiente às novas imposições de uma modernidade complexa, em que os problemas interagem entre si.

A execução por quantia certa, neste contexto, regia-se, apenas pelo Princípio da tipicidade dos meios executivos. Deste modo, em um processo de execução que não se encontrava bens a penhorar, ou seja, a execução estava frustrada, o processo era suspenso nos termos do artigo 791, inciso III do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 921, inciso III do Código de Processo Civil de 2015).

Melhor dizendo, não é possível afirmar com firmeza que o regime de atipicidade é o regime vigente, uma vez que, hodiernamente, a discussão doutrinária ocorre em face da aplicabilidade ou inaplicabilidade do Princípio da atipicidade dos meios executivos nas execuções por quantia certa.

A celeuma se dá em face do artigo 139, inciso IV, constante no Livro III – Dos sujeitos do processo, Título IV – Dos auxiliares da Justiça, Capítulo I – Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (BRASIL, 2015).

Inicialmente, destaca-se o que diz a parte final do inciso: "inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária", nota-se então que grande parte da doutrina entende todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial aplicam-se às execuções por quantia certa, por se tratarem de ações que têm como objeto a prestação pecuniária.

O entendimento é naturalmente justificável, a uma, por se tratar de evolução espontânea do que já havia ocorrido em 1994 e 2002; a duas, por se verificar que nas execuções de pagar quantia certa, a norma processual encontrava-se estagnada, não admitindo nenhuma outra técnica que não fosse as previstas no Código de Processo Civil (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, vol. 2, p. 584).

Esclarece Lima (2016, p. 274) que a prática processual lida habitualmente com o descumprimento das obrigações, sendo que era evidente a utilização de terceiros para ocultação do patrimônio, bem como de mecanismos da execução a favor da insolvência.

É importante mencionar que nos processos de execução por quantia certa, pode-se constatar a existência de duas espécies de devedor: (i) o devedor de boa-fé, aquele que não paga o seu débito por ausência de patrimônio, muitas vezes porque sucumbiu às circunstâncias econômicas e se encontra em situação de insolvência, e (ii) o devedor de má-fé, aquele denominado de chicanista, evasivo, artificioso, isto é, o devedor que possui patrimônio suficiente para saldar o seu débito, no entanto manipula os institutos processuais ao seu amparo e se abstém de saldar o seu débito, levando muitas vezes uma vida de luxo que é retratada em todos os setores da sociedade, exceto no processo (DONIZZETI, 2017, p. 1211).

É nesta conjuntura que se discute a aplicação das medidas atípicas de execução, haja vista que ser provérbio comum o "ganhou, mas não levou", ou seja, as características da execução frustrada disseminam-se na sociedade, levando a um entendimento generalizado da ineficácia do acionamento do Poder Judiciário.

Ademais, frise-se que parte da doutrina traz explicação pertinente, mencionando que viola a isonomia tratar o credor de execução por quantia certa de modo distinto do credor de execução de fazer, não fazer ou entregar coisa. De maneira que o regime jurídico conjuntural prejudicava apenas um tipo de credor e beneficia o restante, o que poderia violar também o Princípio da Isonomia, nos termos do art. 5º, *caput* da CRFB (GUERRA, 2003, p. 128).

Em vista disso, Daniel Amorim Assumpção Neves, grande mentor de novos meios atípicos de execução, preleciona que o artigo 139, IV do Código de Processo Civil é a ratificação do Princípio da atipicidade dos meios executivos na execução por quantia certa, de maneira que qualquer tentativa de sua limitação às execuções de fazer, não fazer e entregar coisa, será contra a lei (NEVES, 2017, p. 2).

Acompanhando o raciocínio aludido, Elpidio Donizetti traz ponderação, afirmando que desde o Código de Processo Civil de 1973, o magistrado já podia aplicar as medidas necessárias ao cumprimento de tutela específica. Sendo, que com o novo código, o princípio refe-

rido passou a ter aplicação mais abrangente, o que permite a aplicação pelo legislador de aplicar medidas adequadas ao caso específico, para que assim sejam efetivadas as tutelas de direito descumpridas (NUNES, 2017, p. 422).

Em entendimento similar, Fredie Didier explicita que o artigo 139, IV do Código de Processo Civil define em opção clara que a execução por quantia certa pode ter aplicação do Princípio da atipicidade dos meios executivos, indo além, afirma que a negativa de tal entendimento só pode levar ao entendimento de que se ignora a escolha feita pelo legislador (DIDIER et al., 2017, v. 3, p. 107).

Não menos importante, note-se o Enunciado da Escola Nacional e Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados – ENFAM:

Enunciado nº 48: “O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais” (ENFAM, 2018).

Já em sentido contrário, pode-se mencionar a concepção de Araken de Assis, em que sustenta a consagração do Princípio da tipicidade dos meios executórios, com base na garantia do devido processo legal, prevista no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Para tanto, asseverou que a ideia de atipicidade dos meios executórios com fundamento no artigo 536 do Código de Processo Civil não traz sustentação consistente, devendo o magistrado na execução cumprir o que determina a norma. Por fim, advertiu que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações, dentre as quais não se inclui a atipicidade dos meios atípicos, devendo ser considerada a norma processual quanto aos meios executórios, sob pena de se infligir o princípio do devido processo legal (ASSIS, 2016, p. 187).

Condizente a este entendimento, Teresa Wambier traz perspectiva de que se deve ter cautela ao aplicar o artigo 139, inciso IV do CPC, haja vista que a aplicação das medidas atípicas à execução por quantia certa poderia gerar um desajuste no sistema. Contudo, as medidas atípicas devem ser aplicadas apenas às execuções que tratem das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa (WAMBIER et al., 2016, p. 483).

Em decorrência, nota-se divergência doutrinária contundente quanto à aplicação das medidas atípicas nas execuções por quantia certa. À medida em que se avança neste estudo, será explicado de que modo a aplicação poderá ser feita e, especialmente, seus possíveis limites.

3.2 CLÁUSULA GERAL E SEU SIGNIFICADO

O artigo 139, inciso IV da norma processual vigente tem seu significado tido como controverso por grande parte da doutrina.

De início, é mister salientar que o referido inciso descreve uma cláusula geral, conforme elucida Didier, a cláusula geral se caracteriza por trazer um texto normativo, em que a hipótese fática é constituída por expressões sem um sentido específico, gerando efeitos jurídicos indeterminados (DIDIER et. al, 2017, vol. 3, p. 101).

No prisma apresentado, o que se constata é que o efeito jurídico de uma cláusula geral, como o artigo 139, inciso IV, é indeterminado, na realidade processual brasileira, dependerá do sentido que se dará a aplicação pelo julgador.

Igualmente, pode-se afirmar que nas cláusulas gerais o legislador de modo proposital estabelece que o efeito das normas será determinado pelo seu aplicador, permitindo a adequação dos efeitos da norma ao caso concreto (BERNARDES; THOMÉ, 2013, p. 57).

O momento demonstra ser essencial esclarecer o sentido das expressões contidas no artigo, as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias, para que sejam compreendidos seus efeitos, como cláusulas gerais.

Daniel Neves defende quando o desejo do devedor é substituído pelo desejo do Direito, gerando satisfação, há uma medida sub-rogatória, como a busca e apreensão. Outro lado, trata das medidas coercitivas, que seriam a coação psicológica do devedor para que cumpra a obrigação (NEVES, 2016, p. 231).

Diversamente, Donizetti Nunes traz concepção mais aprofundada, definindo medida coercitiva como aquela que força o cumprimento de uma ordem judicial, tal como a imposição da multa diária. Em outro sentido, menciona as medidas mandamentais, que seriam advindas da produção de efeitos de parte da decisão de cunho constitutivo. Por último trata as medidas sub-rogatórias, que atribui a um terceiro a produção do efeito intentado (NUNES, 2017, p. 423).

Vale destacar o esclarecimento de Meireles de que as medidas coercitivas têm objetivo de coagir o devedor a satisfazer uma obrigação, como exemplo, menciona as astreintes (art. 537 do CPC). Já quanto as medidas indutivas, demonstra também possuem o objetivo de constranger o devedor a realizar o pagamento de seu débito, no entanto se distinguem quanto a natureza da sanção, que deixa de ser negativa e passa a ser positiva, como uma espécie de sanção premial em que o devedor é incentivado ao cumprimento da decisão judicial. Como exemplo, cita a redução de honorários (artigo 827, § 1º do CPC). Importante reflexão do autor neste ponto é que as medidas indutivas são previstas em lei e o artigo 139, inciso IV do CPC não pode ser interpretado como uma possibilidade de o juiz impor uma desvantagem negocial ao credor não prevista em lei ou contrato. No entendimento do autor, estas medidas poderiam ser utilizadas apenas em casos previstos em lei (MEIRELES, 2015, p. 5 – 10).

Em corrente divergente, Didier entende que o artigo sofre de uma atecnia legislativa, uma vez que medidas mandamentais, indutivas e coercitivas constituem sinônimos, são meios de execução indireta de uma decisão judicial. Já as medidas sub-rogatórias são formas da execução direta da decisão (DIDIER et al., 2017, v. 3, p. 101).

Isto posto, tratando-se de sinônimos ou de conceitos diferentes, é evidente que o inciso IV, do artigo 139, pode ser concebido como cláusula geral, com efeitos indeterminados, dos quais se observa claramente que os limites serão impostos pela jurisprudência.

3.3. APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, INCISO IV DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Já se encontrando nesta fase do presente estudo, em que se esclareceu os âmbitos da suposta aplicação das medidas executivas atípicas, para análise com maior afinco, será considerado que o Código de Processo Civil adotou o Princípio da atipicidade na execução por quantia certa, para que assim sejam conhecidas as propostas de sua aplicação.

Grande ponto do debate fixa-se no momento em que seriam aplicadas as medidas, uma vez que mesmo sendo adotada a perspectiva de que os meios atípicos se aplicam à execução por quantia certa, ainda resta dúvida se a aplicação seria posterior à aplicação dos meios típicos.

Ao iniciar o debate, note-se que o Fórum de Processualistas Cíveis elaborou um enunciado, em que conclui pela aplicação subsidiária dos meios atípicos, desde que se permita a realização do contraditório:

ENUNCIADO 12 - (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogoratórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução) (FPPC, 2016).

Assim, admitindo que houvesse aplicação das medidas executivas atípicas, o referido enunciado, bem como outros estudiosos, entende que haveria aplicação subsidiária.

Fredie Didier preleciona que a regra é a observância primária dos meios executivos típicos, onde o Código de Processo Civil de 2015 ocupa-se em mais de 100 (cem) artigos a detalhar o procedimento de penhora e expropriação na execução por quantia certa, com inúmeras hipóteses de impenhorabilidade e descrição minuciosa do procedimento da hasta pública, leilão e adjudicação de bens. Em seu entender, só pode haver aplicação dos meios executivos atípicos, quando já houverem sido esgotadas todas as possibilidades de penhora e expropriação previstas no estatuto processual (DIDIER et. al, 2017, p. 106).

Entendimento similar é aquele defendido por Daniel Neves, o qual afirma que as medidas típicas, a exemplo da penhora e da expropriação, devem ser a escolha inicial do magistrado, posto que estejam descritas em lei. E, somente, após a demonstração de ineficácia, aplicam-se as medidas atípicas (NEVES, 2017, p. 12).

Rafael Lima defende a aplicação do mesmo modo, em que se deve primeiramente aplicar os meios típicos previstos no Código de Processo Civil, para que, após o esgotamento destas medidas e da observância do devido processo legal, aplique-se as medidas atípicas (LIMA, 2016, p. 276).

Luciano Araújo, em entendimento singular, defende a intimação do executado para que revele quais bens podem ser penhorados, em nome da boa-fé e cooperação e só após o referido ato e esgotadas todas as possibilidades de penhora é que se poderia aplicar as medidas atípicas de execução (ARAÚJO, 2017, p. 8).

Não se pode deixar de mencionar parte da doutrina minoritária, que compreende se tratar de uma regra a aplicação dos meios executivos atípicos, de modo que o credor pode

requerê-los independentemente de aplicação prévia dos meios típicos (SILVA apud ARAUJO, 2017, p. 7). Além de Ricardo Alexandre da Silva, defendem esse posicionamento Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2017, volume 2, p. 711).

Adota-se neste trabalho a doutrina majoritária - medidas atípicas são subsidiárias às medidas típicas. Isto ocorre por uma questão procedimental, como o CPC estabelece em diversos artigos um sistema para execução com medidas típicas, deve-se inicialmente fazer a execução com estas medidas, que já estão pré-definidas, tipificadas e amplamente aplicadas pela jurisprudência. Posteriormente, em caso de demonstração de ineficácia das medidas típicas, de ocultação de patrimônio, com garantia do contraditório, se aplicariam as medidas atípicas.

As medidas típicas tem função direcionada a encontrar patrimônio do devedor capaz de saldar seu débito com o credor, as medidas atípicas são uma forma de coerção psicológica. Assim, é coerente que primeiramente se busque o patrimônio do devedor para que seja feita a expropriação e o débito seja saldado. Se essa busca por patrimônio do devedor for infrutuososa e se verificar indícios de que esse devedor oculta patrimônio, podem ser requeridas as medidas atípicas.

Neste ponto, o julgador deverá ter muita cautela, uma vez que as medidas atípicas estão em uma linha tênue em que podem ser revogadas pelo tribunal *ad quem* por violarem os direitos fundamentais. Assim, trata-se de uma questão procedimental conectada diretamente aos direitos fundamentais.

A suspensão de carteira nacional de habilitação e retenção do passaporte possuem reflexos na liberdade de locomoção, um direito fundamental garantido pela CRFB, deste modo, por ser uma medida mais gravosa, deve ser aplicada com cautela e de forma secundária, como um meio de coerção psicológica, para que o devedor que oculta patrimônio se sinta compelido a cumprir com sua obrigação.

No caso de aplicação das medidas, como a suspensão da carteira nacional da habilitação e retenção do passaporte, demonstrados os requisitos necessários, esgotamento dos meios típicos de execução, decisão fundamentada, contraditório, demonstração de ocultação de patrimônio, medida adequada, proporcional e razoável, não há violação das regras processuais ou direitos fundamentais.

Todavia, supondo-se que as referidas medidas fossem aplicadas sem observância de algum dos requisitos mencionados, poderiam ocorrer excessos por parte dos juízes, que devem ser corrigidos com recurso aos tribunais, como exemplo, pode-se mencionar o Habeas Corpus n. 97.876/SP, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, que será mencionado neste estudo posteriormente. Neste acórdão, houve entendimento de que as medidas atípicas podem ser aplicadas, desde que esgotados os meios típicos de execução, com decisão fundamentada, respeito ao contraditório, devendo haver evidências de que se trata de medida excepcional, necessária, adequada e proporcional. No caso em discussão, o STJ entendeu que a medida era ilegal e arbitrária, por ser desproporcional e não razoável, não tendo sido esgotados previamente os meios típicos de execução. O Tribunal entendeu por fim que a suspensão da carteira nacional de habilitação não poderia ser discutida em habeas corpus, devendo ser impugnada a decisão por outra via. Em relação ao passaporte, o

recurso foi parcialmente reconhecido, sendo concedida ordem para devolução do passaporte do devedor (BRASIL, 2018).⁵

É relevante a precaução que a doutrina possui na análise da aplicação deste artigo, por se tratar de uma cláusula geral, seus efeitos são inúmeros, uma vez que as medidas aplicadas serão construídas pelas decisões dos juízes, sendo assim, determinado juiz pode decidir pela não aplicação das medidas atípicas, lado outro, juiz diverso pode entender que a aplicação recairia apenas sobre a retenção do passaporte, ou sobre a suspensão da carteira nacional de habilitação.

Neste tocante, o inciso IV do artigo 139 do estatuto processual não pode ser interpretado como uma "carta branca" ao arbítrio do magistrado (STRECK; NUNES, 2016). Contudo, as medidas atípicas, se aplicadas respeitando os Princípios Constitucionais e Legais, podem trazer resultados significativos.

Daniel Neves acredita que tais medidas podem ser concretizadas por meio da retenção do passaporte, suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, interdição de cartões de crédito. Igualmente, afirma que se tratam de medidas de coerção psicológicas, que não atuam sobre o corpo do devedor, porém sim sobre a sua vontade em efetuar o pagamento da obrigação. Ademais, destaca que essas medidas não são novidades no ordenamento jurídico, vez que haja autorização legal para que se realize o protesto de decisão transitada em julgado (art. 528, §1º do CPC), bem como sua inclusão no banco de dados dos inadimplentes (art. 782, §3º). Por fim, frisou que não se deve confundir uma medida de coerção psicológica com sanção, uma vez que a primeira decorre de inadimplemento em que o objetivo é satisfazer o crédito do exequente e a segunda é decorrente de direito material. Logo, a natureza jurídica de ambas é distinta (NEVES, 2017, p. 22).

Acompanhando entendimento supramencionado Lima (2016, p. 279), assimila que as medidas de apreensão de passaporte e suspensão da Carteira Nacional de Habilitação podem ser aplicadas, no entanto, com a ressalva de que se demonstre a possível produção de efeitos de tal aplicação, para que não seja a técnica utilizada como meio de sanção.

Com entendimento contrário, Didier leciona que não é possível a retenção de Carteira Nacional de Habilitação, Passaporte ou Cartão de Crédito. Sua justificativa versa no âmbito de que não acredita haver uma relação consequencial entre as medidas e o objetivo almejado na execução, já que, a mera retenção de um documento não obrigaria o devedor a saldar o seu débito. Outrossim, aduz que as medidas se assemelham a uma espécie de sanção ao devedor, que podem restringir sua liberdade de ir e vir (DIDIER et. al, 2017, p. 115).

Em argumentação diversa, sem mencionar quais medidas executivas atípicas seriam aplicáveis, Alcântara e Rodrigues afirmam que o artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, não pode ser interpretado como um "ativismo judicial solipsista" que não respeita os direitos fundamentais (ALCÂNTARA; RODRIGUES, 2017, p. 230).

5 No mesmo sentido, podem ser verificadas várias decisões: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4ª Turma, Agravo em Recurso Especial nº 1495012/SP, Relator Ministro Marco Buzzi, Data do julgamento: 29 de outubro de 2019, DJE: 12/11/2019; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4ª Turma, Recurso Especial nº 1782418/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Data do julgamento 23 de abril de 2019, DJE 26/04/2019. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2ª Turma Cível, Agravo de instrumento nº 0703360-32.2019.8.07.9000, Relator Desembargador Cesar Loyola, Data do julgamento 30 de outubro de 2019, DJE 13/11/2019. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Terceira Vice-Presidência, Agravo de Instrumento nº 4032876-67.2018.8.24.0000, Relator Desembargador Luiz Zanelato, Data do julgamento 29 de agosto de 2019.

No prisma evidenciado, é certo que se trata de matéria controvertida na doutrina e na jurisprudência. Assim, por se tratar de instituto recente, é natural que surjam entendimentos demasiadamente opostos, todavia, com a formação de jurisprudência sobre o tema, mais pacificada será sua interpretação.

Para tanto, vale frisar que a aplicação das medidas executivas atípicas não deve ser utilizada como uma punição em casos que o devedor atenta contra a dignidade da justiça, dado que o artigo 77, §2º do Código de Processo Civil traz punição adequada para estes casos (LIMA, 2016, p. 275).

As medidas atípicas a serem aplicadas não significam punição e sequer a satisfação da obrigação, repita-se a lição de Daniel Neves, são apenas medidas de coerção psicológicas, sua função é que o devedor sinta coação a realizar o pagamento (NEVES, 2017, p. 8).

Para Neves (2017, p. 24), a decisão que deferir as medidas de execução atípicas deve ser fundamentada, nos termos do artigo 489, §1º do Código de Processo Civil, demonstrando que a decisão é proporcional e adequada ao caso. Igualmente, o autor menciona que deve haver uma fixação de tempo para os efeitos das medidas, tendo característica de transitórias, não podendo servir apenas como modo de penalizar o devedor sem limite de tempo, conforme disciplina o Princípio da utilidade da execução.

Pelo referido Princípio, a execução deve ser útil ao credor, não servindo apenas como instrumento de penalização do devedor, que poderia perder um bem que não seria suficiente para o pagamento do débito, ou seja, mesmo sendo expropriado, o devedor ainda estaria em débito com a integralidade do débito exequendo, sendo que o credor em nada aproveitaria este ato expropriatório (THEODORO JR., 2017, v. 3, p. 224).

Ademais, o processo civil deve se conduzir pelos princípios da proporcionalidade e adequabilidade, ou seja, é necessária a ponderação dos efeitos producentes no caso em concreto para gerar os menores prejuízos possíveis ao credor e ao devedor.

Outrossim, verifica-se que diversa característica que pode ser adotada na execução do artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil é a gradatividade, podendo haver emprego das medidas de modo escalonado, em que cada medida irá ter efeitos por determinado período, podendo ser substituída ou estabelecida em conjunto com outras de forma que na própria decisão o devedor fique ciente que ao protelar a satisfação da execução, terá maior nível de restrição (DIDIER et. al, 2017, p. 120).

É de máxima importância frisar que o devedor alvo das disposições tratadas neste título seja aquele denominado de chicanista, o devedor que não paga, mesmo possuindo patrimônio. Neste sentido, entendem Nunes (2017, p. 1211) e Neves (2017, p. 13).

Neves (2017, p. 13) disciplina que é recorrente na rotina jurídica a ocorrência de devedores com patrimônio oculto, que anteriormente realizaram ações para evitar penhora e expropriação. Há uma blindagem patrimonial, como denomina o autor, gerando uma conjuntura em que o devedor continua sua vida como se não tivesse uma dívida, levando a frustração da execução. Neste raciocínio, avança que no processo deve haver indícios de que o devedor não paga apenas pelo desejo de não cumprir a obrigação, mesmo possuindo patrimônio suficiente.

Igualmente, em todo o procedimento, inclusive na aplicação das medidas atípicas, devem ser garantidos os princípios do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, inciso LV da Constituição da República). O contraditório também pode ser garantido de modo diferido, no entanto, não pode deixar de ser aplicado (NEVES, 2017, p. 24) e (DIDIER et. al, 2017, p. 117).

Destarte, deve ser inequívoco o entendimento de que a possível aplicação dos meios executivos atípicos no processo de execução por quantia certa deve ser subsidiária aos meios típicos (penhora e expropriação), em casos que ocorram claros indícios de ocultação de patrimônio e que o devedor demonstre agir de má-fé, com demonstração de que a medida será útil e efetiva ao procedimento. As medidas podem ser aplicadas isoladamente ou em conjunto, sempre de modo temporário, garantindo o contraditório, ampla defesa e a garantia de todos os direitos fundamentais, devendo ser proporcionais e adequadas a cada caso específico.

4 AS TÉCNICAS EXECUTIVAS E SEUS LIMITES NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O objetivo deste capítulo é contrapor as medidas executivas atípicas, nomeadamente a retenção do passaporte e a suspensão da carteira nacional de habilitação, aos direitos fundamentais, para que seja feita uma análise dos possíveis efeitos de sua aplicação.

O artigo 1º do CPC estabelece que o processo civil será realizado conforme os valores e normas fundamentais da Constituição (BRASIL, 2015). Nesta oportunidade, deve-se abordar o fenômeno da constitucionalização do processo civil, que ensejou uma nova perspectiva após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com uma nova relação entre direito material e direito processual, que não podem isolar-se, todavia devem trabalhar em conjunto, tendo em vista o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, que prevê a proteção pela lei de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (THEODORO JR., 2017, v. 1, p. 28).

Prosseguiu Theodoro Jr. (2017, v. 1, p. 28) na temática, ressaltando que houve transformação do devido processo legal, com democratização do processo que se realiza com um contraditório dinâmico, que envolve as partes litigantes, bem como o magistrado, por meio de cooperação e participação de todos envolvidos.

Neste interim, serão analisados dois modos de aplicação dos meios executivos atípicos de execução, interpretados a partir do artigo 139, inciso IV do estatuto processual civil, nomeadamente a retenção de passaporte e a suspensão da carteira nacional de habilitação, com seus efeitos em face da constitucionalização do processo civil.

4.1 ANÁLISE DAS MEDIDAS EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De início, pode-se mencionar duas medidas executivas atípicas indicadas pelos advogados para aplicação no artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil, a primeira é a retenção do passaporte; e a segunda, a suspensão da carteira nacional de habilitação.

As duas medidas serão analisadas em conjunto, uma vez que apesar de suas diferenças, enquadram-se no mesmo critério de análise dos direitos fundamentais, o direito de locomoção, artigo 5º, inciso XV da Constituição da República.

A respeito das medidas, Daniel Neves (2017, p. 15) afirma que a retenção do passaporte seria uma medida legítima que impediria o devedor que viaja apenas por lazer de aumentar seus gastos, igualmente afirma que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação seria uma medida que pressiona o devedor a adimplir sua obrigação, sendo meios indiretos de coerção psicológica ao pagamento.

Rafael Lima (2016, p. 273) justifica que as técnicas de retenção do passaporte e suspensão da CNH poderão ser apropriadas quando empregadas a um caso em que se mostrem efetivas e necessárias, não sendo possível sua aplicação de modo desordenado.

Para esta análise, inicialmente esclarece-se que o possível questionamento a ser feito às duas medidas em causa seria a restrição do direito de locomoção, previsto no artigo 5º, inciso XV da Constituição: "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens" (BRASIL, 1988).

A regra Constitucional é uma norma de eficácia contida, esta espécie de norma dá a possibilidade de uma lei regulamentar a sua aplicação, podendo haver restrições com motivos fundamentados (TAVARES, 2012, p. 119).

A liberdade de locomoção possui quatro pontos basilares, o primeiro é o direito de ingressar no território nacional, o segundo é o direito de permanecer no território nacional, o terceiro é o direito de deslocamento dentro do território nacional, entre cidades ou Estados Federados e o quarto ponto é o direito de deslocamento além do território nacional (TAVARES, 2012, p. 652).

Dentro do território nacional a liberdade de locomoção engloba o direito de ir e vir entre Estados Federados, Municípios e regiões dentro dos Municípios. Observa-se que esta liberdade de locomoção é sempre condicionada às regras do Brasil e regras de outros países, o que demonstra sua regulamentação por outras normas.

Neste sentido, a liberdade de locomoção se mostra um direito fundamental significativamente complexo, uma vez que por se tratar de norma de eficácia contida, não tem uma aplicação prática e direta, depende de outras normas para sua efetivação.

Acerca do direito de locomoção, em importante lição, disciplinou a Ministra Ellen Gracie que não existe direito absoluto a liberdade de ir e vir, podendo haver necessidade de que se pondere os interesses em conflito, a depender do caso em análise (BRASIL, 2008).

Dado que o direito fundamental à livre locomoção não é absoluto e se trata de norma constitucional de eficácia contida, verifica-se o que estabelecem as leis infraconstitucionais acerca do passaporte e carteira nacional de habilitação.

Acerca da Carteira Nacional de Habilitação, o Código de Trânsito Brasileiro estabelece em seu artigo 159, § 1º que: "É obrigatório o porte da Permissão para Dirigir ou da Carteira Nacional de Habilitação quando o condutor estiver à direção do veículo..." (BRASIL, 1997).

Neste sentido, observa-se que a liberdade de locomoção utilizando veículos automotores é regulamentada pelo Código de Trânsito Brasileiro, sendo que para poder conduzir um

veículo, é necessário que se possua a Carteira Nacional de Habilitação. No entanto, conforme já mencionado, este direito não é absoluto e o próprio Código de Trânsito Brasileiro descreve hipóteses em que a Carteira Nacional de Habilitação pode ser suspensa, nos termos de seu artigo 261, por infrações ao próprio Código, referentes à normas de trânsito.

Constata-se então que o direito de locomoção com a condução de um veículo é altamente regulamentado e só pode ser efetivado após o curso com aulas teóricas, práticas, bem como exames. Ainda, mesmo com o documento, este não será perpétuo, devendo ser renovado, respeitadas as normas de trânsito, sob pena de sua suspensão ou cassação, em âmbito administrativo.

No que se refere à retenção do passaporte do devedor, o Decreto nº 5.978/1996, artigo 2, dispõe que: "Passaporte é o documento de identificação, de propriedade da União, exigível de todos os que pretendam realizar viagem internacional, salvo nos casos previstos em tratados, acordos e outros atos internacionais..." (BRASIL, 2006).

Nesse contexto, destaca-se que, no Brasil, o passaporte seja um documento de propriedade da União. Sendo que o documento referido é conhecido por ser utilizado por pessoas do mundo todo para a realização de viagens internacionais, de maneira que é imprescindível na entrada de muitos países.

Dentre as inúmeras condições para que o passaporte seja concedido, consta o referido Decreto, artigo 20, inciso VII: "não ser procurado pela Justiça nem impedido judicialmente de obter passaporte" (BRASIL, 2006).

A retenção do passaporte neste estudo efetuar-se-ia em casos de devedor que possui condições financeiras de efetuar o pagamento de seu débito e oculta seus bens de modo a não serem penhorados, realizando assim diversas viagens internacionais a lazer, para conhecer museus, parques, praias, com intuito único de entretenimento. Diverso é o caso do devedor que viaja a trabalho e depende das viagens para exercício de sua atividade profissional, como os pilotos de avião, trabalhadores de navios e comissários de bordo. Nestas situações a retenção de seu passaporte impediria o exercício do trabalho, o que não pode ser autorizado, devendo haver análise atenta do magistrado que analisa o caso concreto (NEVES, 2017, p. 17).

Novamente neste âmbito se questiona a limitação do direito de locomoção do executado, que não poderia transitar entre os países.

Em análise acentuada, o direito de locomoção com a apreensão de passaporte não será restringido totalmente, todavia parcialmente, uma vez que dentro do âmbito dos países do Mercosul, há livre trânsito com cédula de identidade. Constata-se que o Acordo de San Miguel de Tucumán, Mercosul/CMC/DEC nº 18/08, em seu artigo 1º, reconhece a validade dos documentos de identificação pessoal de cada Estado Parte e Associado, como documento de viagem hábil para o trânsito de nacionais e/ou residentes regulares (MERCOSUL, 2008).

Isto é, um cidadão com passaporte retido por dívida em execução por quantia certa, ainda poderá transitar por 09 (nove) países do Mercosul, portando apenas sua cédula de identidade Brasileira.

Deve-se ressaltar que muitas vezes a Constituição apresenta conceitos e palavras que podem levar à inúmeras interpretações, o que faz o que a doutrina elabore inúmeros artigos sobre o tema e a jurisprudência tenha decisões com diversas interpretações.

André Ramos Tavares (2012, p. 659) entende que quando a Constituição apresenta termos indeterminados, é tarefa do Poder Judiciário complementar estes termos, desde que sejam observados os limites de interpretação constitucional. Neste sentido, observa-se que hoje no Brasil ocorre mutação constitucional em vários casos. Nota-se que a hermenêutica das decisões varia de acordo com o momento histórico e suas exiguidades.

Deve-se evidenciar que a retenção do passaporte não deverá ser ordenada pelo magistrado quando se prove que o executado depende de viagens internacionais para seu trabalho, o que afetaria diretamente o seu sustento e agravaria mais a condição financeira do devedor (NEVES, 2017, p. 16).

Igualmente, se o executado depender da carteira nacional de habilitação para executar o seu trabalho, como taxista, motorista de aplicativos de transporte, motorista de ônibus, motorista de caminhão, dentre inúmeros, não poderá ser o documento suspenso, uma vez que o devedor não teria como garantir a sua subsistência, violando assim os princípios da razoabilidade e adequabilidade (NEVES, 2017, p. 17).

Gajardoni (2015) traz entendimento que a interpretação do artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil deve ser potencializada, de maneira que as medidas empregadas terão limites no esgotamento dos meios típicos previstos no Código (penhora, expropriação e adjudicação), no princípio da proporcionalidade e na Constituição da República Federativa do Brasil.

Portanto, constata-se que as medidas executivas atípicas são de interpretação demasiadamente complexa, o que gera entendimentos divergentes acerca da constitucionalidade ou não das medidas.

Thiago Rodvalho (2016) trouxe importante reflexão, apresentando concepção de que a direção de veículos automotores é um direito do cidadão, no entanto, difere-se do que seria o direito fundamental à locomoção. Sua contribuição se destaca para este trabalho quando menciona que o a carteira nacional de habilitação pode ser suspensa administrativamente, sem que haja autoridade judiciária atuando no caso. Aduz também que milhões de cidadãos não dirigem e que há outras restrições ao direito de dirigir, como o rodízio de veículos realizado na cidade de São Paulo. Em síntese, afirmou que não há inconstitucionalidade, desde que a aplicação seja feita de modo subsidiário, respeitadas as disposições do CPC, já que se tratam apenas de meios coercitivos psicológicos ao adimplemento da obrigação.

Nesse entendimento, Daniel Neves (2017, p. 14) preleciona que o princípio da efetividade da tutela executiva, também, seria um direito fundamental, pois há de se respeitar a dignidade da pessoa humana do exequente. Indo além, menciona que a remoção de pessoas e coisas já restringe o direito de ir e vir, como era previsto no Código de Processo Civil de 1973, artigo 461, §5º e que ainda são previstas no artigo 536, §1º do CPC, neste raciocínio, conclui que a diferenciação das execuções de fazer, não fazer e entregar coisa das obrigações de entregar quantia certa seria uma inconstitucionalidade evidente, uma vez que determinados credores seriam beneficiados com medidas mais efetivas a depender da espécie de obrigação em discussão.

Marcelo Lima Guerra (2003, p. 128), mesmo antes do CPC, menciona que o procedimento das execuções de fazer ou não fazer não poderia ser diferente dos demais, uma vez que seria violado o princípio da isonomia (artigo 5º, inciso I, CRFB), por estar sendo proporcionado um procedimento com maior eficácia à determinadas modalidades de obrigações.

Em entendimento diverso, observa-se que Araken de Assis, citado por Didier (2017, p. 101) entende que a atipicidade das medidas executivas seria inconstitucional, uma vez que o artigo 5º, inciso LIV da CRFB garante a observância do devido processo legal para que um cidadão seja privado de algum bem.

Nobrega (2016) interpreta que o artigo 139, inciso IV do CPC deve ser declarado inconstitucional sem redução de texto, para que não ocorra a apreensão do passaporte, a suspensão da carteira nacional de habilitação e outras medidas.

Streck e Nunes (2016) compreendem que o aumento do âmbito de aplicação do artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil não poderá ser feito de modo autoritário, devendo se respeitar os limites constitucionais, como o devido processo constitucional.

Recentemente, foi publicada decisão de grande importância a respeito do tema pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO E COBRANÇA DE ALUGUEIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO, EM TESE. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO. [...] 4. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. 5. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico. 6. **A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade [...]** (BRASIL, 2020, grifo nosso).

A Terceira Turma, em recurso especial, decidiu que o CPC permite a utilização de meios executivos atípicos, desde que sejam cumpridos os requisitos de haver indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, as medidas sejam adotadas subsidiariamente e que a decisão seja fundamentada no caso concreto, com ênfase no contraditório e proporcionalidade. Ademais, a decisão esclarece que se tratam de medidas excepcionais, devendo ter como requisitos a intimação do executado para pagar o débito ou a apresentação de bens para saldá-lo, após utilização das medidas típicas e se não houver resultado, a aplicação das medidas atípicas. O julgamento deu-se por unanimidade, os Ministros Revisores acompanharam a Ministra Relatora. O acórdão reitera a jurisprudência do STJ, que ainda não é consolidada (BRASIL, 2020).

Ainda, é importante ressaltar uma das primeiras análises do STJ sobre o tema:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO. [...] 9. Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. **Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária.** 10. **O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência.** 11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do habeas corpus, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza. 12. Recurso ordinário parcialmente conhecido (BRASIL, 2018, grifo nosso).

No acórdão supramencionado, a decisão colegiada deixa claro que as medidas executivas atípicas não se aplicam àquele caso concreto, por não terem sido esgotados os meios típicos de execução, porém, deixa claro que as medidas podem ser aplicadas, desde que obedecido o contraditório, com decisão fundamentada e proporcional.⁶

A controvérsia acerca do tema levou recentemente a interposição de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, para que seja declarada nulidade, sem redução de texto do inciso IV do artigo 139 do CPC, com argumento de que viola o princípio da liberdade de locomoção e o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda em análise (FALCÃO; TEIXEIRA, 2018).

A Procuradoria Geral da República manifestou-se favoravelmente a ação, em seu entendimento a apreensão de documentos (carteira nacional de habilitação e passaporte) seriam inconstitucionais, mesmo com a previsão do artigo 139, inciso IV do CPC, dado que o juiz não pode restringir mais direitos que o legislador. Ainda, pugnou que em caso de aplicação das medidas restritivas, a decisão deve ser fundamentada, demonstrando que as medidas típicas foram insuficientes e que as medidas aplicadas são proporcionais (BRASIL, 2018a).

Portanto, verifica-se que a matéria traz discordância da doutrina e da jurisprudência, uma vez que o artigo 139, inciso IV do CPC traz uma cláusula geral que possui interpreta-

6 No mesmo sentido, é importante mencionar os seguintes julgados: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1788950/MT, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 23 de abril de 2019. DJE 26/04/2019; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Recurso Especial nº 1.866.715/SP, de Relatoria do Ministro Marco Buzzi. Data do julgamento: 23 de março de 2020. DJE 25/03/2020; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. 6ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 0049006-91.2019.8.16.0000, de Relatoria do Desembargador Hilgenberg Prestes Mattar. Data do julgamento: 14 de fevereiro de 2020.

ção ampla e divergente da jurisprudência, como em outras matérias discutidas, caberá ao Supremo Tribunal Federal decidir o âmbito de aplicação deste instituto.

5 CONCLUSÕES

À vista do estudo realizado, verificou-se primordialmente que o procedimento de execução sofreu modificações com o Código de Processo Civil de 2015, em seu escopo, após a fase inicial do procedimento, ocorre penhora dos bens do devedor e possível adjudicação ou alienação dos bens.

Contudo, conforme já mencionado, há incontáveis casos no Brasil que restaram em execução frustrada, ou seja, não foi possível encontrar bens do devedor, imóveis, móveis, ações, contas de banco, veículos, dentre outros.

Já com o Código de Processo Civil promulgado em 2015, o artigo 139 que trata dos poderes juiz, em seu inciso IV estabeleceu a possibilidade do magistrado determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias para efetividade de suas decisões, inclusive de obrigações pecuniárias.

Deste modo, foi estabelecida a atipicidade dos meios executivos para execuções por quantia certa, tendo assim defendido alguns estudiosos que essas medidas seriam diversas, podendo incorrer em retenção do passaporte, suspensão da carteira nacional de habilitação, hipóteses discutidas neste trabalho.

A aplicação destas medidas deve ser feita de forma subsidiária, de modo que após esgotadas todas as possibilidades de penhora e com provas de que o executado se trata de devedor contumaz, aquele que blinda seu patrimônio, devem ser aplicadas as medidas executivas atípicas. O CPC trata em mais de cem artigos as medidas típicas de execução, assim por coerência ao texto processual, deve-se inicialmente buscar os bens do executado por estes meios e em caso de execução frustrada, utilizam-se os meios atípicos, que por serem mais onerosos, devem ser utilizados apenas quando não forem possíveis outras medidas.

Todavia, deve-se atentar a alguns pontos cruciais, a aplicação das medidas deve respeitar os princípios da execução, devendo trazer menor onerosidade ao devedor, com utilidade e adequabilidade ao caso, para que não sejam as medidas utilizadas como forma de punição ao devedor. Ademais, vale ressaltar que a aplicação das medidas deve ser transitória, dado que sua aplicação definitiva teria um caráter de sanção, o que não se busca neste caso.

Igualmente, deve-se destacar que o objetivo das medidas é a coerção psicológica do devedor, dado que se este possui condições financeiras de arcar com o débito e oculta seus bens, é justo entender que não tenha condições também de arcar com viagens internacionais ou com um veículo.

Em casos que ocorrerem excessos na aplicação das medidas, o executado deve buscar a garantia de seus direitos com utilização dos recursos processuais cabíveis, a exemplo dos que foram mencionados neste trabalho.

Como já mencionado, a aplicação das medidas atípicas de suspensão da carteira nacional de habilitação e retenção do passaporte deve respeitar os princípios da execução civil, assim como a Constituição da República Federativa do Brasil.

No que concerne à retenção do passaporte, verificou-se que se trata de um documento oficial de propriedade da União. Mesmo sem possuí-lo, é possível viajar por nove países da América Latina. Isto é, a retenção do passaporte se verifica como legítima, já que não suprime o direito constitucional de locomoção do executado, apenas há uma limitação, como forma de coagir psicologicamente aquele devedor que protela o pagamento de seu débito.

Lado outro, a suspensão da carteira nacional de habilitação não impede o direito de locomoção do cidadão, tendo em conta que a maioria dos brasileiros se locomovem por transporte público ou até mesmo sem nenhum veículo. O que não se pode confundir é o direito de dirigir e o direito de se locomover, sendo distintos, o direito de dirigir pode ser suspenso ou cancelado administrativamente, em casos de infrações ao Código de Trânsito Brasileiro, não se limitando o direito de locomoção.

Neste sentido, o direito de locomoção é composto por quatro dimensões, a primeira é o direito de ingressar no território nacional, a segunda é o direito de permanecer no território nacional, a terceira é o deslocamento dentro do território nacional e a quarta é o direito de deslocamento além do território nacional.

Constata-se que o direito de locomoção não se limita à possibilidade de dirigir ou de ingressar em países que exigem passaporte, em realidade, é um direito complexo, que traz inúmeras possibilidades de regulamentação, por se tratar de norma de eficácia contida.

A retenção do passaporte ou suspensão da carteira de habilitação, claramente não suprime este direito, uma vez que ainda subsiste a possibilidade de ingressar em países que não exigem passaporte ou as opções de se locomover sem conduzir veículos automotores.

Sendo assim, o que se observa é que o direito a locomoção está sendo respeitado na suspensão da carteira nacional de habilitação e na retenção do passaporte, uma vez que em ambas as situações o cidadão ainda está livre para circular dentro do território Brasileiro e até para território de outras nações.

Portanto, perfaz-se entendimento de que o artigo 139, inciso IV do CPC, estabelece a subsidiariedade das medidas executivas atípicas em execução por quantia certa. Estas devem ser adotadas como forma de coerção psicológica do devedor de execução, devendo haver prévio esgotamento dos meios típicos previstos no estatuto processual e provas contundentes de que há blindagem patrimonial. Esta não é a solução definitiva para as adversidades dos processos de execução, no entanto, pode se mostrar efetiva ao aumentar o cumprimento e a satisfação do crédito nas execuções por quantia certa.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Guilherme Gonçalves; RODRIGUES, Daniel Colnago. O (b)ônus argumentativo necessário à aplicação das medidas Executórias atípicas – notas para um instrumentalismo Processual constitucionalmente adequado.

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/26715> . Acesso em: 15 abr. 2019.

ARAUJO, Luciano Vianna. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. *Revista de Processo*. vol., n. 270, 2017. Disponível em: www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/download/1611/2080 . Acesso em: 15 abr. 2019.

ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BERNARDES, Júlio César; THOMÉ, João Batista. Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados – o poder criador dos juízes e a legitimidade democrática das decisões judiciais. *Revista Justiça do Direito*. Passo Fundo, v. 27, n. 1, 2013. p. 53 a 67. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4556>. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL, Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL, Código de Processo Civil (1973). Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL, Decreto 5.978, de 4 de dezembro de 2006. Dá nova redação ao Regulamento de Documentos de Viagem a que se refere o Anexo ao Decreto no 1.983, de 14 de agosto de 1996, que instituiu o Programa de Modernização, Agilização, Aprimoramento e Segurança da Fiscalização do Tráfego Internacional e do Passaporte Brasileiro - PROMASP. *Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5978.htm. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL, Procuradoria Geral da República. *Parecer 449/2018*. Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge. Brasília, 18 dez. 2018a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pgr-adi-documentos.pdf> . Acesso em: 02 ago. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 97876/SP. Relator: Luís Felipe Salomão. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 09 ago. de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201801040236&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> . Acesso em: 27 abr. 2020

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.854.289/PB. Relatora: Nancy Andrighi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 fev. 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=106482545&num_registro=201903785967&data=20200226&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94.147/RJ. Relatora: Ellen Gracie. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2604884>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Lei 10.444, de 07 maio de 2002a. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10444.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Lei 8.952, de 13 dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. *Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm. Acesso em: 17 abr. 2019.

BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Poder Executivo. *Projeto de Lei 3.476 de 2000*. Estabelece critérios para a efetivação da tutela antecipada, do procedimento sumário e da execução judicial e extrajudicial, objetivando uma prestação jurisdicional

mais célere e eficaz. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=121513&filename=Dossie+-PL+3476/2000 . Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. Poder Executivo. *Projeto de Lei 3.803 de 1993*. Altera os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=216085>. Acesso em: 15 abr. 2019.

DIDIER Jr., Fredie. et al. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

ENFAM, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados. *Seminário o Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil*. Publicado em: 06 jun. 2017. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/o-novo-cpc/>. Acesso em: 17 abr. 2019.

FALCÃO, Márcio; TEIXEIRA, Matheus. *Partido dos Trabalhadores vai ao STF para derrubar suspensão de passaporte do devedor*. Publicado em: 10 maio 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/pt-stf-derrubar-suspensao-passaporte-devedor-10052018>. Acesso em: 12 maio 2019.

FPPC, Fórum Permanente de Processualistas Civis. *Carta de São Paulo - VII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis (VII FPPC)*. Publicado em: 08 de maio de 2016. Disponível em: <http://portalprocessual.com/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-2016/#more-1591>. Acesso em: 17 abr. 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. Publicado em: 24 ago. 2015. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1799298/mod_resource/content/1/A%20revolu%C3%A7%C3%A3o%20silenciosa%20da%20execu%C3%A7%C3%A3o%20por%20quantia%20-%20JOTA.pdf. Acesso em: 12 maio 2019.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Rafael de Oliveira. A atipicidade dos meios executivos no Código De Processo Civil Brasileiro de 2015. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*. Curitiba, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdiacao/article/view/1611>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. II. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*. vol. 247. ano 40. p. 231-246. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2015. p. 240-241.

MERCOSUL. CMC/DEC Nº 18 de 2008, *Acordo sobre documentos de viagem dos estados partes do Mercosul e estados associados*. Disponível em: [http://www.sindetur-rj.com.br/tabelas/legislacao/2008RMI_Acordo01\[1\].pdf](http://www.sindetur-rj.com.br/tabelas/legislacao/2008RMI_Acordo01[1].pdf). Acesso em: 11 maio 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV do Novo CPC. *Revista de processo*. vol., n. 265, 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/108634>. Acesso em 18 abr. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NOBREGA, Guilherme Pupe. *Reflexões sobre a atipicidade das técnicas executivas e o artigo 139, IV, do CPC de 2015*. Publicado em: 11 ago. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI243746,21048-Reflexoes+sobre+a+atipicidade+das+tecnicas+executivas+e+o+artigo+139>>. Acesso em: 12 maio 2019.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2017, recurso online, ISBN 9788597010220.

RODOVALHO, Thiago. *O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos*. Publicado em: 21 set. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/>

artigos/o-necessario-dialogo-entre-doutrina-e-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos-21092016. Acesso em: 12 maio 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle José Coelho. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro?* Publicado em: 25 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em: 12 maio 2019.

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

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 59. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2018 1 recurso online ISBN 9788530977764.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: volume 3: execução forçada, processos nos tribunais, recursos, direito intertemporal*. 50. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2017 1 recurso online ISBN 9788530974381.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et. al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016.

Recebido/Received: 13.08.2019.

Aprovado/Approved: 22.05.2020.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA TEORIA DE JEREMY WALDRON

MARCELO MATOS DE OLIVEIRA

OLIVEIRA, Marcelo Matos de. **Controle de constitucionalidade e a ilegitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria de Jeremy Waldron**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 14 de fevereiro de 2020.

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi

Coorientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESUMO

A presente dissertação tem como temática a relação entre constitucionalismo e democracia e o debate das teorias jurídicas e da política no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, em meio a dissensos morais relevantes. Como problema de pesquisa e à luz da teoria da dignidade da legislação de Jeremy Waldron, marco teórico da pesquisa, o trabalho indaga se caberia ao Supremo Tribunal Federal exercer o *judicial review* sobre a questão da antecipação do cumprimento da pena sem a comprovação definitiva da culpa. Ainda, questiona-se qual seria o *locus* adequado para a promoção de debate o mais amplo possível, considerando-se que todos os destinatários devem ser também autores dos projetos de vida e das normas que regulam os modos de agir. Como hipótese, e diante da abordagem das mudanças e inovações colacionadas pelo Código de Processo Penal, afirma-se que a decisão da Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário nº 964246/SP do Supremo Tribunal Federal foi de encontro às alterações legislativas mais recentes, que tiveram conotação garantista, com o objetivo de restringir cada vez mais as possibilidades de constrição da liberdade antes da formação definitiva da culpa, revelando, no caso, patente déficit democrático. Como objetivo geral, o trabalho pretende identificar qual o ambiente legítimo para promover debates acerca dos desacordos morais razoáveis que surgem numa sociedade plural, complexa, entre pessoas dotadas de boa-fé. São objetivos específicos do trabalho: (a) analisar os sistemas de controle de constitucionalidade, notadamente o norte-americano, o austríaco e o brasileiro; (b) analisar o perfil da jurisdição constitucional brasileira, à luz da autocontenção e da juristocracia, compreendendo-se o ativismo judicial; (c) perquirir a vontade do legislador constituinte e ordinário acerca do tratamento dado ao princípio do estado de inocência e da possibilidade de antecipação da execução da pena, com estudo de caso do Supremo Tribunal Federal; (d) investigar a teoria de Jeremy Waldron acerca dos pressupostos do caso essencial e do resgate da dignidade da legislação; e (e) identificar qual seria o ambiente democrático mais favorável aos debates acerca de dissensos morais razoáveis. A pesquisa se desenvolve em vertente metodológica jurídico-sociológica e em perspectiva interdisciplinar, a partir da conjugação de conceitos das teorias política e filosófica do Direito, Direito Constitucional e Direito Processual Penal. Adotou-se, com predominância, o raciocínio dedutivo, o método descritivo e o tipo bibliográfico e jurisprudencial.

Palavras-chave: Controle judicial de constitucionalidade. Legitimidade democrática. Supremo Tribunal Federal. Dignidade da legislação. Jeremy Waldron.

O CONTRATO DE NAMORO NA FAMÍLIA EMPRESÁRIA COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA

UYARA VAZ DA ROCHA TRAVIZANI

TRAVIZANI, Uyara Vaz da Rocha. **O contrato de namoro na família empresária como instrumento de governança**. 2020, (126)f. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 06 de março de 2020.

Orientador: Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich

RESUMO

A evolução do Direito alterou a estrutura familiar no ordenamento jurídico brasileiro, sendo certo que, atualmente, não há mais a existência de modelos pré-definidos de famílias, sendo todos protegidos e reconhecidos pelo Direito brasileiro. Hoje, todas as modalidades de família devem ser resguardadas, tendo em vista promover o crescimento do indivíduo e contribuir para a manutenção da sua dignidade. Além disso, é sabido que as relações amorosas também têm se modificado, não sendo necessária a existência de casamento ou união estável para que as pessoas coabitem, dividam as despesas e todos os aspectos da vida. No entanto, caso essa situação seja vivenciada no âmbito de uma família empresária, a existência de um relacionamento amoroso nesses termos pode, em algum momento, trazer consequências inesperadas e indesejadas à sociedade empresária, com o reconhecimento de uma união estável em desfavor do membro da família empresária e consequente impacto na vida da sociedade. Assim, a partir do método dedutivo e tendo como marcos teóricos a Constituição Brasileira, o Código Civil, bem como a jurisprudência brasileira do STF e do STJ acerca do conceito de família, a presente pesquisa tem como tema-problema a análise da licitude do contrato de namoro, bem como da possibilidade de a celebração do mencionado contrato se tornar obrigatória, como instrumento de governança familiar, para pessoas que integram uma família empresária, sendo ou não sócias de uma sociedade empresária familiar.

Palavras-chave: Governança. Família Empresária. Contrato de Namoro.

A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

VÍTOR RICARDO BHERING BRAGA JUNIOR

BRAGA, Vitor Ricardo Bhering Braga Junior. **A possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. 2020, Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2020.

Defesa em 19 de março de 2020.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb

RESUMO

Os adicionais de insalubridade e periculosidade, são os únicos adicionais que não se acumulam quando o trabalhador está exposto simultaneamente aos dois, por força do art. 193; §2º; CLT. Todavia a melhor interpretação do ornamento jurídico trabalhista, impõe uma visão da possibilidade da cumulação destes adicionais. Pontua-se que, os adicionais são distintos, o texto consolidado é anterior a carta magna de 88, sendo que o Brasil ratificou posteriormente a 1943, Tratados Internacionais sobre o tema, além da observância de questões relativas ao trabalho digno e ao valor do trabalho. Esta incerteza, face tratar de entendimento atual do Colendo Tribunal Superior, gera insegurança a empresários e trabalhadores, seja na ordem econômica (passivo trabalhista), seja social (trabalho digno e exposição a riscos de doença e/ou acidente). Assim, o intuito deste trabalho é analisar a possibilidade de cumulação destes dois adicionais, frente o atual ordenamento jurídico e viabilidade de sua aplicação. O tema problema deste trabalho percorre, de forma pragmática, a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, tendo como marco teórico o entendimento contemporâneo do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, exposto no voto do Ministro Relator Renato de Lacerda Paiva, no julgamento da SDI-1 processo nº E RR 1072.211.5.02.0384. A metodologia adotada consiste em descrever, interpretar e avaliar os métodos hipotético-dedutivo decorrente de pesquisas bibliográficas (livros, artigos de periódicos, revistas, teses, dissertações), de fontes normativas. Chegando-se à conclusão de que a melhor interpretação do tema é pela possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

Palavras-chave: Salário Condição. Adicionais. Insalubridade. Periculosidade. OIT. Trabalho Digno. Princípios Constitucionais Trabalhistas.