



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 Zandona Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE – FUMEC

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

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

REVISTA MERITUM

COORDENAÇÃO EDITORIAL:

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM:

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

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

REVISOR E TRADUTOR DE INGLÊS

Almir Teixeira Esquárccio

Eduardo Marinho Santana Junior

Guilherme Joshua Fantini Blake

Júlia Codo Ribeiro

Lílian Aparecida de Macêdo Parreiras

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. 3 (set./dez. 2020)- . _ Belo
Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v. : il.

Quadrimestral

ISSN 2238-6939 (Online)

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

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

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

Conselho Editorial

- Adolfo Ingácio Calderón, Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC Campinas)
- Arno Dal Ri Jr, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
- César Augusto Baldi, Universidad Pablo Olavide (UPO), Sevilha, Espanha
- Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC
- David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha
- Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia
- Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia
- Erica Palmerini, Scuola Superiore Sant'Anna (SSSUP), Pisa, Itália
- Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)
- Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS
- Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC
- Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)
- Jan Peter Schmid, Instituto Max Planck (MPI), Alemanha
- Jean-Christophe Merle, Faculdade de Filosofia da Universidade de Saarbrücken, Alemanha
- José Filomeno de Morais Filho, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
- Joaquim Carlos Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
- Jorge Renato dos Reis, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)
- Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
- Kennedy Kihangi Bindu, Université Libre des Pays des Grands Lacs (ULPGL) – República Democrática do Congo
- Manuel David Masseno, Instituto Politécnico de Beja (IPBeja), Universidade de Porto (UP), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
- Nattan Nisimbat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia
- Otavio Luiz Rodrigues Junior, Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)
- Paula Nunes Correia, Universidade de Macau (UM), Macau, China
- Raymundo Juliano Rego Feitosa, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

SUMÁRIO/SUMMARY

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: A INSUFICIÊNCIA PROCEDIMENTAL E NORMATIVA NA TUTELA DO DOS DIREITOS INFANTOJUVENIS.....9 <i>FULFILLMENT OF THE SENTENCE OF THE RIGHT TO FAMILY LIVING: PROCEDURAL AND NORMATIVE INSUFFICIENCY IN THE PROTECTION OF CHILDREN'S RIGHTS</i> Carlos Alexandre Moraes Diego Fernandes Vieira	
A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTRUMENTO DE CORREÇÃO DE INJUSTIÇAS NO CASO DE VIOLAÇÃO À PROTEÇÃO DE DADOS PELA FUNÇÃO JURISDICIONAL.....31 <i>CIVIL RESPONSIBILITY AS A WAY TO CORRECT INJUSTICES IN CASE OF VIOLATION TO DATA PROTECTION BY THE JUDICIARY</i> Danúbia Patrícia de Paiva	
A LEGITIMIDADE AD CAUSAM PARA OS INTERDITOS POSSESSÓRIOS CONTRA MOLÉSTIAS DA POSSE PRATICADAS NO SISTEMA TIME-SHARING52 <i>LEGITIMACY FOR REPOSSESSION AGAINST DISSEISIN PRACTICED IN THE TIME-SHARING SYSTEM</i> Gilberto Fachetti Silvestre João Victor Pereira Castello Julia De Carli Baiocco	
A IDEIA DE COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL PÚBLICA COMO ALAVANCA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....73 <i>THE IDEA OF PUBLIC INTERINSTITUTIONAL COOPERATION AS A LEVER OF ECONOMIC DEVELOPMENT</i> Victor Saldanha Priebe Daniel Dottes de Freitas	
BLOCKCHAIN DAS CRIPTOMOEDAS COMO FERRAMENTA ECONÔMICO-FINANCEIRA A SERVIÇO DO BIPODER87 <i>BLOCKCHAIN OF CRYPTOCURRENCY AS AN ECONOMIC-FINANCIAL TOOL IN THE SERVICE OF BIPOWER</i> Jefferson Aparecido Dias Bruno Azzolin Medeiros Galdino Luiz Ramos Júnior	
DIREITO, INOVAÇÃO E TECNOLOGIA: ANÁLISE ECONÔMICA DAS FINTECHS103 <i>LAW, INNOVATION AND TECHNOLOGY: ECONOMIC ANALYSIS OF FINTECHS</i> Lucas Vinícios Cruz Henrique Avelino Lana	
ANÁLISE CRÍTICA DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NA PERSPECTIVA DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA 124 <i>CRITICAL ANALYSIS OF STRUCTURAL PROCESSES FROM THE DEMOCRATIC PROCESSUALITY PERSPECTIVE</i> Zaphia Boroni Souza Adriano da Silva Ribeiro Sérgio Henriques Zandona Freitas	
TEORIAS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA: UMA ABORDAGEM SEGUNDO RICHARD POSNER.....140 <i>THEORIES OF ECONOMIC REGULATION: AN APPROACH ACCORDING TO RICHARD POSNER</i> Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues Lobão Jean Carlos Dias	

REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO DOS ESTADOS SOB A PERSPECTIVA DA CAPTAÇÃO DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS.....	157
<i>REFLEXIONS ON THE DEVELOPMENT OF STATES UNDER THE PERSPECTIVE OF FOREIGN INVESTMENTS</i>	
Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi Tania Lobo Muniz Elve Miguel Cenci	
COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: BOAS PRÁTICAS FISCAIS PARA ATINGIR JUSTIÇA GLOBAL.....	175
<i>INTERNATIONAL COOPERATION: FISCAL GOOD PRACTICES TO ACHIEVE GLOBAL JUSTICE</i>	
Mariana Passos Beraldo Wagner Menezes Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro	
CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IDOSOS: ANÁLISE DA TUTELA DA SAÚDE MENTAL DOS IDOSOS E A INTERFACE COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	189
<i>INTER AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS PROTECTION OF ELDERLY PEOPLE: ANALYSIS OF THE ELDERLY MENTAL HEALTH TUTELAGE AND THE INTERFACE WITH PERSONALITY RIGHTS</i>	
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro Denise Maria Lopes Zanutto José Carlos Alves Nascimento	
DIREITO À SAÚDE E OS PROBLEMAS DO DISCURSO CONSEQUENCIALISTA	209
<i>RIGHT TO HEALTH AND THE PROBLEMS OF CONSEQUENTIALIST DISCOURSE</i>	
Ilton Garcia da Costa Antonio Cyro Venturelli	
JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS E DIREITO À SAÚDE: VALOR DA CAUSA, COMPETÊNCIA ABSOLUTA E A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS	224
<i>SPECIAL CIVIL FEDERAL JUDGES AND THE RIGHT TO HEALTH: VALUE OF THE CASE, ABSOLUTE COMPETENCE, AND THE CONSENSUAL SOLUTION OF CONFLICTS</i>	
Edith Maria Barbosa Ramos Paulo Roberto Barbosa Ramos Jémina Gláucia Serra Araujo da Silveira	
A TRANSEXUALIDADE NO CONTEXTO DA SAÚDE: INFORMAÇÃO PARA A CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS.....	250
<i>TRANSEXUALITY IN THE HEALTH CONTEXT: INFORMATION FOR CITIZENSHIP AND HUMAN RIGHTS</i>	
Janaína Machado Sturza Vera Lucia Spacil Raddatz Kaoanne Wolf Krawczak	
VISÃO SISTÊMICA (E PARALELA) DOS TRÂMITES PROCEDIMENTAIS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINAR E DE RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA, AMBOS DO PODER EXECUTIVO DE MINAS GERAIS	269
<i>SYSTEMIC (AND PARALLEL) VIEW OF THE PROCEDURAL PROCEDURES OF THE ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESSES AND ACCOUNTABILITY OF LEGAL ENTITY, BOTH OF THE EXECUTIVE POWER OF MINAS GERAIS</i>	
Gláucia Milagre Menezes Marcelo Barroso Lima Brito de Campos	
O PLURALISMO JURÍDICO E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS FACE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	289
<i>LEGAL PLURALISM AND CONSULTING LAW OF INDIGENOUS COMMUNITIES FACING BRAZILIAN LEGAL ORDINATION</i>	
Julia Thais de Assis Moraes Vivianne Rigoldi	

A FALÁCIA DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL	303
<i>THE DEMOCRATIC FALLACY OF THE CRIMINAL JURY IN BRAZIL</i>	
Rafael Blusky Pinto dos Santos	

SEGURO GARANTIA JUDICIAL E PROTEÇÃO EFETIVA DO CRÉDITO TRABALHISTA: PROPOSTA DE MODELO SECURITÁRIO DINÂMICO E FLEXÍVEL	323
<i>JUDICIAL INSURANCE GUARANTEE AND EFFECTIVE PROTECTION OF LABOR CREDIT: PROPOSAL OF DYNAMIC AND FLEXIBLE INSURANCE MODEL</i>	
André Luiz Sienkiewicz Machado Eduardo Rocha Dias	

SUBVERSÃO DO SIGNO HEGEMÔNICO DA REPRESENTAÇÃO SINDICIAI: ANÁLISE-CRÍTICA DAS DESIGUALDADES DENTRO DOS SINDICATOS À LUZ DO SEGUNDO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS	348
<i>ANALYSIS OF INEQUALITIES WITHIN UNIONS IN THE LIGHT OF JOHN RAWLS 'SECOND PRINCIPLE OF JUSTICE</i>	
Rainer Bomfim Marina Souza Lima Rocha	

THE QUESTION OF THE MINIMUM LUGGAGE ALLOWANCE IN THE BRAZILIAN AIR TRANSPORT UNDER THE PERSPECTIVE OF THE ECONOMIC REGULATION THEORY.....	363
Maria Marconiete Fernandes Pereira Matheus Jeruel Fernandes Catão José Antônio Rocha	

DISSERTAÇÕES DO PPGD/FUMEC

LINHA DE PESQUISA: AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA.....	379
LINHA DE PESQUISA: ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE	398

EDITORIAL

A Revista *Meritum* iniciou o ano de 2020, com o Volume 15, e algumas novidades: projeto gráfico modernizado, com novo formato de capa e miolo, diagramação das páginas para maior facilidade de leitura dos textos, versão em inglês dos artigos escritos em língua portuguesa e a versão em áudio MP3, novidade e ineditismo entre os periódicos editados no Brasil, aderindo programação extensa de inclusão social no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Passou a adotar a periodicidade quadrimestral (três números por ano), e número especial comemorativo dos 10 (dez) anos de PPGD FUMEC, com recebimento de artigos e avaliação em fluxo contínuo para publicação. Além disso, destaque para a internacionalização, por meio da mencionada versão em inglês dos textos e, em especial, do DOI (*Digital Object Identifier* ou Identificador de Objeto Digital), ou seja, passou-se a identificar o respectivo artigo individualmente com o código digital, permitindo que a publicação seja detectada de forma única e persistente no ambiente Web.

Ressalta-se que é periódico tradicional e referência no Direito, sendo classificado com o extrato B1 pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, por meio do conjunto de procedimentos denominado Qualis Periódicos.

Os artigos submetidos à Revista *Meritum* vol. 15, n. 3, foram avaliados pela Coordenação Editorial, que examinou a adequação à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares e avançados, dentre outros. Na sequência, cada texto foi remetido a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer.

Neste vol. 15, n. 3, também foram prestigiadas as questões do universo jurídico relacionadas ao Estado Democrático de Direito e a efetivação de direitos fundamentais constitucionais, bem assim a análise e debates sob perspectivas que auxiliem a interpretar criticamente a contemporaneidade e os desafios que dela advêm.

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

Convida-se a leitura e/ou escuta prazerosa dos artigos apresentados, de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à inclusão e concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

Boa leitura a todos!

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

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: A INSUFICIÊNCIA PROCEDIMENTAL E NORMATIVA NA TUTELA DO DOS DIREITOS INFANTOJUVENIS

FULFILLMENT OF THE
SENTENCE OF THE RIGHT TO FAMILY LIVING:
PROCEDURAL AND NORMATIVE INSUFFICIENCY IN
THE PROTECTION OF CHILDREN'S RIGHTS

CARLOS ALEXANDRE MORAES¹
DIEGO FERNANDES VIEIRA²

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar os meios processuais voltados para o cumprimento de sentença da convivência familiar devidamente regulamentada. Assim fomentar a discussão sobre a crise processual civil que assola os processos envolvendo os conflitos existenciais e familiares. Empregou-se, para tanto, o método hipotético-dedutivo conjuntamente com o método de procedimento funcionalista e o comparativo, e ainda, para sustentar referida pesquisa, utilizou-se do método de investigação bibliográfico e o documental. Concluindo-se que o Processo Civil voltado para a execução da convivência familiar resta prejudicado e insuficiente, inexistindo meios coercitivos adequados para o tratamento de demandas existenciais, necessitando-se urgentemente de uma nova postura jurisdicional e, ainda, de uma legislação processual própria para o tratamento e resolução dos conflitos familiares.

PALAVRAS-CHAVE: Afetividade. Código de Processo Civil. Criança e Adolescente. Direitos da Personalidade. Família.

- 1 Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-Doutor em Direito pelo Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), Doutor em Direito pela FADISP; Doutor em Ciências da Educação pela UPAP; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pesquisador Bolsista – Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor PPD – do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Advogado; ORCID iD <https://orcid.org/0000-0002-2230-0368>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7327808122990666>. E-mail: camoraes.adv@hotmail.com.
- 2 Mestrando no programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) pelo Centro Universitário de Maringá – UniCesumar – Bolsista do programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Particulares (PROSUP/CAPES); Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Cesumar – Unicesumar; Graduando em Administração pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci – Uniasselvi. ORCID iD <https://orcid.org/0000-0001-5351-9023>. Lattes <http://lattes.cnpq.br/8603486646565986>. E-mail: diego.vieira_180@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. Cumprimento de sentença do direito à convivência familiar: a insuficiência procedimental e normativa na tutela do dos direitos infantojuvenis. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 9-30, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8022>.

ABSTRACT

The purpose of this article was to analyze the procedural means aimed at fulfilling the sentence of family life properly regulated, based on the scientific research already carried out in the area, the current legislation and the jurisprudence. Thus, to foster the discussion on the civil procedural crisis that plagues the processes involving existential and family conflicts. For this purpose, the hypothetical-deductive method was used with the functionalist method and the comparative method, and still, to support this research, the bibliographic and documentary research method was used. In conclusion, the Civil Procedure aimed at the execution of family life remains impaired and insufficient, with no adequate coercive means for the treatment of existential demands, urgently needing a new jurisdictional stance and, still, its own procedural legislation for the treatment and resolution of family conflicts.

KEYWORDS: *Affectivity. Civil Procedure Code. Child and teenager. Personality Rights. Family.*

INTRODUÇÃO

O Estado, no momento em que legisla sobre questões existenciais envolvendo a família e o desenvolvimento humano, coloca sobre si a responsabilidade de lidar e resolver os conflitos advindos deste núcleo relacional. Nesta perspectiva sociojurídica, o atual e constitucionalizado Direito das Famílias se voltou para a proteção e felicidade de seus membros, em especial do vulnerável, a pessoa do filho. Nota-se que o ordenamento jurídico veio a conceder as crianças e adolescentes especiais direitos e particulares princípios voltados para a proteção da infância e juventude, um desses é o denominado direito à convivência familiar.

Desse modo, o direito à convivência familiar passou a ser um direito não de exclusividade dos genitores, mas também do filho. Direito este fundamental e imprescindível para o desenvolvimento e tutela dos direitos da personalidade. Não sendo mais concebido apenas como um dever moral, mas sim uma obrigação jurídica de fazer, de prestar a assistência, além da material (alimentar), mas também emocional e psicológica (convivência).

Todavia, as mudanças ocorridas no direito material parecem não ter alcançado o direito processual, visto que ainda existe uma resistência de caráter cultural em se falar de execução forçada da convivência familiar quando o genitor não guardião injustificadamente deixa de conviver com o filho. Tornando-se visível a necessidade de se discutir e repensar o processo de cumprimento de sentença envolvendo o direito à convivência familiar.

A presente pesquisa fundou-se no método hipotético dedutivo, utilizando-se de uma análise qualitativa, bem como em pesquisa bibliográfica e documental, tendo por objetivo demonstrar a insuficiência processual civil no que tange a tutela do direito à convivência familiar quando o genitor não guardião se mantém omissivo em seu dever de conviver.

Organizou-se a pesquisa em três partes, na primeira foi dado enfoque no direito à convivência familiar e seus reflexos para o crescimento e desenvolvimento humano. Na segunda parte, foram abordadas as questões processuais no que tange o cumprimento forçado da convivência familiar. E na terceira e última parte, demonstrou-se possibilidades hermenêuticas para a tutela deste direito infantojuvenil, além da necessidade de uma legislação processual própria para a solução dos conflitos familiares.

Propõe-se com o presente estudo, uma reflexão acerca da importância da convivência familiar, bem como da necessidade procedimental de efetivação deste direito quando não cumprido de forma voluntária. O foco do artigo não é a imposição de “amor” sobre as regras legais, mas sim na promoção de uma parentalidade responsável, de um agir consciente e sobretudo, uma tutela jurisdicional efetiva, e não apenas declaratória de direitos.

1 DO DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA E ADOLESCENTE DE CONVIVER COM AMBOS OS GENITORES

O direito à convivência familiar se encontra previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 227, no Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 3, no Código Civil no art. 1.589 e ainda na Lei n. 12.318/2010 que trata sobre Alienação Parental. Os genitores têm o dever de respeito e efetivação deste direito em face da pessoa do filho, e esta obrigação legal decorre do princípio da parentalidade responsável (art. 226, §7º, da CF), em casos de perda da guarda física do filho, que geram o dever de tê-lo em sua companhia (art. 1.634, II, do CC), bem como na obrigação de ambos os pais de assistência integral (aspectos físicos, psíquicos, morais e espirituais) do filho (art. 229 da CF, 22 do ECA e 1.634, I, do CC).

Fala-se ainda na existência do princípio constitucional da convivência familiar aplicado ao Direito das Famílias. “Como consequência do princípio do melhor interesse tem-se o princípio da convivência familiar, compreendido no direito de pais e filhos de conviverem uns com os outros” (ANGELINI NETA, 2016, p. 84). Este princípio visa exatamente a preservação da relação parental nitidamente de cunho prestacional, que impõe não só à família, mas também ao Estado a promoção e efetivação desde direito da criança e do adolescente. (AMARILLA, 2014).

O rompimento afetivo entre os genitores não irá romper os vínculos advindos da parentalidade, esta última se mantém inalterada, o que de fato ocorre é uma adaptação do exercício da autoridade parental, que tem reflexo direto na forma da convivência entre pais e filhos. Grisard Filho (2016, p. 110) elenca que: “A ruptura, em si, não provoca modificações nas relações entre os sujeitos da guarda, mas estabelece, inevitavelmente, uma nova forma de se vincularem”. Desta forma, resta-se claro que a cessão da convivência entre os pais, não irá fazer cessar a convivência deles com os filhos, mesmo residindo em casas distintas. (LÔBO, 2008).

O direito em análise se converte nas palavras de Madaleno (2007, p. 119) como sendo “um direito conferido a todas as pessoas unidas por laços de afeto, de manterem a convivência e o intercâmbio espiritual quando estas vias de interação tiverem sido rompidas pela separação física dos personagens”.

O objetivo deste direito, basicamente, é salvaguardar as relações familiares, sejam elas advindas da consanguinidade ou da socioafetividades, abarcando para além das figuras parentais. A convivência familiar também abrange o direito de correspondência entre pais e filhos (STRANGER, 1991), falando-se hoje até mesmo de uma convivência virtual e comu-

nhão com a física para assim se incentivar e fomentar a maior interação do genitor não-guardião com sua prole.

Atualmente a família é vista como um *locus* privilegiado, onde ocorre de fato o desenvolvimento da personalidade de todos os membros (GAMA, 2008). Sendo exatamente neste lugar de interação que a família irá ultrapassar a sua concepção eudemonista, para se tornar principalmente solidarista, vez que na família os seus membros são corresponsáveis uns pelos outros. E mesmo que a liberdade existencial seja um dos pilares do Estado Democrático de Direito, esta autonomia voltada para o Direito das Famílias, tem como objeto “opções conjugadas”, que impõem certo limite nesta liberdade, na exata medida que as escolhas individuais irão refletir diretamente aos outros membros deste núcleo afetivo e relacional. (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2020).

Assenta-se nesta corresponsabilidade o direito de convivência familiar, que em sua nova e constitucionalizada concepção apresenta uma obrigação legal aos genitores e um direito fundamental para os filhos. Em verdade não se sustenta mais que a convivência (visita) seja uma escolha do genitor, e nem um direito exclusivo deste, pois está bem mais relacionada ao bem-estar do filho do que propriamente do genitor. “A convivência familiar para com os genitores está muito mais atrelada a uma obrigação de fazer, a um ato positivo em face da criança do que propriamente a um direito [...]” (MORAES; VIEIRA, 2020, p. 738-739).

Daí a importância da efetivação da convivência familiar, pois será por intermédio deste relacionamento, desta troca de afeto, em suma desta experiência familiar com ambos os genitores, que a criança e o adolescente poderão criar e desenvolver a ideia de pertencimento e de segurança. A convivência lhe proporcionará um ambiente saudável para o crescimento e desenvolvimento integral, ainda na consolidação de sua personalidade. (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2020).

Nessa perspectiva, de fundamentalidade do direito à convivência familiar, é que se compreende que, os direitos fundamentais irão, de fato, incidir no direito privado, independentemente de seu ramo, e “não apenas em relações jurídicas patrimoniais, mas também em relações existenciais” (EHRHARDT JÚNIOR; TORRES, 2018, p. 350). No momento em que se estabelece a convivência familiar como um direito fundamental de ordem constitucional, também deve se estabelecer meios para sua proteção e efetivação, a fim de preservá-los e tutelá-los mediante atuações judiciais, administrativas e legislativas.

Sobre a família e sua essencialidade na formação da pessoa, Hironaka (2018), elucida que:

É inegável que o seio da família forma os que dela participam. É nela que a pessoa se prepara ou é despreparada para a vida gregária, despoluindo ou recebendo obstáculos no caminho entre seu espaço privado e o espaço público. Mais do que simples pessoas, o objetivo da família é formar cidadãos, não apenas das suas cidades e respectivos países, mas do mundo, para que respeitem a dignidade alheia e tenham a si próprios respeitados. É essa a responsabilidade da família: servir, prover e educar (HIRONAKA, 2018, p. 326).

Por este fato é que, cabe aos pais precipuamente estruturarem e amoldarem a personalidade dos filhos, por meio do compartilhamento dos deveres parentais, e no exercício efetivo de seus papéis no desenvolvimento humano da prole (BOSCHI, 2005). No momento em que

se reconhece as diferenças e complementaridade das funções e das relações parentais, é possível então que a família atinja sua finalidade em ser tempo/espaço no desenvolvimento da personalidade dos filhos, e de forma reflexa também dos adultos, devendo estas funções e ações serem respaldadas pelo afeto, pela responsabilidade e solidariedade. (GROENINGA, 2009).

Embora se garanta o direito ao livre planejamento familiar a todas as pessoas, estas não estão isentas das obrigações envolvidas às responsabilidades de cuidado e zelo para com a criança, cabendo aos pais independentemente de sua vontade, prover a assistência moral, material, afetiva, intelectual e espiritual aos filhos desde sua concepção (CARDIN; SANTOS; GUERRA, 2015). Assim, o direito à convivência familiar "não se estrutura como objeto de prazer pessoal dos genitores, predispondo-se, como dever, à tutela de necessidades próprias do desenvolvimento adequado da personalidade dos filhos [...]" (STRANGER, 1991, p. 58).

Nas palavras de Amarilla (2014):

[...] o direito à convivência familiar deve ser encarado como meio e não como fim em si mesmo, consubstanciando instrumento vocacionado ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e atendimento das demandas especiais daqueles que, em razão de sua pouca idade insuficiente maturidade, clamam por mais atenção e cuidado (AMARILLA, 2014, p. 90).

Será a efetiva convivência que irá estabelecer o afeto necessário para a vida digna da criança e do adolescente, daí a importância de se respeitar este direito, sempre tendo em vista os Direitos da Personalidade tanto dos filhos quanto dos pais (GROENINGA, 2009). Nesta linha de pensar Moraes e Vieira (2020, p. 752) sustentam que: "[...] a convivência familiar saudável e duradoura possibilita à criança efetivar o direito a sua integridade psicofísica, à honra, ao respeito e ainda ao livre desenvolvimento de sua personalidade". Assim, será na família e nesta relação e interação que será promovido o desenvolvimento da personalidade e potencialidade de seus membros, garantindo-lhes assim, o respeito da dignidade da pessoa humana neste aspecto social. (GAMA, 2008).

Ademais, o direito à convivência familiar se perfaz como um direito fundamental que visa garantir a proteção de outros direitos, mais especificamente os da personalidade, direitos estes que são "inerentes à pessoa e à sua dignidade" (TARTUCE, 2017, p. 153). É através da convivência que se estabelecerá a integridade física e psíquica do filho, é por meio da convivência que se terá o respeito e cuidado para com seus direitos existenciais da criança e do adolescente.

Esta interação física e emocional entre o filho e ambos os genitores é imprescindível para que se implemente os inúmeros direitos fundamentais e da personalidade do filho, servindo a convivência como um instrumento que beneficia o pleno desenvolvimento biopsicossocial da criança e adolescente (BOSCHI, 2005). Não bastando assim prover apenas o sustento e educação, "mas é preciso garantir a convivência dos filhos com os pais, entendendo-se essa convivência como fundamental para a formação da personalidade no indivíduo" (ANGELINI NETA, 2016, p. 85).

O ambiente familiar como já elencado, tem grande influência no desenvolvimento infantojuvenil, devendo os pais garantir-lhes ao menos o mínimo de condições para que ocorra o desenvolvimento da personalidade dos filhos (TOMASZEWSKI, 2004), pois quando isso não ocorre, direitos serão violados, danos serão causados e a dignidade será maculada. Quando

existe a falta de zelo, cuidado e afeto nas relações paterno-materno-filial, pode-se dizer que desencadearão “incontroláveis danos pessoais e sociais” (JABUR, 2019, p. 1115).

A omissão no que se refere ao convívio e contato físico e emocional com o filho é uma violação direta a este direito fundamental, mas, além disso, é uma violação reflexa à inúmeros direitos da personalidade previstos do tanto na Constituição Federal de 1988, como no Código Civil de 2002. “A título exemplificativo tal ato viola os direitos da personalidade na esfera física (direito à vida, integridade física), psíquica (direito à liberdade, integridade psíquica) e moral (direito à identidade, respeito)” (MORAES; VIEIRA, 2020, p. 750).

Caso não venha existir a convivência familiar, o filho poderá carregar consigo o sentimento de abandono, traumas de rejeição, dificuldades de se relacionar e ainda inúmeros outros danos que irão variar sua intensidade de pessoa para pessoa³. Quando ausente os estímulos necessários a pessoa humana em desenvolvimento, “todo um aspecto capital da personalidade da criança, de sua ‘humanidade’, poderíamos dizer que já mais se constituiu” (TOMASZEWSKI, 2004, p. 86).

Logo, quando o genitor se nega em conviver com seu filho, sendo omissos em seus deveres, vem a ocasionar danos de ordem extrapatrimonial. Nestes termos, Basset (1993) elucida que:

Quando el progenitor no convivinte se niega injustificadamente a contribuir consu figura paterna o materna, en forma visible, edecuada y positiva, su conducta viola um derecho esencial del hijo, de cuya formación sana y integral es responsable, incurre en una acción u omisión ilícita que puede ocasionar daños extrapatrimoniales y materiales, que um imperativo de justicia exige reparar. (BASSET, 1993, p. 27-28)

Desta forma, é possível dizer que a concretização dos direitos fundamentais e da personalidade em primeiro momento incumbe ao Poder Judiciário, posto que muitas vezes políticas públicas organizadas pelo Estado, não conseguem alcançar seu fim preventivo e promocional (FERIATO; MARCH, 2019). Por este fato que é se compreende que independentemente da vontade do genitor que não convive cotidianamente com a prole, deve cumprir com seus deveres legais, mesmo que em seu âmago não queira exercê-la, por motivos que o direito não pode abarcar.

Por fim coloca-se que, o direito à convivência familiar é um direito fundamental do filho que possui uma função instrumental de efetivação de outros direitos fundamentais e da personalidade, bem como impõem aos genitores obrigações legais envolvendo conviver e cuidar. Quando existe a omissão parental no que tange a convivência seja ela total ou parcial, fala-se então em um dano existencial imensurável pelo Direito, incumbindo-se então ao Poder Judiciário de efetivá-lo a fim de garantir o melhor interesse da criança e a sua proteção integral.

3 Nesse sentido coloca-se que: “Esses pais omissos no dever de visitar o filho acabam causando-lhe prejuízos de ordem moral e psicológica irreparáveis. A convivência que o pai furtou do filho, as emoções que não foram compartilhadas, o vínculo afetivo que não se formou ou não se manteve não poderão ser recuperados, por total impossibilidade de retroação no tempo” (BOSCHI, 2005, p. 213).

2 DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL E O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Vivencia-se nos atuais dias uma onda de relacionamentos, e muitos destes acabam por ocasionar no nascimento de outro ser humano. Independente do estado civil destas pessoas, filho sempre será filho, e cabe aos pais, estejam eles juntos ou não, prover todas as necessidades desta prole⁴. "A separação dos cônjuges (separação de corpos, separação judicial ou divórcio) não pode significar separação entre pais e filhos. Em outras palavras, separam-se os pais, mas não estes em relação aos seus filhos menores de 18 anos" (LÔBO, 2008, p. 168).

Logo, por não existir o desfazimento dos deveres e responsabilidades parentais, estes independentemente de seu estado civil, ou relacionamento amoroso, terão o dever de amparar os filhos, principalmente em seu aspecto imaterial. E será por intermédio da convivência familiar que estes deveres irão ser materializados. Desta forma, a efetivação dos deveres parentais no que se restringe a convivência familiar vai além de estar fisicamente junto com o filho, mas nota-se na materialização de um conjunto de ações que se destinam na proteção, zelo e cuidado da criança e adolescente, compondo assim, um feixe de condutas que tem como primado o melhor interesse do vulnerável.

O direito à convivência familiar traz consigo uma perspectiva bilateral, onde tanto os genitores como os filhos **são detentores deste**. E pelo fato de que este direito contribui para a satisfação das necessidades da prole, é preciso existir mecanismos que possam assegurar a sua satisfação, que tem como maior beneficiário a criança e adolescente. (TARTUCE, 2019).

O genitor que não reside de forma habitual com sua prole terá especial responsabilidade da efetivação da convivência familiar. Incumbe-se a este encontrar meios para melhor se realizar este tempo de relacionamento, adequando os horários, dias, e atividades que serão desempenhadas, buscando-se fortalecer este vínculo e assim garantir o pleno desenvolvimento da personalidade do filho. (BOSCHI, 2005).

É somente por intermédio da compreensão de que a convivência familiar é um direito infantojuvenil, vinculado à pessoa vulnerável, e não mais uma obrigação simplesmente moral dos pais, que será possível abrirem espaços para o debate e discussão sobre uma tutela jurídica voltada para este instituto, e formas de resgate e promoção de uma parentalidade responsável (MORAES; VIEIRA, 2020). "Por isso, não pode o visitante, desde que fixada a visita, negligenciar o dever de efetuar-la, deixando de cumpri-la na forma acordada, sob pena de sua omissão caracterizar atentado a direito fundamental do visitado (art. 5º do ECA)" (BOSCHI, 2005, p. 209).

As relações familiares da contemporaneidade muitas vezes são formadas sem que haja o real sentido da afetividade, da solidariedade e ainda da consciência de uma parentalidade responsável e respeito à dignidade humana (CARDIN; SANTOS; GUERRA, 2015). O que acaba por muitas vezes em ocasionar no descumprimento dos termos elencados no título executivo judicial, em especial os pontos relativos à convivência, visto que por motivos subjetivos o genitor não guardião acaba por inadimplir com seus deveres parentais.

4 Sobre tal fato social, Grisard Filho (2010, p. 196) sustenta que: "É fato por todos conhecido que dia a dia aumenta o número de rupturas familiares e cresce a formação de novos núcleos, nos quais convivem ou circulam e se socializam filhos de distintas uniões, constituindo uma rede de sustento material e emocional não isenta de antagonismos e conflitos".

Como exposto, é direito da criança e do adolescente poder se desenvolver em todos os seus aspectos (moral, espiritual, psíquico, físico, entre outros), sendo a adequada e contínua convivência familiar que lhe proporciona este desenvolver. Nesse sentido, “não bastará ao vencedor, no entanto, a emissão da ordem. É preciso que seja cumprida no mundo real” (ASSIS, 2013, p. 174). Assim, “[...] não é totalmente descabido exigir daqueles que comungam do direito de visitas, especialmente os pais, o cumprimento em favor do menor; afinal, este também é titular do direito à convivência” (TARTUCE, 2019, p. 434).

Nestes termos, Dias (2017, p. 565) compreende que: **“É muito mais um direito do filho de conviver com o genitor que não detém sua guarda. Assim, há uma obrigação – e não simples direito – dos pais de cumprirem os honorários de visitação”**. Uma vez que se regulamente a forma de convivência familiar, o genitor não guardião, aquele que não reside com o filho de forma habitual, possui um dever legal, que tem sua gênese um acordo homologado em juízo ou ainda uma decisão judicial, portanto, a convivência familiar “passa a decorrer de *lei entre as partes*, de uma norma individual” (BOSCHI, 2005, p. 210).

Dessa forma, ocorrendo o descumprimento de sentença, ou acordo, este genitor “poderá ser responsabilizado pelos danos morais e patrimoniais daí advindos ao visitado” (BOSCHI, 2005, p. 210). Mas além destas penalidades, deve-se também garantir meios de cumprimento, mesmo que forçado, à devida e adequada convivência familiar ao filho, uma vez que, é um dever legal e não moral⁵.

Nestes termos, Tartuce (2019, p. 434) sustenta que: “Impor o cumprimento forçado das visitas não gera, por si só, prejuízo ao menor. O genitor estará presente, e o filho não se sentirá rejeitado. Caso haja receio quanto a eventuais maus-tratos, a convivência pode ser monitorada”. Os filhos podem e devem exigir a devida convivência e cuidado de seus pais ou responsáveis, posto que, quando não cumpridos de forma espontânea, além culminar da possibilidade de reparação civil, dependendo do caso pode ocorrer a supressão do poder familiar fundamentado na negligência de seu exercício. (JABUR, 2019).

No momento em que se garantem direitos, e sendo um deles o de acesso à justiça, é preciso pensar que além deste, faz-se necessário ter uma efetiva prestação jurisdicional. Assim, em nada adianta o Estado dizer o direito, se não é capaz de protegê-lo e/ou efetivá-lo de maneira justa (CASAGRANDE; TEIXEIRA, 2019). Em outras palavras, em nada adianta à pessoa do filho ter seu direito regulamentado em título executivo judicial se este não pode ser cumprido quando existir a resistência do genitor em adimplir com sua obrigação de fazer (conviver).

O Processo Civil é a forma que se tem hoje para a efetivação dos direitos materiais concebidos na ordem jurídica, e é por meio do Código de Processo Civil de 2015 – Lei n. 13.105/2015 – que se organiza este procedimento executório que objetiva a satisfação de uma obrigação determinada em título executivo judicial ou extrajudicial.

5 Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Regulamentação de visitas. Acordo homologado. Descumprimento. Execução. Cabimento. 1. No campo das visitas, o guardião do menor é devedor de uma obrigação de fazer, ou seja, tem o dever de facilitar a convivência do filho com o visitante nos dias previamente estipulados, devendo se abster de criar obstáculos para o cumprimento do que fora determinado em sentença ou fixado em acordo. 2. A transação, devidamente homologada em juízo, equipara-se ao julgamento do mérito da lide e tem valor de sentença, dando lugar, em caso de descumprimento, à execução da obrigação de fazer, podendo o juiz, inclusive fixar multa a ser paga pelo guardião renitente. 3. Recurso especial conhecido e provido a fim de determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para regular prosseguimento. (STJ. REsp. n. 701.872-DF. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 12.12.2005).

Normalmente a convivência familiar, por se tratar de direito de pessoa vulnerável, estará disposta em título executivo judicial (art. 515, CPC), seja este proferido em sentença ou até mesmo em acordo realizado pelas partes, homologado pelo juízo competente. Que seguirá o procedimento do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer, estipulado no art. 536 a 537 do Código de Processo Civil de 2015. (BRASIL, 2015).

Sobre o tema, Madaleno (2019) coloca que:

A doutrina e jurisprudência têm entendido o direito de visitas como um dever passível de execução judicial, inclusive pela imposição de multa pecuniária através das *astreintes*, sendo certo que os pais têm o dever de contato para com seus filhos e se, porventura se olvidam dessa obrigação, por egoísmo ou vingança contra o outro genitor, seu ex-parceiro afetivo, [...] sendo salutar que o Estado-juiz force, através de ameaça financeira, os progenitores sem a guarda a exercerem o dever de convivência, pois só desse modo podem se dar conta de que existem outras formas de destilar seu ódio pelo amor conjugal que se desfez. (MADALENO, 2019, p. 475-476)

O processo de cumprimento de sentença **é iniciado quando não existe o** adimplemento das determinações elencadas em **título executivo judicial de forma espontânea**. **Título** este que é um documento típico que garante ao detentor direito a determinada prestação (certa, líquida e exigível – art. 783, CPC), autorizando-se caso não cumprido, o início da tutela jurisdicional de natureza executiva, que tem como principal característica a prática coativa de atos materiais, que objetivam proporcionar o adimplemento forçado da prestação. (GARJARDONI; *et al.*, 2018).

Pelo fato da efetivação da convivência familiar depender quase que exclusivamente do cumprimento da obrigação de fazer do genitor não guardião, o título executivo não se mostra autossuficiente, na medida em que o direito assegurado depende de uma prestação por parte do demandando, necessitando-se assim de uma tutela executiva, para que assim haja o adimplemento pelo executado (GARJARDONI; *et al.*, 2018). "O direito de convivência gera uma obrigação de fazer infungível, obrigação personalíssima, que deve ser cumprida pessoalmente" (DIAS, 2017, p. 566).

O Poder Judiciário pode utilizar-se de medidas coercitivas (multa periódica) – que "tem e deve ter, no âmbito do Direito de Família, caráter desestimulador do inadimplemento das obrigações assumidas" (MIGUEL FILHO, 2006, p. 818) – ou de sub-rogação (busca e apreensão ou a reintegração de posse) para que assim consiga prestar ao exequente a devida tutela executiva, todavia, no caso envolvendo descumprimento da convivência, resta-se apenas a possibilidade de aplicação de *astreinte*⁶, com fundamento no art. 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90 –, visto que somente o genitor poderá cumprir com esta obrigação e ninguém mais. (BRASIL, 1990).

Sobre a aplicação de multa diária envolvendo o descumprimento da convivência com os filhos, Teixeira e Tepedino (2020, p. 318) esclarecem que:

6 Execução de obrigação de fazer. Visitas. Multa. Tendo o magistrado determinado que em caso de descumprimento do acordo de visitas seria imposta multa à virago e tendo ela, mesmo ciente da decisão, ignorado a determinação, correta se mostra a indenização fixada. Até porque, não trouxe ela nenhum fundamento plausível que faça com que seja elidido o pagamento da multa. Apelo desprovido. (TJ/RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70.012.800.207. Relatora: Des.^a Maria Berenice Dias. Julgado em 21.12.2005).

Uma das possibilidades para compelir um dos pais a conviver com os filhos é a imposição de multa prevista nos arts. 497 e ss. do CPC, quando se entende que a convivência é obrigação de fazer, pois é através dela que se concretizam inúmeros deveres decorrentes da autoridade parental, como a educação e a criação. No entanto, critica-se a solução na medida em que induz à monetarização das relações familiares e nem sempre o convívio imposto será melhor para o filho. Embora a multa tenha sido prevista como penalidade ao genitor alienador pelo art. 6º, III, da Lei 12.318/2010 (acabando com o argumento de que as relações familiares seriam misturadas às questões financeiras), sua função nesses casos é de coação para o cumprimento das cláusulas de convivência estabelecidas judicialmente (por acordo, decisão interlocutória ou sentença). (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2020, p. 318).

O valor pecuniário da multa diária não é o foco a execução, em verdade é apenas o meio disponível para tentar se conseguir a realização da obrigação de fazer, assim, tal medida tem como fim "constranger o devedor a não inadimplir, ou seja, a cumprir a obrigação assumida. E não é de natureza punitiva do inadimplemento" (MIGUEL FILHO, 2006, p. 819).

Consiste basicamente em uma pressão psicológica exercida ao executado, colocando-o perante dois cenários: ou cumpre o comando judicial ou sofrerá a aplicação de multa (*astreinte*) (ASSIS, 2013). "Ou seja, pensa-se na prática coativa de atos materiais que visam a proporcionar a satisfação forçada de uma prestação devida e inadimplida, a conformar o mundo externo à determinação constante no título executivo judicial" (GARJARDONI; et al., 2018, p. 672).

Diferentemente da execução alimentar que possui a possibilidade de utilizar-se a ameaça de prisão (art. 528, § 3º, CPC), bem como os meios expropriatórios (penhora) (art. 528, § 8º, CPC), a execução da convivência familiar somente dispõe deste mecanismo de execução indireta, que é a multa em dinheiro (*astreinte*). (BRASIL, 2015).

Sobre tal questão, Amarilla (2014, p. 205) elenca que:

No que concerne à prática da parentalidade, entende-se que poderá o Estado constranger pais e mães a prestarem todo o apoio material necessário à prole, sempre com vistas na tutela integral dos interesses de crianças e adolescentes. Entretanto, deve-se ressaltar que o suporte material não proverá o prole daquilo que ela mais necessita, pois o vínculo mais profundo e significativo que se pode conceber para um filho quanto ao seu pai e mãe [...].(AMARILLA, 2014, p. 205).

Como bem se sabe, tal ferramenta de coerção acaba por ser ineficaz quando o executado não tem patrimônio a ser penhorado. Sobre este ponto, Assis (2013, p. 176) preceitua acerca desta "falha" que permeia o processo de execução, "[...] e consiste no fato de não induzir ao cumprimento o destinatário da ordem desprovido de patrimônio penhorável". Desta forma, o genitor que se negar a realizar a convivência, se não tiver patrimônio para responder, a fixação de *astreinte* em nada mudará sua atitude, que continuará de inércia em face da criança e/ou adolescente.

O processo não é apenas uma garantia individual, mas também é considerado como um direito fundamental transcendental, que objetivam ações estatais positivas (KNOPFHOLZ, 2011). Quando o processo não alcança o fim que é almejado, fala-se então de um processo executivo infrutífero. Mas ao se colocar um direito fundamental, essencial e estruturante para a pessoa, direito este que é o da convivência familiar, o Estado não pode ficar inerte, sob

pena de violar seus próprios fundamentos. "Compreendem-se, nesta situação, as complexas causas da grave crise presente da função executiva" (ASSIS, 2013, p. 13).

O tratamento simplista que o Judiciário continua dando para as questões relativas à reorganização das relações entre pais e filhos ocasionam uma crise em face da **efetivação dos direitos infanto-juvenis** (GROENINGA, 2009). "É claro que o Poder Judiciário não pode deixar de tutelar os direitos dos detentores de uma pretensão, ou deixar passar em branco os casos de irresponsabilidade parental" (CARDIN; SANTOS; GUERRA, 2015, p. 142). Todavia, esperar que se tenha configurado o abandono afetivo, e conseqüentemente danos irreparáveis a criança e adolescente, e crer que somente as indenizações resolverão os problemas de ordem psíquica e estrutural da pessoa, é uma violação direta a Constituição Federal e aos valores internacionais de respeito e promoção dos Direitos Humanos.

O que se evidencia atualmente é que o processo de cumprimento de sentença, que visa o adimplemento da convivência familiar, possui um tratamento superficial, aplicando-se "remédios" (*astreinte*), que tornam muitas vezes ineficazes em sua aplicação. "O remédio, no entanto, age apenas sobre a ferida, não atacando a causa" (SPENGLER, 2006, p. 51).

A ideologia patrimonialista que marcou a codificação de 1916 ainda se encontra presente no Código Civil de 2002 e reflete diretamente no Código de Processo Civil de 2015, entretanto, esta não pode prevalecer sobre os valores existenciais que emanam da Constituição Federal de 1988, sob pena de acarretar em uma inversão sistemática e axiológica (SCHREIBER, 2016). "As legislações processuais vigentes em nosso ordenamento, inclusive a novel de 2015, têm caráter estritamente patrimoniais e são, em essência, burocráticas, o que inviabiliza uma tutela efetiva destes direitos etéreos" (MEDINA, 2017, p. 40).

Já se encontra pacificado nos tribunais a possibilidade de reparação civil quando constatada a negligência ou recusa ao dever de cuidado. Nesse sentido, o não fazer, a omissão parental reiterada e injustificada no que se refere à convivência familiar por parte do genitor não guardião, poderá constituir motivo de responsabilização por danos morais infringidos ao filho. (BOSCHI, 2005).

Sobre as questões levantadas, Basset (1993) entende que:

Toda acción u omisión violatoria total o parcialmente de los derechos-deberes subjetivos familiares que emergen del vínculo filiatorio, que cause adecuadamente daños, Sean éstos de naturaleza extrapatrimonial o patrimonial, debe obligar a reparar. El derecho no puede permanecer impasible ante una paternidad o maternidad irresponsable, consagrado una inmunidad que ponga a cubierto al progenitor claudicamente de sus deberes, de la obligación, frente al daño causado, de resarcir lo íntegramente, aunque este calificativo se presente em la realidad histórico-vivencial del damnificado como una utopia. (BASSET, 1993, p. 228-229)

Todavia, a indenização pecuniária nestes casos de abandono afetivo, ou ainda a aplicação de multa diária pelo descumprimento do convívio, não deixa de carregar traços de ordem capitalista, "no sentido de que com a condenação, a pessoa aufere um valor para compensar ou amenizar um mal sofrido, fato este que aumenta demasiadamente a demanda judiciária sem, realmente, solucionar o problema" (CARDIN; SANTOS; GUERRA, 2015, p. 142).

O problema que assola a efetividade processual, está relacionado à sua interpretação e aplicação. O Processo é um instrumento a favor do Poder Judiciário para a resolução de

conflitos, e para que este tenha sua efetividade de forma satisfatória, **não se pode deixar de lado que o Processo (e o Direito) é uma identificação cultural, e precisa então ser aplicada a luz do tempo e realidade que se esta** (MÖLLER, 2029). "Vive-se uma verdadeira crise social e jurídica que afeta inúmeras instituições da sociedade, sendo a família a principal atingida por esse fenômeno" (CARDIN; SANTOS; GUERRA, 2015, p. 132).

A forma de tratar o direito de convivência familiar é em sua totalidade inadequada e insuficiente. Demonstrando-se que, os meios técnicos legislados e legalmente possíveis no processo de execução ainda não evoluíram suficientemente para garantir assim, a efetiva tutela jurídica. (ASSIS, 2013).

Compreendendo-se estas questões envoltas a insuficiência processual, nota-se que o processo civil necessita de uma maior abertura cognitiva voltada à para a tutela dos direitos, para que assim consiga responder de forma não simplista as complexidades do mundo. O processo precisa ser observado a partir de sua complexidade e importância, em síntese, possibilitar a este, meios que consiga dar uma resposta satisfatória frente às diversidades sociais que deságuam no judiciário a cada dia. (MÖLLER, 2029).

Resta claro que existe uma limitação dos mecanismos processuais em face da efetivação do regime de convivência familiar estipulado (TARTUCE, 2019). Contudo, tais limitações não podem ser óbice para a efetivação ou pelo menos a tentativa de concretização do direito fundamental da criança e do adolescente.

Desta forma, "o Direito de Família exige rapidez na solução de seus conflitos, pois o dis-sabor suportado pelas partes envoltas a pendenga causa tanta amargura que um processo moroso em nada ajudará, muito pelo contrário" (BEZERRA; SOARES, 2019, p. 72). O acesso à justiça, não abarca somente o seu sentido literal, mas abrange também ter o direito a um devido processo, processo este que precisa respeitar as garantias individuais e ainda consiga produzir uma decisão eficaz. (CASAGRANDE; TEIXEIRA, 2019)

Como já sustentando, é possível a imposição do pagamento de multa diária para o genitor que descumprir com seu dever de convivência, e ainda na fixação de indenização ao genitor que for omissivo as suas obrigações de cuidado, que acabam por violar direitos fundamentais e da personalidade da criança e do adolescente. Contudo, também se sabe que, tais decisões por si só não solucionam os problemas familiares em sua fonte.

Por estes motivos, precisa-se repensar o processo, as medidas coercitivas, bem como a forma de tratamento dos conflitos familiares, ultrapassando a visão patrimonialista predominante na legislação material e processual, para se, ao menos, tentar proteger direitos subjetivos, existenciais e estruturantes da pessoa humana.

3 DA CONCEPÇÃO FILHOCENTRISTA E A NECESSIDADE DE UMA ALTERAÇÃO PROCEDIMENTAL E NORMATIVA

A modificação e reestruturação familiar não apenas mudou a forma de tratamento, mas também colocou a criança e o adolescente no topo, como primeiro e mais importante mem-

bro da família, visando que tenham suas necessidades atendidas de forma integral e satisfatória.

Rompeu-se com a antiga noção de pertencimento (relacionada à propriedade) do genitor (normalmente a figura masculina da relação), ocasionando assim, no reposicionamento dos filhos para o centro de qualquer discussão jurídica (AMARILLA, 2014). Posto isto, “com os novos contornos, traçados a partir do princípio da dignidade humana, a criança e o adolescente passaram a ser percebidos de forma diferenciada no agrupamento familiar” (BRETAS; OLIVEIRA, 2019, p. 47).

Sobre a temática Grisard Filho (2016, p. 46) elucida que: “O que existe é uma uniforme concepção filho centrista, que desloca o seu fulcro da pessoa dos pais para a pessoa dos filhos [...]”. Em outras palavras, a concepção do filho centrista veio a prestigiar o filho dentro desta relação familiar, incumbido aos pais a observância, respeito e promoção dos direitos destes.

Esta nova concepção voltada para as relações familiares se justifica na medida em que os filhos são pessoas vulneráveis, “visto que podem ser oprimidas de diversas formas possíveis, como por exemplo, na falta de exercício da parentalidade responsável retratada pela rejeição ou pela violência intrafamiliar [...]” (MORAES; ROSA, 2017, p. 39). As questões envoltas à proteção da criança e do adolescente passam a ser tratadas como um problema supraindividual e internacionalizado. (MARQUES; MIRAGEM, 2012).

Os princípios voltados para o Direito das Famílias sofreram em sua totalidade uma releitura, voltando-se para a proteção e bem-estar da criança e do adolescente, e de forma subsidiária dos outros membros. Em resumo, os princípios agem como verdadeiras normas impositivas a serem aplicadas em sua maior extensão possível, variando caso a caso.

A aplicação principiológica diante do caso concreto se faz imperiosa e necessária, tendo em vista que, este arcabouço protetivo contribui “para a efetivação do pleno desenvolvimento da personalidade dos membros da família e à proteção de seus direitos da personalidade” (BARRETO; CARDIN, 2007, p. 304). Direitos estes que nos dizeres de Tartuce (2017, p. 153) possuem como objetivo “os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente os atributos específicos da personalidade, sendo *personalidade* a qualidade do ente considerado *pessoa*”.

Compreende-se que os princípios constitucionais mostram um caminho a seguir, limites a serem observados e ainda, um mínimo a ser respeitado diante da ponderação e proporcionalidade, daqueles que são em suma os direitos fundamentais e da personalidade (BARRETO; CARDIN, 2007). Coloca-se que, independe o ramo do direito seja ele público ou privado, todos sofrem influência da Constituição e dos preceitos internacionais de proteção da pessoa humana.

Nesta lógica, o direito processual civil também deve se pautar nos princípios constitucionais voltados à proteção das crianças e adolescentes. Uma vez que os preceitos constitucionais são a base do Estado Democrático de Direito e que objetiva a valorização do ser humano (CAMARGO; JACOB, 2020). “O direito processual, ramo do direito público, é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional” (NERY JUNIOR, 2017, p. 56).

O individualismo exacerbado e a liquidez dos relacionamentos colocam em risco os direitos fundamentais e da personalidade da pessoa vulnerável dentro da relação familiar, pois sem a devida entrega e amparo dos genitores, o filho não conseguirá desenvolver plenamente a sua personalidade, vindo assim, a ensejar um mal para toda sociedade, que somente maximiza esta crise da pós-modernidade. (CARDIN; SANTOS; GUERRA, 2015).

Neste ponto, independe o sentimento que o genitor nutra pelo filho, a convivência familiar é um direito fundamental para o desenvolvimento da criança e do adolescente, logo não pode sua efetivação ficar refém das vontades e desejos subjetivos do genitor não guardião. Tal afirmação se sustenta sob o primado da dignidade humana e atuais valores jurídicos. (MORAES; VIEIRA, 2020).

Como já colocado, a responsabilidade civil aplicada às questões envolvendo o cuidado parental somente prevê a condenação pecuniária, ou ainda, a multa diária aplicada pela inadimplência do convívio regulamentado, que como bem sabe, não repara o dano causado, apenas poderá proporcionar uma amenização do dano, através do pagamento de terapia. “Na perspectiva da plena reparação da vítima, o filho, que teve sua integridade psíquica violada – e, em última instância, a sua dignidade – continua sem nenhum tipo de compensação pelo dano sofrido” (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2020, p. 298). Visto que, o que se almeja é o convívio, o cuidado, o zelo e não dinheiro, quer-se ter um pai e uma mãe, **não números em uma conta bancária.**

Assim, necessita-se de uma atuação jurisdicional muito mais criativa, sensível e capacitada para as resoluções de conflito, mesmo que em fase de execução, visto que, pode o juiz, com fundamento no art. 139 do Código de Processo Civil de 2015, vir a adotar medidas coercitivas atípicas (inciso IV), incentivar a promover a autocomposição (inciso V), ou ainda, determinar, o comparecimento pessoal das partes para tentar entender o motivo de tal resistência no cumprimento da convivência (inciso VIII), entre outras disposições que estão ao seu poder. (BRASIL, 2015).

Sob o tema abordado Bezerra e Soares (2019) elucidam que:

É de extrema relevância que o Poder Judiciário permaneça sempre atuante como ente fiscalizador e protetor dos direitos de família, tendo em vista que qualquer sociedade é estruturada e tem como base para formação do Estado uma família saudável e sem conflitos. Já que os danos causados pela não resolução de litígios entre familiares pode resultar em graves danos irreversíveis à sociedade. (BEZERRA E SOARES, 2019, p. 57)

Enquanto uma lei adequada para o tratamento dos conflitos familiares **não vem, incumbe ao Poder Judiciário** o dever de suprir as falhas legislativas do atual diploma legal (SCHERBAUM; ROCHA, 2018). Este precisa se aparelhar de ferramentas que fazem fortalecer o ordenamento jurídico, tendo como foco a proteção da pessoa e de suas garantias individuais (FERMENTÃO, 2016). Parece que o Judiciário esquece que “o conflito é um mecanismo complexo, derivado da multiplicidade dos fatores, os quais nem sempre estão definidos na sua regulamentação, não sendo, portanto, apenas normatividade e decisão” (SPENGLER, 2006, p. 34).

Nenhum dispositivo normativo, seja de direito material ou processual, deve ter sua interpretação afastada das imposições e limites fixados pela Constituição Federal de 1988 (CAMARGO; JACOB, 2020). Desta forma, coloca-se que, “o aplicador da norma infraconstitu-

cional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto" (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 164).

Sendo necessário romper com antigas concepções e ensinamentos, para que assim, na prática jurisdicional se consiga obter efeitos positivos sobre a realidade (BARROSO; BARCELLOS, 2003). Tendo em vista que, "[...] é somente por meio de uma atuação diferenciada do papel do julgador, a ser obtida por intermédio da atividade hermenêutica, que será possível garantir a efetividade da prestação jurisdicional e a tão almejada 'justiça' nos casos mais complexos" (MEDINA, 2017, p. 84).

Caso se insista na atual formulação processual para o Direito das Famílias, somente se perpetuarão as situações de insuficiência, violações de direitos e danos irreparáveis, principalmente à pessoa vulnerável desta relação, o filho. Bem se sabe que, a solução do conflito familiar no processo de conhecimento somente vem após um longo processo, que normalmente não vem a pacificar as partes, mas pelo contrário, impõe algo que não soluciona, apenas agride (SPENGLER, 2006). "A decisão judicial de mérito carrega o peso da intervenção estatal, é decorrente de excessiva duração do processo, contribui para exacerbar a contenciosidade na coletividade, além de contar com a baixa credibilidade da população" (SILVA; CARACIOLA, 2018, p. 447).

Além disso, é comum que, nas relações familiares, o processo judicial seja apenas a parcela mais aparente de um conflito muito mais amplo e profundo, que não é trazido para os autos. A solução imposta pelo juiz às partes, em tais condições, representará uma nova fonte de disputa, que não raro desencadeará novas medidas judiciais, inclusive para obter o cumprimento forçado da decisão anterior. (GARJARDONI; *et al.*, 2018, p. 1177).

Resta-se claro que ao se tratar de questões familiares, o julgador se encontra limitado tecnicamente para apreciar e vislumbrar todas as nuances que permeiam as partes. Pois normalmente os litígios, em fase de conhecimento ou de execução, possuem uma grande carga de sentimentos e histórias. Por este fato é que, "a interdisciplinaridade impõe então ao operador do direito que, consciente dos seus próprios limites, transcenda sua especialidade, acolhendo contribuições de outras disciplinas" (TOMASZEWSKI, 2004, p. 237). Para que as relações familiares conflituosas possam ser adequadamente captadas e compreendidas, se exige o conhecimento especializado, que o juiz geralmente não possui. (GARJARDONI; *et al.*, 2018).

Sendo assim, colocam-se em evidência os profissionais auxiliares da justiça que atuam nas questões psicológicas e sociais. "Nesse sentido, é indispensável à laboração do psicólogo que mediam aos processos no Direito de Família, contemplando os laços afetivos que serão benéficos na evolução da criança" (PEREIRA; ARAÚJO; RIBEIRO, 2020, p. 10). Serão estes profissionais que irão realmente captar possíveis saídas para a resolução dos conflitos familiares, e a partir dos laudos o juiz poderá conceder uma prestação jurisdicional mais particularizada e efetiva. "E a interdisciplina tem tido papel fundamental neste processo de conscientização da complexidade dos relacionamentos e da multideterminação dos conflitos e impasses" (GROENINGA, 2009, p. 154).

O meio consensual já amplamente difundido tanto na prática como na teoria, é a forma mais adequada de resolução de conflitos de natureza familiar, pois estes contribuem para

que as partes localizem as razões e motivos para as atitudes tomadas, e a partir desta identificação, conseguirem sozinhas solucionar os problemas (TARTUCE, 2019). E ainda, verifica-se que, “meios consensuais são menos impactantes, mais céleres, desburocratizados, e tendencialmente duradouros. Isso por que a composição é alcançada mediante a participação dos interessados, não sendo, pois, imposta coercitivamente” (SILVA; CARACIOLA, 2018, p. 455). Entretanto, em decorrência das constantes situações de conflitos familiares e ofensas aos direitos da criança e do adolescente, é preciso que o legislador brasileiro proporcione uma proteção imediata no que se refere à convivência familiar.

Por estas e outras questões é que o direito deve ser o meio para a realização da justiça, e não apenas ideias legisladas. Para que ocorra efetivamente a justiça, é preciso que se tenha a dignidade humana como seu espelho, objetivo (FERMENTÃO, 2016). Por isso, quando não ocorrer à convivência de forma reiterada e injustificada, se terá a dignidade violada, e imediatamente haverá uma injustiça, que acaba por macular todo o ordenamento jurídico.

Desta forma, Scherbaum e Rocha (2018, p. 15) pontuam que:

O direito em si está em constante movimento. Todos os aspectos da vida em sociedade influenciam na criação do direito, da mesma forma que o direito criado influencia diretamente na sociedade. Sob esse mesmo diapasão, é evidente que o direito que emana da sociedade para a sociedade acompanha os fatos, devendo cumprir com as demandas criadas pela sociedade à qual foi criado. (SCHERBAUM; ROCHA, 2018, p. 15)

Diante disto, é evidente que os avanços da sociedade nacional e internacional, fazem com que se coloque em destaque a necessidade de novos instrumentos eficazes para a efetivação da proteção dos direitos existenciais (CASAGRANDE; TEIXEIRA, 2019). Assim, os direitos e garantias voltados às questões jurisdicionais e seu modo de condução – o processo – devem conseguir acompanhar estes avanços. (KNOPFHOLZ, 2011).

Em vista disto, é claro que os litigantes ao se socorrem do Poder Judiciário, possuem certas expectativas em face deste, sendo elas: (a) que seja formulada uma regra jurídica concreta, demonstrando como deverá se dar esta relação – qual deles tem razão; (b) a possibilidade de se fazer valer a regra jurídica imposta ao “vencido”, caso este não cumpra voluntariamente; e ainda (c) em situações que demandam certa urgência, a prestação jurisdicional seja rápida e satisfatória (ASSIS, 2013). “A prestação jurisdicional é a essência e a finalidade do Poder Judiciário, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Com ela, o Poder Judiciário se encarrega de resolver lides e conceder tutelas, com o intuito de promover a justiça e a paz social” (FERIATO; MARCH, 2019, p. 300).

O Processo Civil e sua efetividade são necessários à concretização dos diversos direitos fundamentais e da personalidade conferidos às pessoas por intermédio do ordenamento jurídico. Uma lei será mera declaração de intenções se não existirem meios que assegurem o seu devido cumprimento (FERIATO; MARCH, 2019). Em nada adianta a Constituição Federal de 1988, vir a garantir direitos, se, na prática, o Poder responsável, o Judiciário, se encontra desacreditado e ineficiente. (CASAGRANDE; TEIXEIRA, 2019).

Os veículos procedimentais adotados tanto na resolução de conflitos envolvendo direito patrimonial e direito existencial são os mesmos, não existindo distinção. Existe uma nítida deficiência estrutural na legislação processual. “E as medidas executivas, que representam o núcleo das formas de atuação dos direitos, caem na obsolescência” (ASSIS, 2013, p. 13).

Esta falha faz com que a efetivação do direito à convivência familiar se torne irrealizável. Pois não existe legislado ou ainda um norte para que o julgador “force” o genitor a cumprir com o convívio.

Posto isso, “[...] é necessário superar a ideia de que a perda do poder familiar é a única sanção possível para o genitor que não cumpre os deveres da paternidade” (TARTUCE, 2019, p. 433). Pois esta “sanção” está mais para um prêmio, eximindo o genitor de seus deveres. Afinal, a família é e sempre foi à entidade social responsável pelo desenvolvimento e estruturação da personalidade dos novos cidadãos (CARDIN; SANTOS; GUERRA, 2015), não podendo mais se aceitar posturas omissas, negligentes e danosas voltadas para os filhos. Ambos os genitores são responsáveis, e quando um não cumpre com seu dever, cabe ao Estado fazê-lo cumprir, mesmo que forçosamente.

Com base no exposto, o que se propõe para solucionar as demandas envolvendo o direito à convivência familiar e outros tantos conflitos de natureza familiar, é a implementação de um sistema processual específico, visto que, não se é mais possível continuar com o atual, que mais acaba por violar direitos do que tutelá-los. O atual diploma processual tende a tratar conflitos de natureza restritamente patrimoniais e não existenciais. (MEDINA, 2017).

A necessidade de uma legislação processual específica para os conflitos familiares é de extrema urgência, visto as peculiaridades destes conflitos, e ainda a insuficiência do atual código no tratamento destes. Assim, para que ocorra efetividade no processo de cumprimento de sentença da convivência familiar, é necessária a implementação de meios adequados para tal fim. Sendo apenas possível a **proteção da criança e do adolescente** quando criados mecanismos que consigam, de fato, solucionar os litígios envolvendo-as e não inflamá-los ainda mais.

Seria conveniente que a nova legislação processual adotasse como medida coercitiva para este tipo de obrigação, além das patrimoniais já existentes. Pensando-se na possibilidade da determinação de seu cumprimento sob pena de incidir no crime de desobediência (art. 330 do Código Penal de 1940) e conseqüentemente na prisão de 15 (quinze) dias a 06 (seis) meses do genitor executado, e ainda, na aplicação de multa (BRASIL, 1940). Além disso, de forma suplementar e análoga, prever em seu corpo legal que o juiz terá que determinar o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial tanto do genitor que se nega em realizar a convivência, como da criança e/ou adolescente, nos mesmos moldes do art. 6 da Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010 que trata sobre a alienação parental.

A formulação de uma legislação processual voltada para o Direito das Famílias, não objetiva violar o princípio da mínima intervenção estatal, nem mesmo ditar uma fórmula pronta e engessada para todas as famílias no que se refere à criação dos filhos. “Porém, um Estado mínimo não significa desconsideração às pessoas, antes, respeito às suas capacidades individuais, como as faces de uma mesma moeda” (GRISARD FILHO, 2010, p. 72).

Cabe ao Estado coibir as agressões a direitos voltados à proteção da dignidade humana, sendo esta a própria razão de existir o Estado – proteção da pessoa, e principalmente dos vulneráveis (FERMENTÃO, 2016). “Para propugnar a concretização de uma paternidade responsável, é essencial que haja instrumentos que signifiquem para o violador do ordenamento uma forma de sanção” (TARTUCE, 2019, p. 433).

Nas palavras de Boschi (2005, p. 213) "O que se perdeu e o que se deixou de ganhar em termos de amor, carinho, atenção ou assistência não poderá jamais ser restituído". Assim, com esta frase, levanta-se a urgência de mecanismos processuais que efetivamente garantam de forma satisfatória, o cumprimento do direito à convivência familiar, evitando-se a configuração de dano, e conseqüentemente da necessidade de reparação civil por abandono afetivo, e ainda promovendo uma melhora em toda sociedade.

4 CONCLUSÕES

A criança e adolescente são pessoas vulneráveis na medida em que se encontram em um estágio delicado de desenvolvimento. Vislumbrando tal vulnerabilidade a Constituição Federal de 1988 entendeu necessária a proteção desta pessoa, e incumbiu à família, à sociedade e ao próprio Estado na tutela da população infantojuvenil.

Diante dessa proteção, o direito à convivência familiar se mostra como principal direito fundamental desta pessoa em desenvolvimento, pois será por intermédio deste direito que todos os outros irão se realizar. É pela convivência que a pessoa do filho, aprende, cresce e se desenvolve. Sendo assim, um direito principalmente do filho e não dos pais, para esse se consubstancia muito mais como um dever moral, mas principalmente legal, em fazer, realizar a convivência quando não mais existe o vínculo afetivo entre os genitores. Separam-se os pais mais não estes de seus filhos.

Assim, no momento em que existe uma negligência parental, uma omissão no cumprimento da convivência devidamente regulamentada em título executivo judicial, faz-se possível se falar em uma execução forçada. Todavia, o diploma legal que regulamenta o processo civil possui um viés patrimonialista e não existencial, impondo certas limitações ao julgador, que se vê apenas na possibilidade de aplicação de multa diária (*astreinte*) como medida coercitiva.

Bem se sabe que, quando inexistente patrimônio em nada adianta a aplicação de multa. Desta forma, conclui-se que existe uma insuficiência processual na tutela deste direito fundamental da criança e do adolescente. Precisando-se urgentemente de uma releitura das medidas coercitivas, bem como na condução do processo de cumprimento de sentença, e até mesmo anteriormente, na regulamentação da convivência familiar.

Ciente que existe um problema na tratativa dos conflitos familiares, e que os métodos autocompositivos são a verdadeira salvação para a resolução destes conflitos que em sua grande maioria são de natureza existencial. É responsabilidade tanto do Poder Legislativo como do Judiciário promover cada vez mais estes métodos, de forma adequada e satisfatória, afim de, fomentar o diálogo e não o litígio, que objetiva a resolução de fato do problema e não apenas tratá-lo de forma superficial e inadequada.

Todavia, também cabe a estes mesmos órgãos dar uma solução imediata e em certa medida eficaz para as questões envolvendo o direito à convivência familiar. Podendo-se pensar assim, na possibilidade do Judiciário vir a adotar como medida coercitiva a prisão do genitor não-guardião que não cumprir com a convivência, tendo como fundamento o crime

de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, bem como determinar que este genitor e a prole, passem por acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, tendo como objetivo restabelecimento da comunicação e efetivação do direito à convivência familiar.

É evidente a necessidade de uma legislação própria para tratar sobre os conflitos familiares, desde a fase de conhecimento até o processo de execução. Tendo como premissa a proteção e promoção dos direitos infantojuvenis.

No que se refere ao direito à convivência familiar, bem se sabe que, o tempo perdido e os danos causados pela não convivência familiar não são reparáveis com indenização. Por isto **é preciso se pensar em formas** de evitar o dano, de efetivar a convivência familiar, mesmo que inicialmente forçada, a fim de resgatar este genitor ausente, e promover a sua conscientização sobre seus deveres, e assim, a parentalidade responsável.

REFERÊNCIAS

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. *Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo*. Curitiba: Juruá, 2016.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARRETO, MaíraDe Paula; CARDIN, Valéria SilvaGaldino. Os princípios gerais de direito, os princípios de direito de família e os direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 7, n. 1, p. 277-308, 2007. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/527>. Acesso em: 09 maio. 2020.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de direito administrativo*, v. 232, p. 141-176, 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690>. Acesso em: 09 maio 2020.

BASSET, Lidia N. Makianich de. *Derecho de visita*. Buenos Aires: Hammurabi, 1993.

BEZERRA, Eudes Vitor; SOARES, Marcelo Negri. Aplicabilidade da tutela antecipada ou cautelar (liminares) no direito de família: instrumentos para a solução dos conflitos familiares. In: MARCÉN, Ana Gascón; [et. al.] (coords.). *Direito Civil, de família e constitucional e Gênero, sexualidade e Direito*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. p. 56-75. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Vol-21-dir-civil-de-familia-e-consti-genero-sexualidades-e-direito.pdf#page=57>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 mar.2020.

BRASIL. [Constituição [1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. *Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 mar.2020.

BRETAS, Hugo Rios; OLIVEIRA, Valéria Edith de. O poder familiar em uma visão sistêmica, a partir de um diálogo entre o público e o privado: legitimidade da "palmada" e seus impactos no direito de família e no direito penal. *Meritum*, revista de Direito da Universidade FUMEC, v. 14, n. 1, 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6038>. Acesso em: 16 jun. 2020.

CAMARGO, Carolina Leite de; JACOB, Muriel Amaral. Uma releitura do princípio do acesso à justiça a partir dos novos parâmetros trazidos pelo código de processo civil de 2015. *Revista Jurídica Luso-Brasileira [RJLB]*, ano 6, n. 2, p. 207-231, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/2/2020_02_0207_0231.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

CARDIN, Valeria Silva Galdino; SANTOS, Andréia Colhado Gallo Grego; GUERRA, Marcela Gorete Rosa Maia. Dos reflexos da crise do direito liberal na atualidade quando do exercício da parentalidade responsável. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, v. 14, n. 23, p. 131-148, 2015. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/1526. Acesso em: 08 maio 2020.

CASAGRANDE, Jéfferson Ferreira; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. O papel do poder judiciário na contemporaneidade e seu reflexo na dignidade da pessoa humana. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 12, n. 2, p. 375-396, 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/155>. Acesso em: 06 jun. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; TORRES, Marcio Roberto. Direitos Fundamentais e as Relações Privadas: Superando a (Pseudo) Tensão entre Aplicabilidade Direta e Eficácia Indireta para Além do Patrimônio. *Revista Jurídica*, v. 53, n. 4, p. 326-356, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3222>. Acesso em: 08 maio 2020.

FERIATO, Juliana Marteli Fais; MARCH, Giovanna Rosa Perin de. A eficiência nas decisões das tutelas de urgência no Novo CPC para a efetivação dos direitos da personalidade. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 13, n. 41, p. 297-317, 2019. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/614>. Acesso em: 05 jun. 2020.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Análise filosófica sobre o princípio da dignidade humana como uma nova teoria de justiça. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 16, n. 3, p. 877-896, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5211>. Acesso em: 08 maio 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; [et al.]. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função Social da Família e Jurisprudência Brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008, p. 181-201.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões da separação*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GROENINGA, Gisele Câmara. Guarda compartilhada – a efetividade do poder do poder familiar. In: COLTRO, Antônio Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 149-170.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito de família, direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos: correlação entre o ser familiar e o ser humano. *Argumentum Journal of Law*, v. 19, n. 2, p.

319-329, 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/609/292>. Acesso em: 13 maio 2020.

JABUR, Gilberto Haddad. O afeto (ou sua falta) na formação dos filhos: do dever à reponsabilidade. *Argumentum Journal of Law*, v. 20, n. 3, p. 1.107-1.120, 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1210>. Acesso em: 13 maio 2020.

KNOPFHOLZ, Alexandre. As dimensões do processo: análise à luz dos direitos fundamentais. *Revista Jurídica - Unicuritiba*, v. 26, n. 10, p. 9-35, 2011. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/168>. Acesso em: 03 jun. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, Valéria Julião Silva. *Processo de família e o novo CPC: prática processual versus direito material*. Curitiba: Juruá, 2017.

MIGUEL FILHO, Raduan. O direito/dever de visitas, convivência familiar e multas cominatórias. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais de IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 811-819.

MÖLLER, Guilherme Christen. O código de processo civil de 2015 e os tempos hipermodernos do processo e da jurisdição. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, v.5, n. 1, p. 81-101, jan/jun., 2029. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdiacao/article/view/5534/pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MORAES, Carlos Alexandre; ROSA, Letícia Carla Baptista. A (in)vulnerabilidade das crianças que advém da realização do projeto homoparental. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (org.). *Democracia, cidadania e os direitos da personalidade: uma releitura contemporânea*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2017, p. 36-54.

MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente?. *Revista Jurídica Luso-Brasileira [RJLB]*, ano 6, n. 1, p. 733-758, 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-6-2020-n-1/203>. Acesso em: 20 fev. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PEREIRA, Irving Rahy de Castro; ARAÚJO, Marcella Bezerra; RIBEIRO, Maura Rayanna dos Santos. A importância do psicólogo no processo de direito de família: Um estudo sobre a alienação parental. *Revista Encantar-Educação, Cultura e Sociedade*, v. 2, p. 01-13, 2020. Disponível em: <http://www.revistas.uneb.br/index.php/encantar/article/view/6080>. Acesso em: 05 jun.. 2020.

SCHERBAUM, Júlia Francieli Neves; ROCHA, Leonel Severo. A constitucionalização no direito de família no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro [RECONTO]*, v. 1, n. 1, p. 1-21, 2018. Disponível em: <http://revistareconto.com.br/index.php/Reconto/article/view/62>. Acesso em: 13 maio. 2020.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-23.

SILVA, Priscilla Nascimento; CARACIOLA, Andrea Boari. Jurisdição contemporânea, meios alternativos de solução de conflitos e propriedade intelectual. *Meritum*, Revista de Direito da Universidade FUMEC, v. 13, n. 2, p. 445-457, jul./dez., 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6431>. Acesso em: 16 jun. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. Uma nova abordagem dos conflitos sociojurídicos por meio do Direito Fraterno. *Revista Direito em Debate*, v. 15, n. 26, jul./dez., p. 33-56, 2006. Disponível em: <https://200.17.87.11/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/676>. Acesso em: 02 jun. 2020.

STRANGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Fundamentos do Direito Civil – vol. 6: Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Separação, violência e danos morais*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

Recebido/Received: 21.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTRUMENTO DE CORREÇÃO DE INJUSTIÇAS NO CASO DE VIOLAÇÃO À PROTEÇÃO DE DADOS PELA FUNÇÃO JURISDICIONAL

CIVIL RESPONSIBILITY AS A WAY TO CORRECT
INJUSTICES IN CASE OF VIOLATION TO DATA
PROTECTION BY THE JUDICIARY

DANÚBIA PATRÍCIA DE PAIVA¹

RESUMO

É assente na doutrina clássica e na jurisprudência que apenas nas hipóteses previstas na legislação específica e na Constituição Federal é admitida a responsabilidade civil do Estado que decorre da função jurisdicional. Todavia, reconhecido que a proteção de dados pessoais é direito fundamental, deve-se conjecturar a responsabilidade do Estado em relação aos atos judiciais para além dessas hipóteses. O Judiciário busca se adequar, a partir da tecnologia, para o desenvolvimento de sua atividade. Ao mesmo tempo, todavia, precisa preservar a privacidade dos cidadãos. Trata-se de uma realidade complexa que deve ser entendida pelos operadores do Direito, buscando-se a melhor interpretação normativa a atender ao interesse público e à proteção de dados.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do Estado. Proteção de Dados Pessoais. Judiciário.

ABSTRACT

In the doctrine and jurisprudence, only in cases provided for in specific legislation and in the Federal Constitution, is the State's civil liability arising from the jurisdictional function allowed. However, as the protection of personal data is a fundamental right, one must think about the State's responsibility in relation to judicial acts beyond these assumptions. The Judiciary seeks to adapt itself, by technology, for the development of

¹ Advogada e Professora. Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade PUC/MINAS (2020). Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC (2015). Graduada em Direito pela UFMG (2007) e em Gestão Pública e Direito Administrativo pelo UNI/BH (2004). Possui Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil pela UNIDERP (2010) e em Direito do Estado pela Universidade Cândido Mendes (2019). Professora na Escola Superior de Advocacia da OAB, na Universidade FUMEC e na Faculdade ALIS. Produtora de conteúdo sobre Direito Digital na página @direitonoponto do Instagram. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1247-5882>. E-mail:

Como citar esse artigo/How to cite this article:

PAIVA, Danúbia Patrícia de. *A responsabilidade civil como instrumento de correção de injustiças no caso de violação à proteção de dados pela função jurisdicional*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 31-51, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8271>.

its activity. At the same time, it needs to preserve citizens' privacy. It is a complex reality, which needs to be understood by the operators of the law, seeking the best interpretation of the law to meet the public interest and data protection.

KEYWORDS: *State civil liability. Protection of Personal Data. Judiciary.*

INTRODUÇÃO

A questão relativa ao armazenamento, compartilhamento e divulgação de dados pessoais é de essencial interesse dos Estados. Por isso, muitas leis surgiram com a finalidade de regulamentação da matéria.

No Brasil, recentemente, criou-se a Lei de n. 13.709/2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Segundo o artigo 1º da LGPD, a lei tem o objetivo de "proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural" (BRASIL, 2018).

Há outras normas e princípios constitucionais que igualmente tratam do tema. A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527), o Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965), o Código de Defesa do Consumidor, e entre outras, prevalecendo em todas elas a orientação de que devem ser vislumbradas restrições no tratamento de dados pessoais, bem como maior controle no uso desses.

A utilização dos dados pessoais impõe a ideia de vigilância e segurança, sendo relevante considerar as consequências jurídicas que podem advir diante de vazamentos ou má utilização dos dados pessoais.

O Judiciário, no exercício da função jurisdicional, tem acesso a diversas espécies de dados pessoais. São documentos de identidade, CPF, passaporte, título de eleitor e outros extremamente sensíveis.

O artigo 5º, inciso II da LGPD prevê que dado pessoal sensível é todo dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Trata-se de espécies de dados que abrem margem para discriminação, podendo ser utilizados para prejudicar de alguma maneira as pessoas, criando preconceitos (BRASIL, 2018).

A problemática, contudo, está na acessibilidade destes dados por terceiros, na medida em que ao se tornarem públicos pelos processos, podem ser utilizados para despertar ações preconceituosas, podendo violar a dignidade da pessoa humana, por vezes de forma definitiva, permitindo discriminação (FRAZÃO, p.34, 2019).

O Judiciário convive, portanto, com um grande desafio: o de informar toda a sociedade dos processos judiciais e julgamentos e, ao mesmo tempo, o de preservar a privacidade dos jurisdicionados.

No que se refere à responsabilidade e ao ressarcimento por violação às normas de proteção de dados, o artigo 42 da LGPD traz a previsão de que o controlador ou operador dos

dados que, em sua atividade, causar dano a outrem, está obrigado a repará-lo, o que é traduz uma “repetição” da regra geral de responsabilização do Código Civil (arts. 186 e 927) (BRASIL, 2002).

Diante disso, nota-se que a LGPD é genérica, não mencionando, de forma expressa, como a lei deve ser aplicada aos serviços do Judiciário.

O presente artigo vem tratar deste tema, considerando a possibilidade de responsabilidade civil do Estado na hipótese de dano grave provocado pelo Judiciário em razão de violação às normas de proteção de dados.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, proferiu decisão histórica, ao reconhecer, expressamente, o direito fundamental à proteção de dados pessoais, ao suspender a aplicação da Medida Provisória 954/2018, que obrigava as operadoras de telefonia a repassarem ao IBGE dados identificados de seus consumidores de telefonia móvel, celular e endereços (BRASIL, 2020).

Os Ministros do STF, antes mesmo da inclusão deste direito no texto constitucional, já consideram a proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo, que se diferencia da proteção à intimidade e privacidade, uma vez que o objeto protegido é distinto².

A importância do direito fundamental à proteção de dados pessoais e a influência atual do Judiciário no contexto social brasileiro são determinantes para ressaltar a relevância da responsabilização, garantindo, a aqueles afetados pela prestação jurisdicional, o direito ao ressarcimento, considerando os objetivos e os fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

O Estado tem como dever indenizar todo aquele que, por ato ou omissão, sofrer prejuízos. Assim, é essencial perquirir uma forma de compatibilizar a função judicial, a proteção de dados pessoais e o direito ao ressarcimento no caso de dano.

Nesse ponto, é um desafio adequar as regras da proteção de dados com o interesse público e o acesso à justiça, sobretudo porque, como já ressaltado, o Judiciário também se utiliza de dados sensíveis, sujeitos a condições especiais de tratamento.

Para analisar a problemática acima identificada, considerou-se, como referencial teórico, obras e artigos científicos, bem como questões pragmáticas, principalmente diante do pouco desenvolvimento teórico e inédito sobre o tema.

Em linhas introdutórias, a expectativa é que este estudo seja útil à comunidade jurídica e à sociedade, delimitando o assunto e aprofundando nas questões centrais, a fim de contribuir para a construção de uma análise conforme os ditames do Estado Democrático de Direito.

2 Para outras informações acerca dos vícios de inconstitucionalidade suscitados da MP 954, há um artigo no Jota: Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-encruzilhada-da-protecao-de-dados-no-brasil-e-o-caso-do-ibge-23042020>. Acesso em 04 mar. 2020.

1 O PROBLEMA DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

O Código de Processo Civil de 2015, no artigo 143, I e a Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), no artigo 49, I, prescrevem que o magistrado responderá por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude (BRASIL, 2015).

Ademais, nos termos do inciso II do artigo 143 do CPC, caso recuse, omita ou retarde, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte, também pode o juiz vir a ser responsabilizado. Contudo, essas hipóteses somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias (BRASIL, 2015).

Já a Constituição da República prevê a responsabilização do Estado pelo erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença, conforme artigo 5º, inciso LXXV (BRASIL, 1988).

Em hipóteses diversas das apresentadas acima, na doutrina clássica e na jurisprudência, a regra é a da irresponsabilidade do Estado, a partir de vários argumentos empregados.

Os adeptos da tese da irresponsabilidade, argumentam, primeiramente, que as decisões judiciais estão sujeitas a recurso.

Assim, disponibilizado à parte referido instrumento para que esta se proteja das “injustiças” cometidas no processo, seria dispensável a discussão, em outra ação, da decisão ou de eventual responsabilidade judicial.

O argumento empregado é o de que as decisões judiciais são normalmente sujeitas a recurso e que o recurso constitui exatamente o instrumento regular e suficiente das partes para protegerem-se contra injustiça judiciária (CAPELLETTI, 1989, p. 27).

Todavia, deve-se observar que o recurso não se apresenta como meio hábil a permitir às partes a possibilidade plena de instrução probatória, disponível na hipótese de uma ação judicial de responsabilidade civil.

Além disso, o recurso pode não reformar uma decisão eventualmente irregular e, quando não mais cabível, irá permitir que esta, já com o caráter de coisa julgada, não mais seja passível de discussão. Sobre a questão, Cappelletti também ressalta:

Mas, uma vez que a decisão do juiz, não mais se sujeita a recurso, torna-se definitiva, adquire a autoridade de coisa julgada [...]. Ainda que, por hipótese, errônea de fato ou de direito, a decisão passada em julgado cria a sua própria “verdade” e o seu próprio direito; ela *facit jus*. E a conclusão é que a responsabilidade civil sequer pode ser reconhecida, dado que dita responsabilidade pressupõe o ato contrário ao direito, o “*damnuminiuriatum*”, iniúria que, por princípio, não pode derivar da decisão que *facit jus*.” (CAPELLETTI, 1989, p. 27).

Argumenta-se, ainda, a irresponsabilidade judicial absoluta porque o ato do juiz é considerado ato do Estado, protegido pelo princípio da legitimidade, verificando-se uma acentuada relação de dependência dos juízes perante o Executivo (CAPELLETTI, 1989, p. 25).

Entretanto, o princípio da presunção de legitimidade, presente nos atos estatais, não se mostra idôneo para afastar a responsabilidade civil em relação aos atos judiciais, já que, há muito, abandonou-se o princípio da irresponsabilidade geral do Estado no exercício de atividades.

Observa-se que há outro argumento, apresentado por Mauro Capelletti, também historicamente empregado para afastar a responsabilidade, qual seja, o de autoridade da coisa julgada nas decisões judiciais.

A força do princípio da coisa julgada, em particular, não está nos ditames de uma lógica abstrata, mas apenas nos fins ou valores que os sistemas jurídicos intentem perseguir mediante aquele princípio. É geralmente reconhecido que tal fim ou valor se encontra na paz social e na certeza do direito: a decisão judiciária, prescindindo do fato de que seja ou não correta (de fato e de direito), deve em determinado ponto dar fim ao litígio" (CAPELLETTI, 1989, p. 29).

O princípio da coisa julgada (*res judicata facit jus*) tem relação com a ideia de soberania do poder estatal, o que mais especificamente se revela na tese de independência dos juízes (CAPELLETTI, 1989, p. 24).

Contudo, no modelo "*responsive*", que não admite a sua negação total, há um esforço "em realizar o equilíbrio entre independência e responsabilidade-controle social, com o fim de evitar, ao mesmo tempo, a sujeição e igualmente o fechamento e o isolamento da magistratura" (CAPELLETTI, 1989, p. 10).

Nestes termos, a premissa é a seguinte: onde há poder deve haver responsabilidade.

Assim, em uma sociedade organizada racionalmente, há uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. Os juízes exercitam um poder. E "um poder não sujeito a prestar contas representa patologia" (CAPELLETTI, 1989, p. 18).

[...] parece fora de dúvida que um sistema de governo liberal-democrático - um sistema, pois, que queira garantir as liberdades fundamentais do indivíduo em um regime de democracia social, como é previsto na Constituição Italiana - é sobretudo aquele em que exista razoável relação de proporcionalidade entre poder público e responsabilidade pública, de tal sorte que ao crescimento do próprio poder corresponda um aumento dos controles sobre o exercício de tal poder. Esta correlação é inerente ao que se costuma chamar de sistema de pesos e contrapesos, *checks and balances* (CAPELLETTI, 1989, p. 18).

Prosseguindo nesta análise, deve-se considerar que a "imunidade" dos juízes, prevista em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, constitui um problema de equilíbrio entre os valores garantia e independência, conforme demonstrado por Mauro Capelletti:

[...] o problema da imunidade dos juízes é, mais precisamente, o problema - menos absoluto e mais pragmático, de limites da responsabilidade, vale dizer, um problema de equilíbrio entre o valor de garantia e instrumental da independência, externa e interna dos juízes, e o outro valor moderno (mas também antigo, como se viu). do dever democrático de prestar contas (CAPELLETTI, 1989, p. 33).

Ao citar TROCKER, o referido autor ressalta o seguinte:

Como escreveu Trocker, [...] "o privilégio da substancial irresponsabilidade do magistrado não pode constituir o preço que a coletividade é chamada a pagar, em troca da independência dos seus juízes" (CAPPELLETTI, 1989, p. 33).

Por essas razões, vê-se que a imunidade e a independência devem ser vistas não como conceitos capazes de anular os valores democráticos, a exemplo do que já ocorre em relação à responsabilidade de outros agentes que exercitam o poder público.

A singular função jurisdicional não pode ser pretexto para a irresponsabilidade, em especial à luz do Estado Democrático de Direito.

Não pode sustentar a irresponsabilidade estatal no fato de ser o exercício da função judiciária uma 'manifestação da soberania' (seria justificá-la na máxima *regalengathe king can do no wrong*). A idéia de soberania não se contrapõe à de responsabilidade do Estado, que também se submete ao Direito. Por outro lado, se se admitisse o argumento, o Estado também seria irresponsável por atos do Executivo, o que, hoje, não mais se admite (seja na doutrina seja na jurisprudência) (DERGINT, 1994, p. 227).

O Judiciário tem a missão tradicional de aplicar a lei ao caso concreto, controlar os demais "poderes", proteger os direitos fundamentais e garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito.

O modelo de irresponsabilidade diante de atos judiciais não coaduna com os princípios da Constituição da República.

Se por um lado é certo que o Estado não deve responder indiscriminadamente em hipóteses nas quais não contribuiu de qualquer modo para o advento do dano; por outro, não se pode negligenciar o fato de que sua atuação tem como pressuposto a proteção e o respeito aos direitos da coletividade, tornando inadmissível sua irresponsabilidade nos casos em que esta sirva como instrumento de perpetuação de injustiças e de violação dos princípios fundamentais do Direito (SILVA, p. 11, 2002).

Portanto, é essencial a criação de um modelo de responsabilidade jurídica, que encontre equilíbrio entre a independência assegurada à carreira de magistrado e a responsabilidade pelo exercício de uma função estatal.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTRUMENTO DE CORREÇÃO DE INJUSTIÇAS NO CASO DE VIOLAÇÃO À PROTEÇÃO DE DADOS PELA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Dentre os direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República está o acesso à justiça.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça é "o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos" (CAPPELLETTI, 1988, p. 12).

A partir do exposto, é possível concluir que o impedimento doutrinário de responsabilização pela via judicial viola o acesso à justiça, sendo abusivo impedir que lesões às esferas jurídicas dos cidadãos por atos judiciais sejam passíveis de ressarcimento.

Cumpra ressaltar que, em relação aos atos estatais exarados pelo Executivo, aplica-se, sem ressalvas, a denominada Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, prevista na Constituição de 1988, no § 6º do art. 37.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Segundo referido dispositivo, as pessoas jurídicas de direito público têm responsabilidade objetiva por danos causados por seus agentes.

A responsabilidade objetiva do Estado representa a obrigação do Estado de indenizar, independentemente de culpa, no exercício de suas atividades (funções), os danos ocasionados por quaisquer de seus agentes, em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, respeitadas as excludentes legais e futuro direito de regresso.

Neste ponto, vale ressaltar que os atos considerados funcionais, administrativos, atípicos à função de julgar, como por exemplo, medidas tomadas para administração e funcionamento do Judiciário, se significarem dano a terceiros, de maneira assente na doutrina e jurisprudência nacional, podem gerar a responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

A responsabilidade do Estado se restringe aos danos causados por funcionários administrativos, nessa qualidade, a terceiros; não responde o Estado por possíveis danos, oriundos de decisões ou atos judiciais errados, segundo a doutrina já aceita e consagrada pela jurisprudência dos tribunais (STOCO, 1996, p. 414).

Para além dos atos de natureza administrativa, alguns doutrinadores defendem que, apesar de ser possível a responsabilização estatal, esta seria cabível apenas nos casos expressos em lei, como já registrado no presente artigo.

Yussef Cahali, todavia, repudia tal argumento:

Não procede o argumento de que o Estado somente responde por atos judiciais nas hipóteses expressamente declaradas em lei, que, assim, representariam exceções a uma pretensa imunidade do Estado - igualmente sem correspondência legal. De qualquer forma, o princípio da responsabilidade estatal encontra-se consagrado, textualmente, em regra constitucional (art. 37, § 6.º, CF/1988 (LGL\1988\3)), aplicável aos atos danosos executivos, legislativos e judiciais. Não se pode dizer que existe uma lacuna no sistema jurídico. Mesmo se houvesse, ela não eximiria o juiz de julgar, devendo ele

recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (CAHALI, 2007, p. 512).

Apesar da presente discussão não ser nova, observa-se que a responsabilidade civil em face de danos decorrentes de atos do Judiciário ainda não foi acolhida pela legislação ou mesmo pelo próprio Judiciário, conforme salienta Marcus Paulo Queiroz Macedo.

Como adverte Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 225), "é impossível falar sobre a responsabilidade estatal por atos judiciais sem polemizar", uma vez que "a doutrina brasileira dominante defende a tese da responsabilidade; no entanto, ela ainda está no plano puramente teórico, porque não foi acolhida quer no âmbito da legislação, quer no âmbito do Poder Judiciário" (DI PIETRO, 1994, p. 86). No mesmo sentido, aduz Ruy Rosado do Aguiar Júnior (1993, p. 6): "a idéia da responsabilidade estatal por ato jurisdicional pouco avançou na lei e na aplicação dos Tribunais, apesar do hoje majoritário apoio da doutrina, preponderantemente favorável à sua plena incidência". Com efeito, esta responsabilização já é defendida há muito no país, tendo por posições seminais as de Juary C. Silva (1965), José Cretella Jr. (1970) e Aguiar Dias, o qual, ainda sobre a égide da Constituição de 1946, afirmou (2006, p. 864): "Qualquer que seja o papel do Judiciário, o certo é que os Juízes são servidores do Estado e agem em seu nome. E a Constituição, ao cogitar da responsabilidade do Estado não permite indagação senão sobre a relação de causalidade entre o dano e o serviço público, não devendo haver privilégio para impunidade de um dano causado por ato classificado pelo próprio Judiciário como ilegalidade manifesta" (MACEDO, 2008, p. 229).

Contudo, verifica-se que a não adoção da teoria da responsabilidade estatal é ainda mais grave atualmente, em que se nota um papel central do Judiciário, considerado como protagonista do cenário político e social, e diante da inclusão da tecnologia a serviço do Judiciário.

Paralelamente à maior participação do Judiciário, surgiu a implementação do processo em meio eletrônico, a intensificar cada vez mais a utilização da tecnologia para a manutenção das atividades jurisdicionais.

Sem se deslocar de seu escritório, pode o advogado, a partir de cadastro realizado junto ao Judiciário, ajuizar ações, realizar consulta de peças processuais, se manifestar e receber intimações.

Neste caso, os advogados precisam se cadastrar, pessoalmente, nos sistemas judiciais eletrônicos, "momento em que criarão um identificador e uma senha de acesso ao sistema, bem como criarão uma assinatura digital, a qual possibilitará a realização dos atos processuais com a máxima segurança, máxima autenticidade e máxima celeridade" (CARVALHO, 2010).

A virtualização do procedimento judicial também se verifica em outras situações, como por exemplo, na "telessustentação" ou sustentação oral à distância. Nesse "telecomparecimento", o advogado acompanha a sessão de julgamento à distância, nela intervindo, mesmo que não tenha fisicamente comparecido.

Contudo, em tempos de "big data", não há dúvida de que, todos aqueles que possuem bancos de dados de informações de outras pessoas, tem o dever de promover formas de controle, tutela e adequado gerenciamento desses dados, a fim de não comprometerem direitos dos cidadãos.

O termo “Big Data” descreve não só a tecnologia apropriada para a captura de dados, como também o crescimento, a disponibilidade e o uso exponencial de informações estruturadas e não estruturadas que circulam pela Internet (SIMÃO FILHO; SCHWARTZ, 2018, p. 217).

A existência de plataformas de base tecnológicas de geração, recepção e transmissão de dados que serão processados, analisados e transformados em algoritmos é um fenômeno que funciona como base neste conceito de Big Data, a caracterizar a Quarta Revolução Industrial.

Pelo menos duas revoluções tecnológicas estão diretamente ligadas ao gênero do que se convencionou denominar de quarta revolução industrial, qual seja: a revolução dos negócios baseados em dados decorrente da constatação e utilização de novas fontes de dados gerados por meios sociais e pelo crescimento da telefonia móvel e sistemas digitais diversificados de captação da informação e imagens, com potencial para modificar por completo o processo tradicional de geração de valor de uma companhia. A boa aglutinação destes dados, em uma base digital adequada, pode gerar conhecimentos adicionais sobre o interesse, as paixões as afiliações, redes e relações do usuário, além de elementos de fidelização de tal ordem que se otimize ao infinito o processo de captação e prospecção de clientela, e a outra revolução decorrente da implantação da Internet das Coisas (SIMÃO FILHO; SCHWARTZ, 2018, p. 224-225).

Neste ponto, há questão essencial a ser considerada, qual seja, a privacidade do cidadão, sobretudo diante das constantes preocupações quanto à sua violação com a evolução da sociedade da informação. Sobre essa nova realidade, defende Laura Schertel Mendes:

Em uma sociedade conectada, a proteção de dados não é mais um direito entre tantos, mas um elemento essencial para a manutenção da confiança dos cidadãos nas estruturas de comunicação e informação, bem como para o necessário fluxo de dados e inovação dele decorrente. Como regulação de uma ordem comunicacional e informacional, que é por definição multidimensional, a proteção de dados tem como objetivo equilibrar os direitos de proteção, de defesa e de participação do indivíduo nos processos comunicativos (MENDES, 2020).

A proteção da personalidade na sociedade digital deve considerar, ainda, a capacidade de desenvolvimento interacional do indivíduo, isto é, a capacidade de progresso da pessoa humana, que apenas se desenvolve por meio de outras pessoas, o que reforça a necessidade de proteção da privacidade.

De um lado, contudo, há uma preocupação com a defesa da privacidade dos indivíduos, travando-se intensas discussões sobre vazamentos de dados, públicos e privados; de outro, há a necessidade de se verificar a existência de interesse público relacionado àquele cidadão, relevante para a comunidade.

Assim, como compatibilizar o interesse público das informações processuais com o direito à privacidade?

Inicialmente, deve-se ter em mente que também o Judiciário deverá atender à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (BRASIL, 2018).

A referida lei dedica um capítulo com nove artigos (Capítulo IV) exclusivamente para abordar o tema “Tratamento de Dados Pessoais pelo Setor Público”, indicando a integração com a Lei de Acesso à Informação.

Assim sendo, da mesma forma que as instituições privadas devem observar uma finalidade específica para a realização do tratamento de dados pessoais, também a pessoa jurídica de direito público deve adotar a finalidade pública e o interesse público específicos para a realização de tratamento de seus dados.

Verifica-se, então, que caberá ao Judiciário a garantia de que o uso dos dados segue os propósitos especiais que concernem à execução das funções daquele órgão e, ao mesmo tempo, a ponderação entre a necessidade da publicidade das informações e os direitos dos titulares.

Os artigos 25, 26 e 27 da LGPD encarregam-se de descrever como e quando pode ocorrer o compartilhamento dos dados pessoais geridos pelo setor público. (BRASIL, 2018)

Os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à propósitos legítimos, expressos e previamente definidos, quais sejam, execução de políticas públicas, prestação de serviços públicos, descentralização da atividade pública e de disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral.

Em regra, a transferência dos dados pessoais às entidades privadas é vedada. A ressalva ocorre nas situações em que os dados são acessíveis publicamente; quando houver previsão legal ou a transferência for respaldada em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; ou que a execução de um serviço ou medida o exigir. Excepciona-se também na hipótese de a transferência dos dados objetivar, exclusivamente, a prevenção de fraudes e irregularidades, ou proteger e resguardar a segurança e a integridade do titular dos dados, desde que vedado o tratamento para outras finalidades.

O artigo 27 determina ainda que deve existir consentimento do proprietário dos dados para que eles possam ser compartilhados entre a Administração Pública e algum ente privado, com algumas exceções (BRASIL, 2018).

Já o artigo 31, prevê que os órgãos públicos estão sujeitos às medidas administrativas específicas; em virtude disso, cabe à autoridade nacional garantir que medidas cabíveis e proporcionais sejam adotadas quando da violação do tratamento de dados pessoais nos órgãos públicos (BRASIL, 2018).

Completa essa ideia a determinação do artigo 32, que anuncia a necessidade de as instituições públicas preverem o impacto de privacidade no âmbito da administração pública, o que por certo terá grande consequência, pois exigirá diversas políticas públicas para adequação e conformidade do setor público à nova regulamentação (BRASIL, 2018).

A partir da lei, vê-se também que as sanções administrativas a que se submetem os entes públicos são mais brandas do que aquelas a que se submetem os entes privados, sendo estabelecidas no §3º do artigo 52. De um exame do referido artigo, embora não se tenha a punição de multa para entidades públicas, sanções como o bloqueio dos dados pessoais podem causar grande impacto na atuação pública (BRASIL, 2018).

Feitas essas considerações, não há dúvida de que o Judiciário deverá respeitar a LGPD, sob pena de se criar uma legislação eficaz apenas para o setor privado, sem observância para o setor público, que possui o maior volume de dados armazenados.

A partir disso, o Conselho Nacional de Justiça criou, através da Portaria 63/2019, um grupo de trabalho destinado a elaborar estudos e propostas sobre políticas de acesso às bases de dados processuais dos tribunais, em especial quando há finalidades comerciais. Segundo o ministro Dias Toffoli, a preocupação principal é com “a cautela que se deve guardar quanto ao acesso irrestrito a informações relevantes sobre o cidadão” (RACANICCI, 2019).

Na mesma linha dos outros “poderes”, o CNJ publicou, após a realização desses estudos prévios, a Recomendação 73/2020, com orientações para adequação de todos os órgãos do Judiciário, instituindo um padrão nacional de proteção de dados pessoais existentes nas suas bases (BRASIL, 2020).

Sobre a importância da regulação deste tema, são as orientações de Yuval Noah Harari:

Assim, faríamos melhor em invocar juristas, políticos, filósofos e mesmo poetas para que voltem sua atenção para essa charada: como regular a propriedade de dados? Essa talvez seja a questão política mais importante da nossa era. Se não formos capazes de responder a essa pergunta logo, nosso sistema sociopolítico poderá entrar em colapso (HARARI, p. 110-111).

O processo jurisdicional é público por força do disposto no inciso LX do artigo 5º dispõe que: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL, 1988).

Essa publicidade acaba alcançando também os dados pessoais que possam constar nas ações judiciais, que, em razão do artigo 7º, §4º, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais são tornados manifestamente públicos por seus titulares (BRASIL, 2018).

Por tal razão, há dificuldade para mensurar os impactos decorrentes do exercício da função jurisdicional em relação à proteção de dados, principalmente no que se refere à abrangência dos danos passíveis de serem verificados, bem como em relação à ilicitude da conduta estatal.

Entretanto, é certo que eventual criação de embaraços e constrangimentos burocráticos – ou mesmo a restrição da consulta aos processos pelas partes – não vai eliminar riscos de vazamentos e o acesso a documentos pessoais.

Apesar disso, importa destacar que, em relação aos processos jurisdicionais, não há dúvida de que o Estado e a sociedade podem ter direito, como regra geral, ao conhecimento do “outro”, mas somente se houver necessidade. Do contrário, é preciso preservar ao máximo a privacidade dos cidadãos, em observância à tutela constitucional da intimidade e proteção dos dados.

A exposição dos dados pessoais precisa ser medida, a fim de permitir o controle dos atos jurisdicionais e atender ao princípio da publicidade, sem se tornar excessiva, a ponto de configurar exposição sensacionalista ou sem propósito.

Neste ponto, cumpre trazer algumas considerações de Laura Mendes sobre a tutela constitucional do direito à proteção de dados:

Avançando, então, em seus contornos, pode-se dizer que o direito fundamental à proteção de dados enseja tanto um direito subjetivo de defesa do indivíduo (dimensão subjetiva), como um dever de proteção estatal (dimensão objetiva). Na dimensão subjetiva, a atribuição de um direito subjetivo ao cidadão acaba por delimitar uma esfera de liberdade individual de não sofrer intervenção indevida do poder estatal ou privado. A dimensão objetiva representa a necessidade de concretização e delimitação desse direito por meio da ação estatal, a partir da qual surgem deveres de proteção do Estado para a garantia desse direito nas relações privadas. Isso significa que os atos do Estado passam a ser controlados tanto por sua ação, como também por sua omissão (MENDES, 2020).

Ademais, é possível que a exposição possa causar dano significativo ao titular dos dados, o que precisa ser conjecturado e analisado, segundo as normas do ordenamento jurídico já existentes, considerando, ainda, uma interpretação coerente com o Estado Democrático de Direito.

No que tange à responsabilidade civil e ao ressarcimento, o artigo 42 da LGPD traz a previsão de que controlador ou operador dos dados que, em sua atividade, causar dano a outrem, está obrigado a repará-lo. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro (art. 43) (BRASIL, 2018).

A LGPD, em seu artigo 6º, prevê ainda o princípio da responsabilização e prestação de contas, ficando registrado ser ônus do agente demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e a sua eficácia. Se não demonstrar, no caso de danos decorrentes de violação de segurança dos dados, responderá aquele que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 da mesma lei, der causa aos danos (BRASIL, 2018).

Sobre o dever de observar a legislação de proteção de dados e de segurança, o artigo 44 é claro ao expor que o tratamento de dados pessoais será irregular a considerar algumas circunstâncias relevantes, entre as quais, o modo pelo qual é realizado; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado (BRASIL, 2018).

Nota-se que os dispositivos da LGPD são gerais, não mencionando expressamente como a lei deve ser aplicada aos serviços do Judiciário. Trata-se de mera repetição da regra geral de responsabilização civil do Código Civil, presente nos artigos 186 e 927 (BRASIL, 2002).

Neste ponto, ao não tratar especificamente da responsabilidade civil de entidades ou órgãos públicos, a Lei deixa ao intérprete a tarefa de proceder à integração do sistema protetivo.

A Constituição da República traz a teoria da responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo, no art. 37, § 6º (BRASIL, 1988).

À mingua de regramento específico sobre a matéria, deve-se admitir a invocação da referida norma para ensejar a responsabilização do Estado por atos lícitos e ilícitos, sob o

fundamento de que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, toda a atuação jurisdicional se submete ao próprio Direito, sendo referido dispositivo princípio geral da responsabilidade civil do Estado.

Doutrina majoritária defende se tratar de teoria a permitir a adoção de causas excluídas da responsabilidade do Estado, quais sejam, culpa da vítima, culpa de terceiros, caso fortuito ou força maior, sendo afastada a teoria do risco integral, que não admite tais excluídas (CARVALHO FILHO, 2007, p. 498-499).

De forma majoritária, admite-se, ainda, a aplicação da Responsabilidade Objetiva na hipótese de ato comissivo (ação). Há divergência existe, todavia, no que se refere aos atos omissivos, quando se aplica, para alguns autores, a Responsabilidade Subjetiva.

Doutrina mais conservadora afirma que quis o legislador constituinte originário prever o cabimento da regra do citado dispositivo apenas para os atos comissivos. Ao revés, outros doutrinadores afirmam a tese em sentido contrário, propugnando a aplicação da responsabilidade objetiva para atos comissivos e omissivos. A polêmica decorre da presença do verbo "causarem" na redação do artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

Segundo Luiz Carlos Figueira de Melo e José Luiz de Moura Faleiros Júnior:

No que diz respeito à dita divergência, de um lado, posiciona-se a corrente doutrinária capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Rui Stoco, dentre outros autores, que sustentam que a responsabilidade civil do Estado deve seguir a teoria subjetiva nas condutas omissivas, sendo imprescindível a comprovação do elemento culpa ('faute') para sua configuração. Numa outra vertente, minoritária, contrapondo-se à tese subjetivista, tem-se a corrente liderada por Hely Lopes Meirelles, Celso Ribeiro Bastos, Odete Medauar, Álvaro Lazzarini, Weida Zancaner Brunini, Yussef Said Cahali, dentre outros, advogando a tese de que o Estado, em face do disposto no artigo 37, §6º, da Constituição da República, deve responder objetivamente pelos danos causados a terceiros, seja por ação ou omissão, enfocando ambas as modalidades de conduta como possíveis causas do dano (FALEIROS JÚNIOR; MELO, 2019, p. 100).

A responsabilidade subjetiva é aquela originária da Administração pelo mau funcionamento do serviço, funcionamento retardado ou em razão da sua inexistência, cuja decorrência deve ser concretamente avaliada e analisada. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho:

A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou. A doutrina, então, cognominou o fato como culpa anônima ou falta do serviço (CARVALHO FILHO, 2007, p. 489).

Nessas hipóteses, trata-se de responsabilidade subjetiva, uma vez que fundada na culpa anônima do serviço. É mister acentuar que apenas se presume a culpa do Estado quando o serviço funcionou tardiamente ou não funcionou (ANDRADE, 2005, p. 29).

Vale consignar que para aqueles que entendem que a responsabilidade estatal é sempre objetiva, independentemente de ter sido causada por ação ou omissão estatal, a responsabi-

lidade para os atos, ainda que lícitos, deve considerar a solidariedade social ou princípio da igualdade.

A solidariedade social (ou princípio da igualdade) é para compensar eventual desigualdade criada pela própria atividade estatal e se justifica na medida em que todos os membros devem concorrer para a reparação do dano. Discorre sobre esta hipótese Celso Antônio Bandeira de Melo:

Com efeito: a ordem jurídica pode prever e prevê o eventual contraste entre dois interesses, ambos valiosos e ambos merecedores de tutela e proteção. Prevê igualmente solução nestes casos. Se um interesse público não pode ser satisfeito sem o sacrifício de um interesse privado, também tutelado, a solução normativa ditará a preponderância do primeiro, nos casos em que deva prevalecer, sem, contudo, ignorar ou menoscabar a proteção do interesse privado a ser atingido. Estabelece-se, então, um dever de indenizar àquele cujo direito foi sacrificado a fim de poder-se realizar outro interesse maior. Vale dizer: opera-se uma conversão do direito atingido em sua equivalente expressão patrimonial (MELO, 2003, p. 853).

Por outro lado, para aqueles doutrinadores que diferenciam a aplicabilidade da responsabilidade subjetiva ou objetiva a depender tratar de atos omissivos ou comissivos, corrente com a qual se filia, é importante assinalar que as situações de funcionamento anormal ou funcionamento defeituoso do serviço público jurisdicional é hipótese de denegação da justiça, significando atividade estatal omissiva (DIAS, 2004, 195).

Nestes casos, deve-se defender a adoção da teoria subjetiva de responsabilidade, cunhada no direito francês, que está configurada a partir da culpa anônima do serviço público.

O mau funcionamento da justiça pode resultar da culpa de seu agente, determinado e individualizado, ou da culpa anônima, simples falta do serviço.

O acúmulo do trabalho, cujo ingresso não pode ser controlado, a insuperável falta de Juízes e servidores e a falta de segurança ou de recursos suficientes (inclusive tecnológicos) são fatores determinantes do funcionamento anormal, sem que se possa precisar aquele a quem se deve imputar a falta. Para o lesado, basta demonstrar a falha do serviço, o dano e o nexos causal.

O mau funcionamento corresponde à hipótese mais genérica de denegação da justiça. É caracterizada, normalmente, por uma ilegalidade processual que pode ocorrer em qualquer plano, por ação do agente no desempenho de função processual, do que serve de exemplo o excessivo cumprimento da pena (art. 5º, LXXV, da Constituição) (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 49-50).

Para os atos de caráter ativista, ainda que lícitos, a responsabilidade será objetiva, ocasião em que, como já defendido, deve se valer o intérprete da solidariedade social ou do princípio da igualdade. Neste ponto, vale ainda gizar que, para os atos lícitos, não é necessário individualizar o dolo ou a culpa.

Em suma, nas hipóteses de estudo propostas, a responsabilidade civil por ato decorrente da função jurisdicional, ainda que lícito, comissivo ou omissivo, é viável através do artigo 37, §6º da CR/88. No caso de ato comissivo, lícito ou ilícito (ocasião em que deve se valer o intérprete do princípio da igualdade), pela aplicação da teoria do risco administrativo,

em caráter objetivo; no caso de ato omissivo e ilícito, pela aplicação da responsabilidade subjetiva por culpa administrativa (BRASIL, 1988).

Feitas essas considerações, o próximo passo será investigar atos jurisdicionais em que é passível a aplicação da teoria da responsabilidade civil do Estado.

Cumpra registrar, por relevante, que a teoria do Risco Administrativo, afinada à corrente majoritária da doutrina já apresentada, defende que o nexo causal e conseqüentemente a responsabilidade civil do Estado não é estendida a qualquer caso em que haja comprovado o prejuízo, sendo possível desconsiderar o dever de indenizar quando estiverem presentes as excludentes de responsabilização.

Na hipótese de causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade quanto aos atos judiciais, exemplifica Aguiar Júnior:

São causas exonerativas da responsabilidade do Estado: a) quando o dano decorre com exclusividade da ação dolosa ou culposa da parte (deixando de fazer prova, prestando esclarecimentos inexatos, omitindo-se nos atos a que deve comparecer, conluindo-se com a outra parte, induzindo testemunhas, retendo ou extraviando autos, deixando de praticar atos de seu dever, corrompendo os que participam da cena judiciária, etc.). Se há concorrência de culpas, a responsabilidade do Estado será atenuada na proporção de sua participação causal; b) decorrer o dano de má interpretação dada pelo Juiz à lei. Os conceitos indeterminados ('mulher honesta', 'motivo relevante', 'interesse público', etc.) e as cláusulas gerais (nestas devendo o Juiz estabelecer previamente qual a norma de conduta que deveria ter sido observada para o caso, como no art. 159 do CC), deixam ao Juiz largo espectro decisório, cuja opção deve ser admitida enquanto não arbitrária, isto é, enquanto fundamentada dentro do sistema jurídico vigente; c) resultar o dano de força maior, pois é uma causa estranha ao serviço, ordinariamente imprevisível em sua produção e sempre absolutamente irresistível. O caso fortuito, por ser um evento interno, diretamente conectado com o funcionamento do serviço mas com causa desconhecida, não isenta de responder o Estado pelo mau funcionamento do serviço. Enquanto na força maior a causa do dano é externa, inexistindo nexo de causalidade entre a ação do Juiz ou do serviço e o resultado, no caso fortuito a causa é a falta do serviço, ainda que desconhecida; d) ter sido o dano produzido por terceiro, cujo resultado não incumbia ao Estado evitar, nas circunstâncias do fato; e) o Estado de necessidade defensivo, quando o perigo foi criado pelo lesado, que assim sofre o dano resultante da ação necessária do Estado para afastar o perigo. Nos demais casos não há exclusão: 'O estado de necessidade pré-exclui a ilicitude, não a responsabilidade' (AGUIAR JÚNIOR, 1993, p. 51-52).

Esclarece-se que nas hipóteses de omissão quanto ao dever de prevenção e segurança em relação aos dados pessoais dos jurisdicionados, o presente estudo adota o posicionamento de que é aplicável a responsabilidade pela falta do serviço, que decorre do não funcionamento ou do funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento do serviço que o Judiciário deveria prestar.

Como ressaltado, a responsabilidade será objetiva para atos judiciais de caráter ativista, ainda que lícitos; será, contudo, subjetiva, para o caso de ato omissivo e ilícito, como o descrito acima.

É imperioso gizar que a LGPD, em seu artigo 6º, prevê ainda que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os princípios da segurança e da prevenção (BRASIL, 2018).

O primeiro princípio se refere à utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; o segundo, prega a adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais (BRASIL, 2018).

A violação destes princípios deve permitir a configuração de dano moral ou material ao jurisdicionado passível de indenização quando o mau funcionamento do Judiciário lhe causou o dano grave.

Entretanto, defende-se que a situação danosa causada pelo exercício da função judicial lícita não pode implicar, necessariamente, uma responsabilidade solidária do Estado e do magistrado; antes, implica uma responsabilidade direta e exclusiva do primeiro, considerando a responsabilização do juiz apenas se, no exercício do seu *munus*, atue com dolo ou fraude.

Assim, o ato jurisdicional típico, se lesivo, deve empenhar a responsabilidade civil do Estado, prescindindo-se da configuração da responsabilidade pessoal do magistrado, que é mais restrita.

Isso porque deve ser restrita a possibilidade de responsabilização pessoal dos juízes pelos danos consequentes ao exercício da função jurisdicional, diante da preocupação em se resguardar sua imprescindível independência.

Na verdade, um certo grau de imunidade acaba se prestando a garantir ao magistrado o desempenho de suas funções com plena autonomia, em proveito dos jurisdicionados.

Mas, como já defendido, há de se buscar um equilíbrio entre essa independência e a chamada responsabilidade-controle e sanção perante a sociedade, de modo a permitir o direito ao ressarcimento.

Ademais, deve-se ressaltar que não se está aqui a defender que todo e qualquer ato de divulgação de dados pelo Judiciário seja condenável. Apenas diante do acentuado grau de violação dos direitos à privacidade e intimidade é que se deve permitir a responsabilização.

A título de exemplo, pode-se considerar o caso da criança de 10 anos que engravidou após ser sofrer uma série de estupros pelo tio, iniciados desde os seus 6 anos de idade, em São Mateus, no Espírito Santo.

Após o Tribunal de Justiça do Espírito Santo conceder à criança o direito previsto na lei de interromper a gravidez, movimentos conservadores buscaram informações no processo sobre onde a infante seria submetida ao procedimento para interromper a gestação. Seus dados pessoais também foram coletados e indevidamente divulgados nas redes sociais, o que culminou em protestos em frente ao hospital, chamando a vítima do crime de "assassina" (ANGELO, 2020).

É cediço que o artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, o que abrange a

prevenção da imagem, da identidade, autonomia, valores, ideias e crenças, espaços e objetos pessoais (BRASIL, 1990).

O estatuto também estabelece como dever da família, da comunidade e da sociedade em geral, especialmente do poder público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

No caso acima narrado, além do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o direito ao respeito e à dignidade da criança foram violados com a divulgação das informações processuais e sigilosas.

Neste caso, também foram violados os princípios da segurança e da prevenção, que devem reger todas as atividades de tratamento de dados pessoais, porquanto a lei estabeleceu, em relação a esses delitos, como regra obrigatória, o segredo de justiça. O artigo 234-B do Código Penal enuncia que "os processos em que se apuram crimes definidos neste Título [Crimes Contra a Dignidade Sexual] correrão em segredo de justiça" (BRASIL, 1940).

Conforme lições de Julio Fabbrini Mirabete e de Renato N. Fabbrini sobre o artigo:

Embora a regra seja a da publicidade dos atos processuais, a Constituição Federal admite o sigilo necessário à defesa da intimidade (art. 5º, LX) e o Código de Processo Penal autoriza a decretação do segredo de justiça para a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido (art. 201, § 6º). Nos crimes sexuais, além do dano decorrente da própria infração, havia de suportar a vítima, via de regra, também os malefícios da exposição pública de sua intimidade decorrente da instauração do processo penal. Com essa finalidade, a lei estabeleceu, em relação a esses delitos, como regra obrigatória, o segredo de justiça. Não se permite ao juiz, nesses casos, a mesma discricionariedade que lhe faculta a lei processual. Embora se refira a lei somente ao processo, o sigilo deve alcançar o inquérito policial, incumbindo à autoridade policial e ao juiz a adoção nos autos de providências necessárias à preservação da intimidade da vítima. (MIRABETE; FABBRINI p.1612).

Em casos deste jaez, em que a pessoa é identificada a partir de dados colhidos em processos jurisdicionais que deveriam correr sob sigilo, esta, ao sofrer diversos ataques da própria sociedade, como apontamentos preconceituosos, violação de seu direito à locomoção, de expressão, de participação, sofre dano grave passível de indenização.

Nestes casos, o preconceito e a discriminação deixariam à margem este indivíduo, o que somente foi possível a partir de um ato ilícito, ainda que omissivo do Estado, em relação ao registro do processo judicial e ao seu andamento, sendo passível a adoção da responsabilidade objetiva.

Presente, portanto, a relação de causa e efeito entre o comportamento estatal e o dano, o dano qualificado ("dano jurídico"), que ultrapassa os incômodos e sacrifícios razoáveis, toleráveis ou exigíveis pelo indivíduo.

Cumprido ressaltar que, no Estado Democrático de Direito, não se está autorizado a suprimir ou violar direitos fundamentais. A aplicação da responsabilidade no caso de violação à proteção de dados pela função jurisdicional é um importante instrumento de correção ou redução de injustiças e da violação aos princípios fundamentais do Direito.

Portanto, é necessário definir o adequado cumprimento dos direitos dos cidadãos, compatibilizando-os com o interesse público de divulgação de dados em processos, principalmente diante da possibilidade de dano grave no caso de vazamentos ou divulgação de informações pessoais presentes em ações judiciais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficiência do Judiciário a partir do uso da tecnologia depende de suplantar os desafios técnicos e jurídicos sobre privacidade e proteção de dados pessoais, permitindo maior adaptação dos institutos do processo à preocupante era virtual.

Trata-se de uma realidade complexa e dinâmica, que precisa ser entendida pelos operadores do Direito, atendendo aos direitos e princípios fundamentais da Constituição, o que somente é possível se forem consideradas a proteção de dados pessoais, a privacidade e a intimidade.

O presente trabalho apresenta como problema a aplicação da responsabilização pelo Estado em relação aos atos judiciais para além daqueles expressamente previstos no texto constitucional.

A responsabilidade civil por ato judicial comissivo ou omissivo, ainda que lícito, é viável através do artigo 37, §6º da CR/88. No caso de ato comissivo, lícito ou ilícito (ocasião em que deve se valer o intérprete do princípio da igualdade), pela aplicação da teoria do risco administrativo, em caráter objetivo; no caso de ato omissivo e ilícito, pela aplicação da responsabilidade subjetiva por culpa administrativa.

Assim, presentes o nexo causal e o dano grave, deve ser permitido ao cidadão se utilizar de mecanismos jurídicos que possibilitem o ressarcimento.

A aplicação da responsabilidade no caso de violação à proteção de dados pela função jurisdicional é um importante instrumento de correção ou redução de injustiças e da violação aos princípios fundamentais do Direito.

Se por um lado é certo que o Estado não deve responder indiscriminadamente, também certo é que na hipótese de danos graves a sua responsabilização garante uma atuação com fulcro na proteção e no respeito aos direitos da coletividade na sociedade da informação.

De tudo o que foi dito, observa-se que argumentos de irresponsabilidade não justificam que o Judiciário se afigure, de forma isolada, do resto da organização estatal, em especial, diante da evolução e do aumento considerável de sua atuação na sociedade moderna.

Ademais, a partir das exigências do Estado Democrático de Direito, a regra deve ser a responsabilidade do Estado por danos decorrentes da prestação jurisdicional, sendo a irresponsabilidade a exceção.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Érico. *Responsabilidade civil do estado e o direito de regresso*. São Paulo: IOB, 2005.
- ANGELO, Tiago. Privacidade e Dignidade: Dados pessoais de criança que engravidou após estupro devem ser retiradas do ar. *Conjur*. 17 Ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-17/informacoes-crianca-engravidou-estupro-sair-ar> Tiago Angelo. Acesso em: 24 ago. 2020.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os fundamentos da responsabilidade civil do estado. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. vol. 6, p. 63 – 76, Out. 2011.
- BRANT, Cássio Augusto Barros. *Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei 12.965/2014*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 31 Dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 jan. 2019.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 13 Out. 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicao-demotivos-149193-pe.html>. Acesso em: 22 jan. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 maio 2020.
- BRASIL. *Lei nº. 8069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 Jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 04 ago. 2020.
- BRASIL. *Lei nº. 8078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 Set. 1990. Disponível em [Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em 04 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm . Acesso em: 16 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 12.527*, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 2 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 24 Abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Diário Oficial da União, Brasília, 15 Ago. 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 17 set. 2020.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Recomendação 73. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3432>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CARVALHO, Ricardo Motta Vaz de. O impacto do processo judicial eletrônico no direito contemporâneo. In: *Encontro Nacional do CONPEDI*, 19., 2010, Fortaleza. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 4121-4133. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4128.pdf>. Acesso em: 27 Jan. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. RT, São Paulo: RT, ano 83, v. 710, p. 225-230, dez. 1994.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; MELO, Luiz Carlos Figueira de. A responsabilidade civil objetiva do Estado por atos omissivos: realidade ou apenas tendência?. *Revista Publicum*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 92- 110, 2019.

FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel. Acesso à justiça para além de Cappelletti e Garth: a resolução de disputas na era digital e o papel dos métodos online de resolução de conflitos (ODR) na mitigação da crise de justiça do Brasil. In: *Direito, Processo e Tecnologia*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020, p. 203/218.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção de dados pessoais- Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o Século 21*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

MACEDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes de atos oriundos do poder judiciário. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, vol. 35, 2008.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Laura. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. jota.info. Fonte: Jota: Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020#_ftn13. Acesso em: 28 set. 2020.

MENDES, Laura. Habeas Data e Autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Código Penal Interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.1612.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. Vol. 854, p. 11 – 37, 2006.

KRAMMES, A. G. *Workflow em processos judiciais eletrônicos*. São Paulo: LTr. 2010.

RACANICCI, J. (27 de maio de 2019). jota.info. Fonte: Jota: www.jota.info/justica/cnj-normas-dados-pessoais-tribunais-27052019. Acesso em: 28 set. 2020.

STF. (2018). *Supremo Tribunal Federal*: www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencialInternacional/aneos/BJI5DI-REITOAOSQUECIMENTO.pdf. Acesso em: set. 2020.

ROQUE, André. A tutela coletiva dos dados pessoais na lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n. 2, p. 1-19, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/42138/30270>. Acesso em: 28 set. 2019.

SILVA, Daniele Maciel da. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais no Brasil*, Trabalho apresentado como parte do relatório do Programa Institucional de Iniciação Científica - PIBIC/CNPq. 2002/2003.

SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Big Data em tempos de internet das coisas. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.); GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). *Direito, Tecnologia e Inovação*. V. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. Cap. 2.2, p. 217-246.

STOCO. Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

STOCO. Rui. Responsabilidade civil do estado por obras que realiza. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. Vol. 6. p. 605 – 638. Out. 2011.

STOCO. Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, H. *et al. Novo CPC - Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THIBAU, V. L. Teoria do processo democrático e técnica probatória. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

VELLOSO, A. A. *El garantismo procesal*. Rosario: Editorial Librería Juris, 2010.

Recebido/Received: 15.10.2020.

Aprovado/Approved: 15.12.2020.

A LEGITIMIDADE AD CAUSAM PARA OS INTERDITOS POSSESSÓRIOS CONTRA MOLÉSTIAS DA POSSE PRATICADAS NO SISTEMA TIME-SHARING

LEGITIMACY FOR REPOSSESSION AGAINST DISSEISIN
PRACTICED IN THE TIME-SHARING SYSTEM

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE¹
JOÃO VICTOR PEREIRA CASTELLO²
JULIA DE CARLI BAIÔCCO³

RESUMO

Trata-se de pesquisa que questionou e investigou como é a tutela da posse no caso de esbulho, turbação e ameaça praticados contra coproprietário no regime de multipropriedade (*time-sharing*) dos arts. 1.358-B a 1.358-N do Código Civil. Para isso, a pesquisa trabalhou com duas situações hipotéticas: a primeira é o caso de moléstia praticada por terceiro, ou seja, por pessoa estranha ao negócio jurídico de multipropriedade; e a segunda diz respeito à possibilidade de a moléstia ser praticada por um dos coproprietários contra outro em específico ou contra todos os demais. Para confirmar a hipótese, a pesquisa precisou discutir, preliminarmente, sobre a possibilidade ou não de desdobramento da posse (direta e indireta) no *time-sharing*, demonstrando que há sim essa possibilidade, tanto no viés teórico quanto no prático. Para alcançar esses objetivos, a pesquisa procedeu a uma revisão bibliográfica qualitativa para, dedutivamente, confirmar a hipótese de desdobramento da posse e de moléstia praticada entre coproprietários.

PALAVRAS-CHAVE: Multipropriedade. Esbulho possessório. Interditos possessórios. Legitimidade ativa. Liminar possessória.

- 1 Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direito Processual) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Coordenador dos Grupos de Pesquisa "Desafios do Processo" e "Medicina Defensiva" (PPGDIR/UFES); Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7148335865348409>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3604-7348>. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.
- 2 Mestrando em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Desafios do Processo". ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0003-0074-5363>. E-mail: joaov.castello@hotmail.com.
- 3 Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Desafios do Processo". E-mail: judecarlib@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; CASTELLO, João Victor Pereira; BAIÔCCO, Julia de Carli. *A legitimidade ad causam para os interditos possessórios contra moléstias da posse praticadas no sistema time-sharing*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 52-72, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8109>.

ABSTRACT

It is a research that questioned and investigated how is the protection of possession in the case of disseisin practiced against co-owners in the time-sharing regime of arts. 1.358-B to 1.358-N of the Civil Code. For this, the research worked with two hypothetical situations: the first is the case of a disseisin practiced by a third party, that is, by a person outside the time-sharing contract; and the second concerns the possibility of the disseisin being practiced by one of the co-owners against another specifically or against all the others. To confirm the hypothesis, the research had to discuss, preliminarily, about the possibility or not of the split of possession (direct and indirect) in time-sharing, demonstrating that there is such a possibility, both in theoretical and practical bias. In order to achieve these objectives, the research carried out a qualitative bibliographic review to deductively confirm the hypothesis of the split of possession and disseisin practiced among co-owners.

KEYWORDS: Time-sharing. Disseisin. Repossession. Legitimacy. Possessory injunction.

1. INTRODUÇÃO

Esta é uma pesquisa que objetiva averiguar como se dá a tutela interdital possessória no regime de multipropriedade, especificamente sobre os direitos de multipropriedade instituídos pela Lei nº. 13.777/18, a qual acrescentou ao Código Civil os arts. 1.358-B a 1.358-N. Se alcançado esse objetivo, o resultado será a solução de dúvidas não apenas quanto à legitimidade *ad causam* na tutela possessória, mas também permite compreender a incidência do regime jurídico da posse sobre a multipropriedade. A pesquisa constatou que há poucos trabalhos que tratam especificamente da multipropriedade no seu aspecto possessório.

O manejo adequado da tutela interdital proporciona evidente vantagem ao tutelado que poderá ser beneficiado com o eventual deferimento de liminar *inaudita altera pars* na ação possessória de força nova. Para tanto, parte-se do direito material, fazendo-se necessário uma abordagem conceitual e teórica sobre as moléstias da posse aplicada sobre o regime de multipropriedade que inova com a divisão da propriedade em frações temporais, em vez do tradicional conceito de divisão de propriedade em frações espaciais.

A problemática se evidencia exatamente diante da peculiar divisão da propriedade em frações temporais, pois implica, conseqüentemente, no modo e no momento que os multiproprietários exercem a posse. Por conseguinte, surgem dúvidas na ocorrência de conflitos possessórios, especificamente no que tange a possibilidade de moléstia entre os multiproprietários, bem como na hipótese em que o exercício da posse de um coproprietário é limitado por terceiro (*penitus extraneus*), na qual indaga-se quem seria a parte legítima para figurar no polo ativo da ação possessória.

A partir da análise do desdobramento da posse, foi possível encontrar a resposta para o problema apresentado, de forma que, teoricamente, os multiproprietários estarão na posse da coisa, seja diretamente, enquanto exercem o domínio pleno sobre a coisa enquanto a utilizam durante o período pré-estabelecido, bem como quando não exercem poder diretamente sobre a coisa, pois seriam titulares da posse indireta.

Não obstante, enquanto titulares da posse indireta, os multiproprietários devem abster-se de utilizar o imóvel, em obediência ao período pré-estabelecido na convenção existente entre os multiproprietários. Assim, se os multiproprietários são sempre possuidores, eles

poderiam sofrer moléstia a qualquer tempo, portanto podendo se valer da tutela interdital mesmo que não estejam na posse direta do imóvel e em face de qualquer pessoa, mesmo que seja outro o titular do gozo da multipropriedade naquela fração de tempo.

Ainda, ao aprofundar na análise das moléstias e no desdobramento da posse, abordou-se as hipóteses de autotutela e o papel do administrador, como fâmulos, na ocorrência de uma moléstia, o que permitiu uma análise da tutela interdital em maior âmbito. Outrossim, ao adentrar mais especificamente na legitimidade ativa interdital possessória, propõe-se a possibilidade de o administrador representar os interesses dos multiproprietários em juízo, em analogia ao regramento que trata do condomínio edilício.

Por conseguinte, foi possível constatar a legitimidade ativa de todos os multiproprietários para a heterotutela possessória — que imprescindivelmente perpassa pelo desdobramento da posse —, para, assim, propor interditos possessórios com o objetivo de fazer cessar a moléstia da posse.

Para atingir o resultado da pesquisa optou-se pelo método dedutivo, de forma que com o aprofundamento dos estudos das moléstias e desdobramento da posse dentro da multipropriedade fosse possível extrair premissas teóricas e exemplos práticos que confirmassem a hipótese aventada.

2. AS MOLÉSTIAS DA POSSE NA MULTIPROPRIEDADE

O regime de *time-sharing* pressupõe a existência de diferentes proprietários para uma mesma coisa, seja ela móvel ou imóvel, de modo que a divisão entre eles ocorre em frações temporais alternadas, e não em frações espaciais tal e qual ocorre no condomínio edilício (ALPA, 1998, p. 193-200) (PÉREZ, 1992, p. 25 e ss.) (CASTRO, 1989, p. 10 e ss.).

Em se tratando de coisas imóveis, tem-se a vinculação dos proprietários ao negócio jurídico (testamento ou convenção) de instituição dessa modalidade *sui generis* de condomínio (art. 1.358-F do Código Civil), cabendo a um administrador (*trustee*) — que faz as vezes de síndico ou cabecel — controlar o imóvel e suas instalações, equipamentos e mobiliário, conforme o *caput* do art. 1.358-M.

Apesar de ser um modo de exercício da propriedade, com características peculiares, na multipropriedade podem ocorrer limitações ao exercício da posse pelos multiproprietários, a ponto de às vezes ficar configurada a existência de moléstia da posse praticada por um dos proprietários perante os demais (CERVALE, 2014, p. 358-370) (BERNAT, 1992, p. 50). É para a verificação dessa possibilidade e para descobrir como combatê-la que se destinaram as investigações da presente pesquisa.

No Brasil, três são os tipos de moléstias da posse: o *esbulho*, a *turbação* e a *ameaça* (*caput* do art. 1.210 do Código Civil) (SILVESTRE, 2019, p. 340) (LINS, 1914, p. 155-174). No que tange à sua prática por terceiros, não são verificadas mudanças significativas em relação à propriedade tradicional, ou seja, aquela em que não há fracionamento periódico, exceto quanto à discussão sobre a legitimidade ativa.

A moléstia praticada por terceiro — ou seja, por um *penitus extraneus* ao negócio jurídico multiproprietário — ocorre quando uma pessoa que não é proprietária no condomínio comete atos que impedem o exercício pleno da posse pelo coproprietário, seja pela retirada do possuidor da coisa, seja por atos que embarçam o livre exercício da posse ou, ainda, seja pelo risco consistente de um futuro esbulho ou turbação. Nesses casos, o molestador não possuirá posse legítima do imóvel perante os multiproprietários, sendo cabível a propositura da tutela interdital possessória para a proteção e defesa da posse (SILVESTRE, 2019, p. 340-350).

Em virtude dos chamados desdobramentos da posse, essas ações podem ser propostas por qualquer dos multiproprietários, tendo em vista que todos guardam a qualidade de possuidores, mesmo aqueles que não estejam no exercício do usufruto cíclico, pois nesta hipótese manterão a posse indireta. A posse se desdobra em direta e indireta, de modo que o possuidor direto exerce um contato físico imediato sobre o bem, enquanto o indireto media esse contato por meio de um negócio jurídico (art. 1.197 do Código Civil) (PENTEADO, 2014, p. 622).

Esse desdobramento, no entanto, “não anula a proteção possessória que deve ser deferida a cada um dos titulares da situação possessória” (PENTEADO, 2014, p. 622), de modo que tanto o possuidor direto como o indireto podem defender sua posse contra terceiros, ou mesmo contra outro possuidor.

A existência de um acordo nomogenético do *time-sharing* entre os multiproprietários pressupõe a concordância dos titulares em utilizar o imóvel apenas em sua unidade periódica, abstenendo-se do uso no turno dos demais multiproprietários (SMORTO, 1999, p. 279) (MARQUES, 1998, p. 23). Então, há distribuição dos poderes possessórios entre eles, decorrentes do negócio jurídico e que divide a posse em direta e indireta.

A posse direta do imóvel no âmbito da multipropriedade é exercida no momento em que o proprietário está legitimamente fruindo de sua fração temporal.

O art. 1358-E elenca que o período correspondente a cada unidade de tempo poderá ser fixo e determinado, flutuante ou misto. O sistema fixo impõe que a posse será exercida pelo proprietário sobre o mesmo período de tempo a cada ano. Assim, ficam previamente estabelecidos o dia e a hora de entrada e saída dos multiproprietários de suas unidades periódicas. No regime flutuante, por outro lado, a determinação do lapso temporal de cada titular será realizada de maneira periódica, não ocorrendo necessariamente na mesma época do ano. Por fim, o misto combina os dois sistemas, mesclando suas características.

Seja qual for o sistema adotado no condomínio multiproprietário, o exercício de todos os poderes inerentes à propriedade simultaneamente se dá apenas no lapso temporal convencional, momento em que o titular terá a posse direta do imóvel (DE COS, 2011, p. 44) (BARDAJÍ, 2000, p. 1429). Contudo, isso não retira a qualidade de possuidor do proprietário que não está no uso e na fruição, já que “a posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto” (art. 1.197 do Código Civil).

De modo diverso ocorre na composses (§ 2º do art. 73 do Código de Processo Civil). Aqui, a divisão da propriedade ocorre no próprio espaço físico do imóvel e os proprietários

exercem a posse em conjunto, impondo a necessidade de participação de ambos em uma possível demanda judicial. Não há desdobramento da posse em direta e indireta, vez que elas ocorrem simultaneamente.

Já o regime de *time-sharing* divide a coisa em unidades periódicas: cada coproprietário exerce a posse sobre a totalidade do imóvel durante determinado lapso temporal, de modo que não há repartição do espaço físico em si (DE COS, 2011, p. 44) (BARDAJÍ, 2000, p. 1429).

A divisão da posse em direta e indireta garante que a proteção possessória em face de terceiro seja invocada por qualquer dos possuidores, conforme o art. 1.197 do Código Civil. Dessa forma, os interditos possessórios podem ser propostos por qualquer dos multiproprietários, uma vez que a legitimidade *ad causam* decorre da qualidade de possuidor da coisa, conforme o inciso I do art. 561 c/c art. 560, ambos do Código de Processo Civil: para propor a ação possessória o autor precisa comprovar sua posse, ou seja, provar que é possuidor; e as formulações normativas falam somente em "posse" e "possuidor", sem especificar se se trata da direta ou da indireta.

Portanto, neste regime, em se tratando de legitimidade ativa para a tutela interdital em face de terceiro molestador, o litisconsórcio ativo não será necessário, e sim facultativo, garantindo aos multiproprietários a liberdade de demandar sem impor a obrigação de integrar a lide.

Nas moléstias praticadas entre os coproprietários, as regras de caracterização do esbulho, da turbção e da ameaça, e a conseqüente proteção possessória, são diferenciadas quando comparadas com a situação de terceiro molestador.

Primeiramente, registre-se que os incisos VII e VIII do *caput* do art. 1.358-J do Código Civil criam as obrigações do multiproprietário de usar o imóvel exclusivamente em sua fração temporal e desocupá-lo até a data fixada na instituição ou na convenção de condomínio.

O descumprimento desses deveres, além de acarretar o pagamento da multa convencional, configurará esbulho, que consiste no ato pelo qual o possuidor será privado de exercer a posse. A origem do esbulho pode estar em algum ato praticado mediante violência, clandestinidade ou precariedade (abuso de confiança) (AVENDAÑO VALDEZ, 1986, p. 59-63) (GONÇALVES, 2008, p. 151 e ss.), nos termos o art. 1.200 do Código Civil.

Assim sendo, *v.g.*, o proprietário que continua utilizando o imóvel após encerrada sua fração de tempo, ameaçando com violência física (ameaça de lesão ou morte) o titular que deseja exercer sua posse e as faculdades inerentes à sua propriedade, pratica esbulho. Isso porque, nesse momento, o proprietário que se recusa a devolver o bem não tem a posse legítima da coisa, tendo em vista que permanece ilicitamente na unidade periódica de outro coproprietário. Terá, assim, posse injusta (MACCORMACK, 1974, p. 71-80) (RICCOBONO, 2012, p. 1-10) (FERRETTI, 2020, p. 11-36).

Frise-se que esse esbulho será praticado apenas contra o proprietário que está no direito de usar o imóvel, já que este será o único possuidor impedido de exercer a sua posse. Os demais multiproprietários não são legítimos para utilizar a coisa na fração temporal de outro titular, o que faz com que esse impedimento não os atinja de forma direta.

Apesar disso, o esbulho consiste em uma ameaça à posse dos próximos proprietários, vez que não há garantia de que a moléstia cessará quando encerrada a unidade periódica em

que está ocorrendo. Se persistir, concretizando a ameaça, restará caracterizado o esbulho contra o proprietário da fração temporal seguinte. Além disso, não deixa de ser uma moléstia contra sua posse indireta.

Pode ainda o proprietário da multipropriedade praticar o esbulho quando, percebendo que outro titular não está utilizando sua fração temporal correspondente, invade o imóvel para dele usufruir (SIQUEIRA e SIQUEIRA, 2017, p. 65). Caracteriza-se a moléstia, nessa hipótese, portanto, pela existência da clandestinidade.

Outro exemplo diz respeito ao esbulho pacífico, resultante do vício da precariedade. Esse caso pode ser verificado quando o proprietário, tendo conhecimento de que o titular da unidade seguinte não utilizará o imóvel e abusando da confiança nele depositada, permanece utilizando-o como se fosse o proprietário daquela fração temporal. (Ou seja, basicamente: não entrega a coisa ao próximo proprietário com direito de usar).

Quanto à turbação, cuida-se de atos sobre a coisa ou ações que dificultam ou embarçam o livre exercício da posse, de modo que o turbado continua a possuir, porém a extensão do poder fático que exerce resta limitada pela prática da moléstia (GONÇALVES, 2019, p. 151). Pode a moléstia ocorrer de maneira direta, quando ocorre imediatamente sobre a coisa, ou indireta, quando – apesar de praticada externamente – repercute sobre a coisa possuída (GONÇALVES, 2019, p. 151).

A título de exemplo de perturbação direta, tem-se a hipótese em que um dos multiproprietários causa perturbação ao legítimo possuidor da fração temporal atual, por meio de ligações telefônicas ou mensagens questionando quando ele deixará o imóvel; ou, também hipoteticamente, realiza visitas inesperadas que geram incômodo e desequilíbrio na relação negocial estabelecida.

Quanto à turbação indireta, pode ser observada no momento em que o turbador, sabendo que outro proprietário deseja locar o imóvel em sua respectiva fração temporal, pratica atos para impedir ou dificultar a disposição da coisa.

Pois bem. Ainda quanto às moléstias da posse praticadas pelos próprios multiproprietários entre si, há que se destacar que o art. 1.358-J do Código Civil prevê multa caso o titular ultrapasse o tempo estabelecido na instituição ou na convenção do condomínio em *time-sharing*. Mas essa multa terá caráter indenizatório. Por isso, é facultado também ao(s) coproprietário(s) recorrer(em) ao juízo possessório para a proteção de sua(s) posse(s). Nesse caso, ressalte-se que é imprescindível a condição de possuidor, seja direto ou indireto, para obter a legitimidade *ad causam* (inciso I do art. 561 c/c art. 560, ambos do Código de Processo Civil). No polo passivo, por outro lado, deve figurar o sujeito responsável pelo esbulho, pela turbação ou pela ameaça.

Além disso, tal e qual no caso de ocorrência de esbulho ou turbação na posse em situações gerais, quando há violência ou clandestinidade será admitida, também, a autotutela possessória, por meio da legítima defesa da posse e do desforço imediato. Nessa hipótese, o próprio possuidor pratica atos pela própria força para defender sua posse e afastar a moléstia à qual está sendo submetido, sem a necessidade de se valer do processo judicial.

Para isso, o § 1º do art. 1.210 do Código Civil dispõe que o ato defensivo de própria força deve ser praticado “logo”. Sendo assim, o possuidor, em legítima defesa da posse, tem o direito de praticar atos de violência contra o esbulhador logo no momento em que a moléstia

está ocorrendo ou, agindo em desforço imediato, logo após ter ocorrido. Entretanto, esta violência reativa deve ser proporcional àquela verificada na moléstia, ou seja, somente o necessário para impedir a moléstia.

Agir em circunstâncias diferentes destas, como em tempo muito posterior ao conhecimento da moléstia ou com excesso de violência, pode configurar o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal) e motivar uma indenização pelos danos causados.

Além disso, cabe ao administrador vistoriar o interior da unidade para constatar se não houve danos ao imóvel e se ele está em condições de uso pelo legítimo titular da fração temporal seguinte.

Se verificada a permanência do titular, mesmo quando findada sua respectiva fração de tempo, fica a cargo também do administrador, de imediato, praticar atos para recuperar a posse, fazendo uso da autotutela para defender os interesses comuns dos condôminos (MENDO, 2009).

Recorda-se da autotutela, na maioria das vezes, apenas no caso de violência contra a coisa, que autoriza a ação do possuidor por meio de força própria. Todavia, deve-se ter em mente que impedir o legítimo possuidor de ingressar no imóvel também é uma espécie de violência.

A posse justa pressupõe, além da ausência de violência e clandestinidade, que não haja precariedade (art. 1.200 do Código Civil). A posse precária é aquela que se inicia justa, mas passa a ser injusta por ato de abuso de confiança praticado pelo possuidor que, finda a posse concedida, se recusa a restituir a coisa, transformando-se em detentor e esbulhador *ipso facto* (COSTA, 1998, p. 113).

Essa hipótese envolve a resistência do esbulhador em desocupar o imóvel ou uma intimidação por parte dele para impedir que o legítimo possuidor ingresse na propriedade. Pode ser feito por meio da troca de fechaduras, ameaças verbais ou mesmo da obstrução da passagem, portando-se como barreira para impedir a entrada.

Configura-se, então, por uma violência física ou moral, bem como através da clandestinidade. Logo, a autotutela é cabível também no caso de posse precária, vez que a posse que era justa e autorizada passa a configurar uma moléstia contra a posse do legítimo possuidor.

Nesse sentido, tanto o administrador como o proprietário da fração temporal em que está ocorrendo a moléstia podem agir em autotutela. Entretanto, cumpre analisar se os outros multiproprietários, que terão uso futuro do imóvel e mantêm a posse indireta sobre ele, são legitimados para reagir em autodefesa da posse.

O §1º do art. 1.210 do Código Civil não especifica se a autotutela será exercida pelo possuidor direto ou indireto, afirmando genericamente que o "possuidor" turbado ou esbulhado poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força. Por não haver restrição legal, é admitido seu exercício por ambos os possuidores. É possível, ainda, que o detentor – o fâmulos ou servo do art. 1.198 ou o autorizado do art. 1.208, *ab ovo* – pratique esses atos de autotutela em benefício do possuidor. (A propósito, no caso do fâmulos, ele está lá justamente para isso).

O possuidor indireto, nesse sistema, apesar de ceder o contato físico sobre o bem ao possuidor direto conforme um negócio jurídico, permanece proprietário do imóvel, guar-

dando legitimidade para defender seu patrimônio quando observar que seu domínio está sendo molestado.

No regime de multipropriedade imobiliária, todavia, os titulares detêm a propriedade de uma fração temporal, e não apenas do espaço físico em si. Existe, então, uma limitação do direito de propriedade quanto ao seu exercício, de modo que o esbulho praticado contra um proprietário não se estenderá aos demais multiproprietários (TRANCHANT, 2014, p. 276) (SANDRI, 2014, p. 79). Em relação a eles, a moléstia em questão constitui uma ameaça.

A formulação normativa do § 1º do art. 1.210 é clara ao afirmar que apenas o possuidor turbado ou esbulhado poderá defender a sua posse por sua própria força, não sendo admitida a autotutela quando o possuidor está diante de uma ameaça. Portanto, poder-se-ia imaginar que apenas o proprietário da unidade periódica que está sendo esbulhada poderia agir em legítima defesa da posse ou em desforço imediato.

Aos outros multiproprietários, que aguardam seus respectivos turnos para usar a coisa, caberia apenas a via judicial, por meio da ação de interdito proibitório no juízo possessório, sob pena de infringir a lei civil.

Então, ao encerrar a unidade temporal do titular que estava sendo molestado e iniciar o turno do próximo proprietário, aquele que estava diante de uma ameaça passaria a ver sua posse em situação de esbulho. Todavia, o §1º do art. 1.210 do Código Civil é explícito ao determinar que a reação seja "logo", não sendo possível agir em autotutela após o decurso de um lapso temporal considerável.

Sendo assim, se o turno do próximo proprietário se iniciasse em momento próximo à ocorrência da moléstia, poderia manter-se ou restituir-se por sua própria força. Caso contrário, sua única saída seria a heterotutela possessória, através da atuação do Poder Judiciário.

A prevalecer esse entendimento, o possuidor indireto deveria optar entre observar uma moléstia ocorrendo em sua posse, sem poder fazer nada para impedir, ou recorrer à justiça, podendo esperar por meses ou anos uma resposta judiciária.

Não bastasse isso, apesar de o possuidor indireto estar diante de uma ameaça à sua posse direta, não se trata apenas de um temor, tal e qual ocorre na propriedade tradicional. O esbulho está de fato ocorrendo contra a posse, não se trata de uma mera possibilidade.

Quando a lei criou o desdobramento da posse, o objetivo foi justamente garantir a legitimidade do possuidor indireto para sua defesa, seja pela heterotutela, seja pela autotutela. Isso se torna extremamente necessário para assegurar que o titular exerça as faculdades decorrentes da propriedade de maneira livre e desembaraçada.

Por não haver nenhuma restrição legal para a defesa da posse através da própria força pelo possuidor indireto, não é compatível exigir que o coproprietário assista um esbulho ou turbação ocorrendo em sua posse e aguarde seu turno para agir. Ou então, exigir que ele ajuíze uma ação possessória e fique exposto à demora da justiça, podendo ver a coisa prejudicada em decorrência do tempo, quando poderia impedir os danos.

Quanto à heterotutela, poder-se-ia sustentar, ainda, que a efetividade do interdito possessório seria concretizada pela concessão da medida liminar.

O *caput* do art. 562 do Código de Processo Civil prescreve que, se a petição inicial estiver devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de

manutenção ou de reintegração. Para isso, exige-se apenas que o autor tenha provado sua posse, a turbação ou esbulho praticado pelo réu, bem como a data de ocorrência, e a continuação ou perda da posse, a depender da moléstia (art. 561 do Código de Processo Civil).

Além disso, se o proprietário houver proposto o interdito proibitório – por se tratar de uma ameaça à sua futura posse direta – e a moléstia vier a se concretizar, tornando-se de fato um esbulho ou turbação, aplicar-se-ia a fungibilidade interdital, transformando a ação em reintegração ou manutenção da posse (art. 554 do Código de Processo Civil) e, hipoteticamente, garantindo a eficiência da tutela jurisdicional.

Então, se o juiz restar superficialmente convencido, com base em uma cognição incompleta, determinará, de ofício, a alteração do interdito proibitório para manutenção ou restituição da posse, a depender da moléstia verificada, concedendo a liminar possessória apropriada e prosseguindo-se no rito ordinário (GONÇALVES, 2019, p. 159 e 173).

Todavia, a liminar *inaudita altera pars* exige que a ação seja de força nova, com posse decorrente de moléstia ocorrida em até um ano e um dia da data do esbulho ou da turbação. Então, se o titular utilizar a coisa somente após decorrido esse período, perderá o benefício do procedimento especial e, conseqüentemente, a antecipação da tutela sem a oitiva da parte contrária.

Nesse sentido, a fungibilidade dos interditos possessórios e a medida liminar nem sempre garantirão a ele o exercício das faculdades inerentes à propriedade desde o início de seu turno, tendo como resultado, inúmeras vezes, um processo judicial que não traz um desfecho eficaz para o possuidor.

A enorme quantidade de processos judiciais, constantemente sem resolução adequada e definitiva, aliada à morosidade da justiça, fez com que o ordenamento jurídico buscasse soluções alternativas para a resolução de controvérsias, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, bem como a desjudicialização – fenômeno que desloca algumas atividades que eram atribuídas ao Poder Judiciário para o âmbito das serventias extrajudiciais (MARQUES, 2020).

Portanto, é evidente o objetivo de, sempre que possível, decidir as questões fora da esfera judicial, prezando por reduzir a quantidade de litígios nos tribunais, que estão cada vez mais abarrotados, e garantir a efetividade na esfera do direito material.

Nessa lógica, é compatível que o possuidor possa defender sua posse sem que tenha que recorrer ao Poder Judiciário, haja vista que a efetividade da justiça deve ser buscada não apenas no âmbito dos processos judiciais, como também nas soluções extrajudiciais.

Deve-se garantir o resultado mais adequado, tempestivo, eficiente e com menos custos ao Poder Judiciário – objetivando, também, evitar a enorme quantidade de processos nas varas e nos tribunais e a economia processual.

Assim, assegura-se um resultado mais célere e efetivo ao possuidor na defesa da posse, sem prejuízo aos demais multiproprietários ou a outros sujeitos da relação jurídica.

Finalmente, a terceira moléstia da posse é a ameaça, provocada por atos que causam um justo receio de sobrevir um esbulho ou turbação, conforme *caput, in fine*, do art. 1.210 do Código Civil c/c art. 567 do Código de Processo Civil. Para tanto, o ato deverá ser objetivamente considerado, isto é, ser capaz de provocar temor em uma pessoa comum, em virtude

de condutas que indicam iminência e inevitabilidade de ocorrência das moléstias (GONÇALVES, 2019, p. 170-171).

Exempli gratia, tem-se o caso do proprietário que afirma que não entregará o imóvel na data e horário previstos na instituição ou convenção do condomínio *time-sharing*. Prática, desse modo, ameaça, ato que pode levar à proposição de uma ação possessória de caráter preventivo — qual seja, o interdito proibitório —, a fim de impedir a concretização de tal intimação.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 172), o interdito proibitório se assemelha à ação cominatória, pois prevê a condenação pecuniária para evitar que a ameaça seja consumada. A partir do pedido do autor e a fixação pelo juiz de um montante razoável, objetiva-se desestimular o réu intimidador a prosseguir com o ato. Mas, se ainda assim, no decorrer do processo, a ameaça iminente se concretizar, essa ação será transmutada para a manutenção ou reintegração da posse (a depender da moléstia verificada).

Assim, é verdade que o proprietário é, de fato, titular do imóvel em determinada época do ano, podendo utilizar a coisa livremente em sua respectiva unidade periódica. Entretanto, encerrada a sua fração temporal, tornar-se-á tão molestatador quanto um terceiro que nenhuma relação possui com a coisa, uma vez que impede que o próximo legítimo possuidor da unidade periódica exerça de maneira livre e desembaraçada as faculdades decorrentes de sua propriedade.

Registre-se, ainda, que no âmbito do condomínio edilício, são recorrentes nos tribunais de apelação ações que indicam a ocorrência de esbulho, turbação e ameaça praticados pelo síndico. A título de exemplo, os seguintes julgados: TJRJ, Ap. Cível nº 0032149-80.2015.8.19.0014, 22ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, julgado em 06/08/2019; TJSP, Ap. Cível nº 1001933-25.2017.8.26.0477, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alfredo Attié, julgado em 17/06/2019; TJRS, Ap. Cível nº 70080816424, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Glênio José Wassserstein Hekman, julgado em 10/04/2019.

Isso ocorre quando ele, por exemplo, impede a entrada de um proprietário no imóvel em razão do atraso no pagamento das despesas condominiais por iniciativa pessoal. Neste caso, age em exercício arbitrário das próprias razões, e não em obediência a qualquer regra do condomínio ou deliberação da assembleia (que, ainda que exista, será ilegal).

Em uma interpretação analógica, verifica-se que as moléstias da posse também podem ser cometidas pelo administrador do imóvel objeto da multipropriedade.

Como exemplo de atos que embaraçam o exercício livre e pleno da posse, cita-se o caso em que o administrador, assim como o síndico do condomínio edilício, não permite que um proprietário entre no imóvel, apesar de estar diante de sua legítima unidade temporal, ou, então, restringe o uso *in totum* do imóvel. Há também a hipótese em que o administrador ameaça reter a coisa caso o titular não pague uma despesa referente à sua manutenção. O administrador pode, ainda, trocar a fechadura da porta de entrada do imóvel e utilizar a fração de tempo correspondente a um proprietário.

Então, o administrador do *time-sharing*, assim como terceiros e os próprios multiproprietários, podem praticar moléstias da posse e, conseqüentemente, figurarem no polo passivo das ações possessórias.

3. A LEGITIMIDADE ATIVA INTERDITAL POSSESSÓRIA NA MULTIPROPRIEDADE MOLESTADA: MOLÉSTIA POR PENITUS EXTRANEUS E POR COPROPRIETÁRIO

A heterotutela da posse em caso de esbulho, turbação e ameaça ocorre por meio dos interditos possessórios (ou ações possessórias), quais sejam, reintegração de posse, manutenção na posse e interdito proibitório (IHERING, 2007, p. 30 e ss.).

Nesse contexto, é de se questionar a quem pertence a legitimidade para propor essas ações nos casos de *time-sharing*.

Os arts. 1.358-B a 1.358-N, incluídos no Código Civil pela Lei nº. 13.777/2018, não trataram expressamente sobre esse assunto. Mas, como o art. 1.358-B determina a aplicação subsidiária do regime jurídico condominial edilício (Lei nº. 4.591/1964) à multipropriedade, e como naquela modalidade de propriedade o manejo das ações possessórias é comum, pode-se solucionar as dúvidas sobre os interditos em sede de *time-sharing* a partir da experiência forense cotidiana do condomínio edilício.

Conforme o inciso II do *caput* do art. 1.348 do Código Civil, no condomínio edilício o síndico é responsável por representar o condomínio edilício nos atos extrajudiciais e judiciais, por meio de ações necessárias à defesa do interesse comum.

Em uma interpretação por analogia, por ser o administrador responsável pela administração do condomínio multiproprietário e de suas instalações, equipamentos e mobiliário (art. 1.358-M), é válido equipará-lo à figura do síndico (OLIVEIRA, 2020a). Ademais, essa legitimidade processual é repetida pelo inciso XI do *caput* do art. 75 do Código de Processo Civil.

Nessa perspectiva, cabe ao administrador, também, representar os interesses do condomínio multiproprietário em juízo ou fora dele, ativa e passivamente, inclusive em ações de caráter possessório.

Todavia, a representação pelo administrador seguirá o mesmo regime jurídico do condomínio edilício. O gestor deve ter conhecimento de que não deve agir por conta própria e de acordo com seus desejos pessoais, mas sim em conformidade com as pretensões comuns e legítimas dos multiproprietários, nos moldes da convenção de condomínio ou deliberação da assembleia.

É válido concluir, então, que o administrador possui, por si só, legitimidade *ad causam* para propor interditos possessórios e figurar no polo ativo da demanda, bem como para agir na proteção direta da posse por meio da autotutela.

E quanto aos multiproprietários, guardam eles legitimidade ativa para a heterotutela interdital possessória?

Destaca-se, em primeiro lugar, como faculdades constitutivas do direito de propriedade, os direitos de usar, usufruir, dispor e reivindicar. No âmbito da multipropriedade imobiliária, as faculdades de usar e gozar são limitadas à fração de tempo de cada adquirente, porém não dizem respeito apenas à estrutura física do imóvel (PAIVA, 2020). O titular da unidade

periódica possui amplos poderes sobre o espaço e quaisquer instalações, equipamentos e mobiliários que dela façam parte.

Entretanto, é vedado aos coproprietários a realização de quaisquer atividades que alterem ou deteriorem a unidade, até mesmo benfeitorias, conforme dispõe o inciso IV do *caput* do art. 1.358-J do Código Civil. Do contrário, restaria evidente a intromissão na propriedade dos demais titulares do imóvel.

Nos mesmos moldes, o direito de dispor da propriedade está restrito à fração de tempo do proprietário, conferindo ampla liberdade ao titular para ceder seu direito de uso e fruição, bem como transferir ou alienar a coisa a outrem. Seguindo esta lógica, Gustavo Tepedino (1993, p. 103) conclui que: "Vale, portanto, para a multipropriedade, o princípio pelo qual *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*: o uso, o gozo e a disposição da coisa limitam-se à extensão espaço-temporal do objeto do direito, reduzido aos confins da unidade habitacional no turno determinado e expresso inequívoca e visualmente no calendário".

Já quanto ao poder de reivindicar a coisa (*jus vindicandi*), trata-se da proteção da propriedade, ou seja, do direito de reivindicá-la de quem injustamente a possui ou a detenha, por meio da ação reivindicatória (GONÇALVES, 2019, p. 226).

De acordo com Gustavo Tepedino (1993, p. 58-59 e 124), a multipropriedade imobiliária se apresenta como uma relação jurídica de aproveitamento econômico do imóvel, reparada em unidades fixas de tempo, de maneira que os multiproprietários utilizam a coisa com exclusividade durante seu turno.

Nesta senda, torna-se evidente que esta modalidade fraciona a coisa por unidades de tempo em que o titular poderá utilizar o imóvel, e não o espaço físico em si.

Pela Lei nº. 13.777/2018 o regime de multipropriedade foi introduzido no Código Civil como um direito real, confirmando o entendimento já aplicado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.546.165/SP (STJ, REsp. nº 1.546.165/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 26/04/2016). Assim dispõe o *caput* do art. 1.358-C do Código Civil, *in verbis*: "Art. 1.358-C. Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da propriedade imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada. [...]".

Logo, sobre a multipropriedade devem recair todas as características referentes aos direitos reais, inclusive o *direito de sequela*, do qual decorre o poder de reivindicar a coisa de quem injustamente a detenha (ALARCÓN e ALARCÓN, 1995, p. 20).

Ademais, entende-se a perpetuidade como um direito sem vencimento, isto é, que existe mesmo que o titular não o exerça. Nesta linha, Gustavo Tepedino destaca:

De tais considerações decorre o caráter real da multipropriedade imobiliária. O vínculo jurídico que se instaura adere imediatamente ao bem imóvel sobre o qual incide, servindo o contrato, embora imprescindível, unicamente para definir o objeto do direito e disciplinar a relação entre os multiproprietários, e entre estes e a empresa promotora, à qual é delegada a função de gerir o imóvel. Entretanto, a recíproca limitação (espaço-temporal) de poderes

não é fator de intermediação, senão de mera coordenação e demarcação de esferas jurídicas, não retirando, pois, a natureza real do direito do multiproprietário, com prevalência erga omnes. [...]. Se o direito de propriedade incide exclusivamente sobre o turno, a projeção do direito individual sobre o todo é, ao contrário, universal, atingindo todos os recantos do imóvel, ainda que em intensidade diminuta [...]. A co-titularidade sobre as partes comuns assegura ao multiproprietário a composesse do solo, ainda que sua posse seja apenas indireta naqueles períodos estranhos ao seu turno (TEPEDINO, 1993, p. 58-9, 124).

Assim, o direito de propriedade é perpétuo quanto à duração, embora temporário quanto ao exercício. A perpetuidade garante a permanência desse direito independentemente de ser colocado ou não em prática, ou seja, ele é imprescritível pela ausência de exercício das faculdades.

Então, o coproprietário possui o direito de reivindicar a coisa mesmo que não esteja inserido na unidade de tempo a ele atribuída, principalmente se observada a possibilidade de perda da propriedade pela usucapião. Todavia, por óbvio, não poderá reivindicá-la do proprietário que esteja legitimamente fruindo de sua fração temporal, sendo admitida apenas se proposta em face de terceiro molestador.

Além das ações reivindicatórias (juízo petitório), decorrentes da propriedade, cumpre analisar aquelas resultantes da posse, a saber a reintegração da posse, a manutenção na posse ou o interdito proibitório.

A posse é passível de possuir desdobramentos, causados pela distribuição autorizada dos poderes inerentes a ela para dois ou mais possuidores.

A posse direta sobre as frações temporais ocorre de maneira alternada, ou seja, cada proprietário a exercerá durante um lapso temporal fixado no instrumento de instituição ou na convenção de condomínio em multipropriedade. Então, o exercício de todos os poderes decorrentes de sua propriedade simultaneamente estará restrito a este período.

Contudo, considerando que possuidor é “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”, nos termos do art. 1.196 do Código Civil, a posse não se restringe àquele que está legitimamente fruindo de sua fração temporal.

O proprietário que não está na posse direta da coisa permanece com a qualidade de possuidor, vez que continua exercendo o poder de reivindicar a coisa – ainda que limitado ao terceiro molestador.

A legitimidade *ad causam* do proprietário que não tem contato material com o imóvel – o *corpus*, no sentido da teoria subjetiva de Friedrich Karl von Savigny – se justifica, portanto, pela posse indireta, tendo em vista que o ato de entregar a coisa ao titular da fração temporal seguinte não implica a perda da posse, apenas o desdobramento em indireta.

Assim sendo, o coproprietário, embora não tenha a posse direta, poderá fazer uso do juízo possessório, já que uma posse não anulará a outra (art. 1.197 do Código Civil). Ambas passam a coexistir no tempo e no espaço, de modo que tanto o possuidor direto como o indireto podem invocar proteção possessória contra terceiro, bem como utilizá-la um contra o outro.

Desse modo, se verificada a ocorrência de uma moléstia da posse na unidade periódica de um dos multiproprietários, os demais também terão legitimidade para propor ação possessória. *Exempli gratia*, tendo que o esbulho verificado na unidade periódica atual torna-se uma ameaça àquele que irá ocupar o imóvel na próxima fração temporal, bem como para os demais multiproprietários, há legitimidade e interesse de todos os titulares para propor interditos possessórios, com objetivo de fazer cessar essa moléstia da posse.

Entender o contrário seria admitir que o coproprietário que irá ocupar o imóvel no próximo período de tempo tenha suas faculdades de uso, gozo e disposição limitados. Por conseguinte, apresenta-se incompatível exigir que o titular aguarde semanas ou meses para garantir o exercício pleno dos direitos decorrentes de sua propriedade.

Todavia, o possuidor que não sofre esbulho não poderá propor a ação de restituição de posse, uma vez que não poderá restituir-se e usufruir da fração temporal de outro proprietário. No mesmo sentido, o proprietário que não sofre a turbação em sua posse, ou seja, durante seu turno, não poderá ajuizar uma ação de manutenção na posse, visto que não é possível que ele se mantenha em uma posse que não corresponde a sua unidade periódica.

Assim, cabe aos demais multiproprietários apenas o interdito proibitório, com intuito de interromper o esbulho ou a turbação e, por via de consequência, a ameaça sobre sua posse.

No entanto, conforme afirma Adroaldo Furtado Fabrício (GONÇALVES, 2019, p. 137), o possuidor que se dirige ao Poder Judiciário em busca de amparo contra o ato ofensivo de sua posse pretende interromper a ação e fazer cessar a moléstia. O pedido, então, será sempre o mesmo: a proteção possessória.

Na qualidade de possuidor indireto, portanto, o coproprietário guarda a tutela possessória do *caput* e do § 1º do art. 1.210 do Código Civil contra moléstias que vir a sofrer.

Portanto, faz-se necessário reconhecer a legitimidade *ad causam* do titular da multipropriedade para intentar ações em defesa da propriedade e da posse, vez que é tanto proprietário como possuidor da coisa.

Todavia, há de se diferenciar legitimidade de interesse de agir. Este deve ser examinado sob a perspectiva do binômio necessidade e utilidade do provimento jurisdicional. Ou seja, o processo deve ser um meio de propiciar ao demandante um resultado mais favorável do que aquele em que ele se encontra e, ao mesmo tempo, ser encarado como a última forma de solução do conflito.

É possível que o proprietário, apesar de possuir legitimidade *ad causam*, não preencha o requisito do interesse de agir, imprescindível para postular em juízo (art. 17 do Código de Processo Civil).

O negócio jurídico que institui o regime de *time-sharing* objetiva a divisão da propriedade na esfera temporal da coisa, entre os sujeitos que o celebraram. A relação entre os multiproprietários é fundada na confiança de que haverá respeito recíproco entre os titulares, principalmente no que se refere à conservação do imóvel e sua utilização apenas no espaço temporal convencionado.

O terceiro que pratica esbulho, turbação ou ameaça é estranho à relação firmada entre os titulares, não existindo garantia de que a moléstia da posse será interrompida na fração de tempo seguinte, fato que causa um justo receio em todos os proprietários.

Assim, mesmo que a moléstia da posse não esteja ocorrendo na unidade periódica do titular, é imperativo reconhecer, além da legitimidade *ad causam* inerente a sua qualidade de proprietário e possuidor indireto, seu interesse de agir.

Nesse contexto, surge o questionamento se nas ações possessórias propostas por proprietário do *time-sharing*, existe ou não a necessidade de formação de um litisconsórcio ativo, o que equivale a perguntar, em termos processuais, se a propositura da ação possessória se dá por meio de litisconsórcio facultativo ou necessário.

O litisconsórcio necessário, ao contrário do facultativo, está diretamente atrelado à indispensabilidade da presença de todos os sujeitos – *in casu*, todos os multiproprietários do imóvel – no polo ativo da demanda.

Segundo Fredie Didier Jr. (2017, p. 513), o litisconsórcio será necessário em duas situações, conforme art. 114 do Código de Processo Civil: se unitário passivo, ou quando assim o dispuser expressamente a lei.

O autor afirma que, via de regra, não há litisconsórcio ativo necessário, pois o direito de acesso à justiça, tendo por fundamento a faculdade de ir a juízo, não pode depender da vontade de outrem.

Sob ótica diversa, entendem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Barreto Boriello de Andrade Nery (2017, p. 518) que existe sim um litisconsórcio ativo necessário. Todavia, aceitam a possibilidade de uma só pessoa demandar, contanto que inclua no polo passivo da relação jurídica aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo.

José Manoel de Arruda Alvim Neto (2016, p. 86) apresenta como solução a convocação de quem deveria ser litisconsorte necessário ativo para compor a lide. Desta forma, poderá: integrar o polo ativo; ocupar o polo passivo, se desejar defender interesse contrário ao do autor; ou permanecer inerte, situação em que não participará de nenhum dos polos da demanda, porém será atingido pela coisa julgada da mesma forma.

No âmbito da multipropriedade, frise-se, todos os titulares são de fato proprietários, possuidores diretos da unidade periódica e possuidores indiretos quando não estão usufruindo da coisa (ALARCÓN e ALARCÓN, 1995, p. 20). Logo, a natureza da relação jurídica poderia justificar a existência do litisconsórcio necessário ativo, prezando pela eficácia da sentença em relação a todos os sujeitos que a integram, conforme o art. 114, *in fine*, do Código de Processo Civil.

Pois bem. Esse modelo de fracionamento da propriedade, apesar de também pressupor a existência de múltiplos proprietários para uma mesma coisa, é diferenciado quando comparado ao exercício tradicional da posse por duas ou mais pessoas.

No regime de comosse, a lei processual civil exige a concordância do outro titular para a propositura da demanda. O *caput* do art. 73 do Código de Processo Civil prescreve que “o cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens”, sendo a participação do cônjuge nas ações possessórias indispensável somente nas hipóteses de comosse ou de ato por ambos praticado, conforme §2º do art. 73.

Os cônjuges exercem a posse sobre a mesma coisa, isto é, dividem espacialmente o imóvel e as faculdades inerentes à propriedade no mesmo período de tempo, inclusive o poder de defesa da posse por meio de interditos possessórios ou da autotutela.

É vedado ao compossuidor, então, praticar ações que prejudiquem o exercício dos atos possessórios pelo outro titular, conforme art. 1.199 do Código Civil, incluindo-se aqui a propositura de ações possessórias: "Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores".

Por outro lado, no *time-sharing*, fraciona-se a coisa em unidades periódicas: cada titular exerce a posse exclusiva sobre uma fração temporal da qual é proprietário, de modo que não há divisão espacial da coisa (FERNÁNDEZ, 2015).

Enquanto um proprietário está na posse direta do imóvel, exercendo todas as faculdades inerentes à propriedade, os demais exercem a posse indireta sobre a coisa, tendo em vista os desdobramentos da posse decorrentes do art. 1.197 do Código Civil.

Diferentemente da comosse, há limitação do exercício da posse pelos titulares, resultante do instrumento de instituição ou da convenção de condomínio em multipropriedade por eles firmado. As faculdades de usar e fruir são restritas àquele que está legitimamente exercendo o efetivo domínio decorrente do seu turno.

A posse direta, todavia, não obsta o exercício da indireta, de tal forma que os possuidores podem defender sua posse de maneira autônoma contra as moléstias praticadas, independentemente dos demais titulares da coisa.

Assim, por se tratarem de regimes diferentes de posse, aplicam-se regras distintas, de modo que na multipropriedade, ao contrário do que ocorre na comosse, o litisconsórcio será facultativo.

Em se tratando do regime da multipropriedade imobiliária, o mais apropriado é o posicionamento de José Manoel de Arruda Alvim Neto (2016, p. 86), uma vez que deixa a critério do proprietário averiguar se há interesse na participação no polo ativo da demanda, ou se prefere permanecer inerte diante da lide em questão.

Neste caso, não se pode admitir que o direito de ação dos demais titulares, especialmente daquele que está diante de uma atual limitação das suas faculdades decorrentes da propriedade, esteja condicionado à atuação daquele que preferiu não participar do litígio.

Seja qual for a decisão do proprietário — integrar ou não a relação processual —, imperativa se faz sua intimação, a fim de que seja respeitado o contraditório. Desta forma, garante-se sua participação e sua informação, sem obriga-lo a demandar e, ainda, sem condicionar o direito de ação do titular molestado à vontade e a uma potestade dos demais.

Portanto, a imposição do litisconsórcio ativo necessário no âmbito da multipropriedade se dá apenas na ocasião em que existe comosse na unidade periódica, ou seja, quando os cônjuges são proprietários e exercem a posse sobre uma mesma fração temporal; ou em situações hipotéticas em que pessoas sem vínculo matrimonial ou convivencial são proprietários do turno; ou, ainda, em situações de direito hereditário de representação. Entre eles, aplica-se a regra do § 2º do art. 73 do Código de Processo Civil, de modo que um não pode

demandar sem o consentimento do outro. Entre os demais multiproprietários, no entanto, não há que se falar em litisconsórcio necessário ativo.

Outro ponto de controvérsia consiste em averiguar se o juiz, diante da multipropriedade imobiliária, poderá impor a introdução dos demais multiproprietários se julgar oportuna a presença deles no processo.

Apesar do parágrafo único do art. 115 do Código de Processo Civil tratar apenas do litisconsórcio passivo necessário, a determinação pelo juiz também pode incidir na modalidade ativa, mesmo que observada com menor frequência.

Há na literatura jurídica quem reconheça que a intervenção *iussu iudicis* está relacionada com a ordem de integração obrigatória, seja no polo passivo, seja no lado ativo da demanda. Assume-se aqui, no entanto, a posição de Fredie Didier Jr. (2017, p. 594-597), segundo a qual o litisconsórcio necessário é um caso típico desta modalidade de intervenção, porém não se limita a ele.

O reconhecimento da possibilidade de intervenção *iussu iudicis* além dos casos expressos no dispositivo legal – ou seja, de maneira atípica – se mostra conveniente para concretizar os princípios da adequação, da duração razoável do processo, da eficiência, do contraditório e da igualdade (DIDIER JR., 2017, p. 596), bem como a segurança jurídica e a economia processual.

Então, conforme se posicionou o STJ no Recurso Especial nº 1.170.028/SP, é dada “ciência ao terceiro da demanda existente, permitindo-lhe o ingresso na lide na condição que escolher, resguardando-o, assim, dos efeitos da sentença e garantindo a efetividade do provimento judicial. Não se presta, pois, a impor ao terceiro o dever de demandar” (STJ, REsp. nº 1.170.028/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 15/08/2017).

O regime de multipropriedade cria uma relação material entre os multiproprietários, de maneira que a ação judicial e a coisa julgada ocasionarão consequências para todos os titulares da coisa. Nesse sentido, entende-se por “terceiro” os coproprietários do imóvel que não tinham conhecimento da demanda.

Assim, pode o juiz determinar a intervenção do proprietário que possivelmente será afetado pela coisa julgada mesmo nos casos em que não há formação de um litisconsórcio necessário, e sim facultativo. Garante-se ao titular, nessa condição, o exercício da liberdade fundamental de demanda, sem que lhe seja imposta obrigação de integrar a relação processual (DIDIER JR., 2017, p. 594-597).

O *caput* do art. 564 do Código de Processo Civil prescreve que, concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou reintegração, o autor promoverá a citação do réu para, querendo, contestar a ação. Assim, após a citação, o procedimento especial se converte em comum.

Estando diante de um procedimento comum, aplicam-se às ações possessórias as mesmas regras das demais ações judiciais. Dessa forma, o juiz tem o dever de intimar todos os titulares do condomínio multiproprietário para assumirem uma posição no processo.

A partir desse momento, portanto, a intervenção dos demais multiproprietários passa a ser obrigatória, para que o pronunciamento judicial, que possivelmente repercutirá na esfera patrimonial de todos os titulares, possa produzir efeitos também em face deles.

Pois bem. É possível que se deem, ainda, ações possessórias entre multiproprietários. As moléstias da posse podem ser praticadas tanto por terceiros ao negócio multiproprietário – os chamados *penitus extranei* – quanto pelos próprios multiproprietários e pelo administrador. Diante disso, é facultado aos titulares e ao administrador o uso da heterotutela possessória ou da autotutela possessória, garantindo-se a ampla defesa da posse.

Gustavo Tepedino (1993, p. 125) afirma que “na qualidade de possuidor indireto, pode o multiproprietário fazer recurso das ações possessórias para a proteção do solo sobre o qual incide sua fração ideal contra eventuais lesões de terceiros ou de outros condôminos”.

Assim, *v.g.*, o proprietário que é privado de exercer sua posse por ação de outro titular, que pratica esbulho, pode ser restituído na sua posse a partir da propositura de ação possessória.

No entanto, não há desdobramento da posse entre o possuidor direto e indireto se verificada a ocorrência de moléstias, já que é imprescindível que a posse seja autorizada para que haja distribuição de poderes, isto é, deve ser derivada de negócio jurídico, requisito que não é preenchido na hipótese de esbulho, turbação ou ameaça.

Então, o titular que pratica a moléstia não detém posse legítima da coisa, permitindo a defesa possessória pelos outros multiproprietários por meio dos interditos.

A propositura de ação possessória pode acarretar o arbitramento de multa, além da cumulação do pedido possessório do autor ao de condenação em perdas e danos e indenização dos frutos, conforme o art. 555 do Código de Processo Civil.

Uma hipótese de condenação pecuniária ocorre nas ações de interdito proibitório, ou seja, ações que visam a evitar a concretização da ameaça. Nesta situação, a pena imposta pretende alertar ao demandado sobre as consequências que a prática do esbulho ou turbação causarão a ele, servindo para desestimular o ato.

Ademais, caso o proprietário ultrapasse o tempo de permanência no imóvel previsto no instrumento de instituição ou na convenção de condomínio em multipropriedade, outra multa deve ser aplicada a ele. Se recorrente, poderá, ainda, perder temporariamente o direito de utilização da coisa no período correspondente à sua fração de tempo.

Isso porque o uso do imóvel exclusivamente durante o período correspondente à sua fração de tempo e a desocupação até o dia e hora fixados são obrigações dos coproprietários elencadas nos incisos VII e VIII do art. 1.358-J do Código Civil.

Portanto, aquele que comete atos que configuram esbulho, turbação ou ameaça está sujeito ao pagamento de duas multas: uma arbitrada judicialmente e outra originária do acordo condominial firmado entre os titulares.

Tendo em vista que as regras de utilização do imóvel e as frações de tempo correspondente de cada proprietário estão dispostas na instituição ou na convenção de condomínio em multipropriedade, registre-se que as consequências enumeradas no dispositivo legal consistem em penalidades com natureza de inadimplemento contratual.

Ou seja, a multa é fixada de maneira antecipada, a fim de cobrir as perdas e danos na hipótese de inobservância dos deveres fixados na relação jurídica.

De modo diverso, a multa fixada no juízo possessório consiste em um instrumento de coerção ou punição, tendo por objetivo o cumprimento da decisão judicial ou impedir que a moléstia venha a ser praticada.

Tanto o terceiro, sujeito que nenhuma relação possui com o condomínio multiproprietário, quanto o administrador e os titulares do imóvel, estão sujeitos a esta condenação pecuniária.

Por outro lado, aquela decorrente do inadimplemento contratual é oponível apenas aos coproprietários inseridos no regime de *time-sharing*, que se tornaram responsáveis pelo descumprimento das obrigações dispostas convenção pactuada.

Então, no caso de moléstias da posse praticadas pelos próprios multiproprietários, haverá o somatório das multas contratual e coercitiva. Considerando-se que elas possuem naturezas diferentes, não há que se falar na existência de *bis in idem* decorrente dessa cumulação.

4. CONCLUSÃO

Essa pesquisa se desenvolveu investigando respostas ao questionamento de qual coproprietário seria parte legítima para a proteção possessória nos casos de moléstias praticadas por outro coproprietário ou por terceiro. A dúvida decorria do fato de a utilização do imóvel na multipropriedade se dar em períodos pré-determinados.

Com base no desdobramento da posse, decorrente do negócio jurídico entre os multiproprietários, constatou-se que todos guardam a qualidade de possuidores, mesmo que não estejam exercendo o uso do imóvel (hipótese em que terão a posse indireta da coisa). Por conseguinte, todos os multiproprietários podem invocar a proteção possessória, ainda que não estejam usufruindo da sua parcela temporal de uso.

Quanto à possibilidade de prática de moléstia entre os multiproprietários, verificou-se que existe a possibilidade de *esbulho*, *turbação* e *ameaça* entre eles. A investigação revelou que o coproprietário que não está no exercício da sua fração temporal é apenas titular da posse indireta, devendo se abster de molestar para permitir que os outros multiproprietários exerçam a posse direta da coisa. Daí que foi possível confirmar a hipótese de que o coproprietário pode obstar o exercício da posse por outro coproprietário, se praticar alguma limitação ilícita.

Diante do desdobramento da posse, a posse direta não obsta o exercício da indireta, de forma que os possuidores podem defender sua posse de maneira autônoma. Trata-se, portanto, de um litisconsórcio facultativo.

Assim, da forma como foi proposto, a partir das premissas construídas por meio da análise das moléstias e desdobramento da posse, foi possível confirmar a hipótese para o problema do fracionamento temporal na posse da multipropriedade e propor medidas para enfrentar as questões problemáticas que circundavam a legitimidade *ad causam* para exercício da tutela interdita na multipropriedade.

REFERÊNCIAS

- ALARCÓN, Jose Antonio Mora; ALARCÓN, Luis Miguel Mora. *Manual práctico sobre comunidades de propietarios y multipropiedad*. Madrid: Edisofer, 1995.
- ALPA, Guido. Il recepimento della direttiva comunitaria in materia di multiproprietà un'analisi comparativa. In: *Europa e Diritto Privato*, n. 1, p. 193-220, 1998.
- ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Posesión ilegítima o precaria. In: *Themis – Revista de Derecho*, n. 4, Lima, p. 59-63, 1986.
- BARDAJÍ, María Dolores Díaz-Ambrona. Apuntes sobre la multipropiedad. In: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año nº 76, n. 658, p. 1429-1450, 2000.
- BERNAT, Pedro A. Munar. *Presente y futuro de la multipropiedad*. Madrid: Tecnos, 1992.
- CASTRO, Luis Martínez Vázquez de. *La multipropiedad inmobiliaria*. Madrid: Reus, 1989.
- CERVALE, María Cristina. La propiera "plurale": un itinerario tra condominio e multiproprietà. In: *Rassegna di Diritto Civile*, n. 2, p. 358-387, 2014.
- COSTA, Dilvanir José da. O sistema da posse no Direito Civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 139, p. 109-117, jul./set. 1998.
- DE COS, Gabriela Mazorra. Claves de la "multipropiedad": obligaciones para los propietarios. In: *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, n. 114, p. 44-52, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- FERNÁNDEZ, María José Azaustre. El aprovechamiento de bienes por tiempo alterno en Derecho Romano. In: *Revista General de Derecho Romano*, n. 25, 2015.
- FERRETTI, Paolo. Il possesso tra animus e corpus: da Labeone a Paolo. In: FERRETTI, Paolo; FIORENTINI, Mario (a cura di). *Formazione e trasmissione del sapere: diritto, letteratura e società*. VI incontro tra storici e giuristi dell'antichità. Trieste: EUT Edizioni Università di Trieste, p. 11-36, 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Dos vícios da posse*. 4. ed. Porto Alegre: Juarez de Oliveira, 2008.
- IHERING, Rudolf von. *Fundamento dos interditos possessórios*. Tradução de Adherbal de Carvalho. Bauru: Edipro, 2007.
- LINS, Edmundo Pereira. Ensaio sobre a posse – Capítulo III. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. 9, p. 155-174, jan. 1914.
- MACCORMACK, Geoffrey. Iusta and Iniusta Possessio. In: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review*, vol. 42, issue 1, p. 71-80, 1974.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de *time-sharing* en Brasil y la protección de los consumidores: crítica al derecho civil en tiempos postmodernos. In: *Estudios Sobre Consumo*, n. 45, p. 23-40, 1998.
- MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. *A desjudicialização como forma de acesso à Justiça*. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-desjudicializacao-como-forma-de-acesso-a-justica/#_ftn2. Acesso em: 18 abr. 2020.
- MENDO, Pilar Muñoz. ¿Arrendamiento de Temporada, Estancia Turística o Time Sharing? In: *Diario La Ley*, n. 7297, 2009.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm; Versão Digital: Viva, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Análise detalhada da multipropriedade no Brasil após a Lei nº 13.777/2018: pontos polêmicos e aspectos de registros públicos*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/03/21/analise-detalhada-da-multipropriedade-no-brasil-apos-a-lei-no-13-777-2018-pontos-polemicos-e-aspectos-de-registros-publicos/>. Acesso em: 17 jan. 2020a.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Considerações sobre a recente Lei da Multipropriedade*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/661740743/consideracoes-sobre-a-recente-lei-da-multipropriedade>. Acesso em: 13 jan. 2020b.

PAIVA, Moisés Emidio de. *Multipropriedade: conceito, dinâmica e funcionamento*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76557/multipropriedade-conceito-dinamica-e-funcionamento>. Acesso em: 11 jan. 2020.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PERES, Sandra Ferreira de Carvalho. *A controvérsia do direito real da multipropriedade imobiliária no direito privado*. 2018. 125 f. Monografia (Especialização) – Curso de Direito, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

PÉREZ, Jorge Rodríguez; CALERO, Antonio Díaz-Flores. *La multipropiedad*. Las Palmas: J. Rodríguez, 1992.

RICCOBONO, Salvatore. Zur Terminologie der Besitzverhältnisse (Naturalis possessio, civilis possessio, possessio ad interdicta). Ristampa a cura di Pierangelo Buongiorno. In: *Rivista di Diritto Romano*, vol. XII, p. 1-32, 2012.

SANDRI, Adelle Ribeiro Coelho. A figura do *time-sharing* em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil. In: *Revista de Direito Imobiliário*, n. 76, p. 79-116, 2014.

SARAIVA, Bruno de Sousa. *Uma Análise Jurídica da Multipropriedade Imobiliária*, vol. 9. Ceará: Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Ceará, 2011.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As alterações da Lei nº. 13.465/2017 na usucapião especial urbana coletiva: questões materiais e processuais. In: *Revista Direito da Cidade*, vol. 11, n. 2, p. 337-367, 2019.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. A perda da multipropriedade imobiliária por usucapião. In: *Revista Jurídica da FA7*, vol. 14, n. 2, p. 65-80, 2017.

SMORTO, Guido. La multiproprietà e la tutela dei consumatori: il recepimento della direttiva 94/47/CE. In: *Europa e Diritto Privato*, n. 1, p. 279-306, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *A nova Lei da Multipropriedade Imobiliária*. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/359/268>. Acesso em: 12 jan. 2020a.

TEPEDINO, Gustavo. *Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária*. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/aspectos-atuais-da-multipropriedade-imobiliaria/. Acesso em: 11 jan. 2020b.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TRANCHANT, Laetitia. Bail à réhabilitation usufruit locatif social, multipropriété. In: *Revue de Droit Immobilier*, année 36, n. 5, p. 276-281, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Multipropriedade (time sharing)*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/295907/multipropriedade-time-sharing>. Acesso em: 10 jan. 2020.

ZAIM, Miguel. *Multipropriedade – Uma nova modalidade de condomínio*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70551/multipropriedade-uma-nova-modalidade-de-condominio>. Acesso em: 13 jan. 2020.

Recebido/Received: 14.07.2020.

Aprovado/Approved: 25.10.2020.

A IDEIA DE COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL PÚBLICA COMO ALAVANCA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

THE IDEA OF PUBLIC INTERINSTITUTIONAL
COOPERATION AS A LEVER OF ECONOMIC DEVELOPMENT

VICTOR SALDANHA PRIEBE¹
DANIEL DOTTES DE FREITAS²

RESUMO

Ao descrever a cooperação interinstitucional pública sob uma matriz teórica pragmática, busca-se, através de um estudo de caso, demonstrar a possibilidade de existência de um princípio constitucional implícito, o qual entende-se como um dos pilares de sustentação das políticas públicas tributárias destinadas aos entes federados. Diante dessa realidade, busca-se examinar a relação de cooperação interinstitucional que os entes federativos possuem, bem como vislumbrar a possibilidade de emancipação de tal princípio constitucional implícito em vias de proporcionar melhores resultados nas questões tributárias, e, consequentemente nas funções de Estado. Com o intuito de atender a essa finalidade, pretende-se responder as seguintes indagações: O princípio constitucional implícito da cooperação interinstitucional pública pode ser analisado sob uma matriz teórica pragmática? E, se positivo, é capaz de sustentar um modelo específico de política pública a ser implementada nos entes federados? Para exame do proposto, optou-se por um estudo de caso no qual utilizou-se na verificação dos dados uma análise de cunho interpretativo por meio da técnica de pesquisa bibliográfica. Concluiu-se, por conseguinte, que é plenamente possível o exame do tema à luz da matriz teórica pragmática, o que, permitiu compreender que a meta emancipatória do princípio da cooperação interinstitucional pública é absolutamente possível, de modo que pode de fato ser utilizado como base de sustentação para criação de políticas públicas tributárias voltadas aos entes federados.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação. Interinstitucional. Pública. Desenvolvimento. Econômico.

- 1 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD-UNISC). Especialista em Direito Processual Cível pela Escola Paulista de Direito (EPD). Professor convidado na Pós-graduação Lato Sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogado. Cachoeira do Sul/RS. E-mail: victor.priebe@hotmail.com
- 2 Pós-Doutor em Direito pelo PNPd da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Doutor, Mestre e Especialista em Direito pelo PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor da Faculdade Dom Alberto. Advogado. E-mail: danieldottes@ig.com.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

PRIEBE, Victor Saldanha; FREITAS, Daniel Dottes de. *A ideia de cooperação interinstitucional pública como alavanca do desenvolvimento econômico*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 73-86, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.7890>.

ABSTRACT

In describing public inter-institutional cooperation under a pragmatic theoretical framework, a case study is sought to demonstrate the possibility of an implicit constitutional principle, which is understood as one of the pillars of support for public tax policies aimed at federated entities. In view of this reality, it is sought to examine the relationship of interinstitutional cooperation that federal entities possess, as well as to envisage the possibility of emancipation of such implicit constitutional principle in the way of providing better results in tax matters, and consequently in the functions of State. In order to meet this objective, the following questions are asked: Does the implicit constitutional principle of public inter-institutional cooperation be analyzed under a pragmatic theoretical framework? And, if positive, is it capable of sustaining a specific model of public policy to be implemented in the federated entities? In order to examine the proposal, we chose a case study in which an analysis of an interpretative character was used in the verification of the data by means of the bibliographic research technique. It was therefore concluded that it is entirely possible to examine the subject in the light of the theoretical pragmatic matrix, which has made it possible to understand that the emancipatory goal of the principle of public interinstitutional cooperation is absolutely possible, so that it can in fact be used as base of support for the creation of public tax policies directed to the federated entities.

KEYWORDS: Cooperation. Interinstitutional. Public. Development. Economic.

INTRODUÇÃO

Após descrever a hipótese daquilo que se denomina aqui de cooperação³ interinstitucional pública, construída a partir de um estudo de caso, o presente trabalho pretende observar tal possibilidade conforme os postulados da matriz teórica pragmática.

Com isso, propõe a construção de um recorte específico na forma de observação de um determinado fato do mundo, objetivando-se ao final uma modificação sobre o resultado do trabalho de pesquisa na lógica de observação, o que seria típico na compreensão e entendimento sobre a própria matriz teórica referida.

Noutra perspectiva, é um exercício praticado a bem de comprovar uma nova construção no pensamento dos autores, como questão de entendimento sobre o tema, quiçá, servível para influenciar os leitores. Assim, não pretende arvorar-se com especialidade e profundidade a ponto de esgotar o tema.

O trabalho apresentará um estudo de caso, a ser seguido por uma condição de possibilidade, onde a ideia de que este estudo permite vislumbrar a existência de um princípio constitucional implícito. Este, por seu turno, vem a sustentar um modelo específico de política pública a ser implementada entre os entes federados. Após tais construções, a ideia será submetida à lógica da matriz pragmática, com vistas à construção de uma emancipação possível do pensamento.

3 Os termos "cooperação", "cooperativismo" e "cooperativo" são utilizados aqui como sinônimos.

1. A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASO

No ano de 2006, por intermédio de uma atividade conjunta liderada pela administração pública municipal de Cruz Alta⁴, junto a bacia leiteira do noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, foram realizadas diversas reuniões entre representantes dos respectivos municípios e entre estes e a empresa "CCGL", a fim de implementarem uma política pública e um modelo de gestão que beneficiasse a todos os entes públicos interessados, no sentido de garantirem arrecadação fiscal decorrente da instalação da referida empresa naquela região, evitando entre eles a chamada guerra fiscal (disputa entre entes federados pela instalação de empresas).

A partir de tais reuniões, deliberou-se conjuntamente, que não haveria disputa entre os municípios quanto à instalação da empresa em seus territórios (fato que origina a chamada guerra fiscal dado o interesse comum de cada ente, com vistas à arrecadação tributária daí decorrente).

A guerra fiscal é uma situação fático-administrativa, que decorre do próprio caráter extrafiscal dos tributos. Sobre isso já afirmamos:

O princípio da extrafiscalidade em matéria tributária encontra-se diluído em diversos dispositivos constitucionais, mas também é encontrado na própria legislação infraconstitucional. Todavia, universalizando-se desse modo, permeia o conjunto normativo em todas as esferas da federação. Isto significa dizer que, por corolário lógico, é norma que se encontra em cada esfera da *competência tributária* estabelecida a partir da Constituição. [...] Mas a diretriz da extrafiscalidade é a *busca do desenvolvimento social a partir, fundamentalmente, da intervenção nos domínios econômicos e sociais*[...]. [...] Assim, além de não representar, obrigatoriamente, melhoria de vida às populações locais, especialmente quanto ao *desenvolvimento humano*, a atividade estatal institui a chamada guerra fiscal entre os entes da federação. Ela desenvolve no seio das administrações públicas a contumaz intenção de beneficiar tributariamente variadas empresas e indústrias, numa acirrada disputa local, regional e estadual, fazendo com que os entes federados, mutuamente, percam força, cedendo à exploração econômica patrocinada em favor apenas do capital privado (RODRIGUES, 2009, p. 2687-2692).

Para que fosse evitada a disputa pela instalação da empresa entre os municípios envolvidos, promoveu-se uma política pública solidária, harmoniosa e cooperada, seguida de um modelo de gestão compatível com a mesma, a fim de que todos se beneficiassem no âmbito tributário local e regional.

Acordou-se a elaboração de convênios entre o denominado município-sede e os demais municípios participantes (convenientes), para devolução dos aportes financeiros advindos da comercialização de leite (enviado pelos produtores de cada município), referentes ao chamado retorno de ICMS, o que se denomina de ICMS adicionado ao município-sede (Cruz

4 Cruz Alta situa-se no Rio Grande do Sul, Estado do extremo sul do Brasil, em uma região denominada Planalto Médio, com altitude média de 452 metros acima do nível do mar. Com clima ameno e povo hospitaleiro, Cruz Alta se constitui num dos pontos principais do mapa do Estado. Mais precisamente, o Município de Cruz Alta está situado no meio norte do Rio Grande do Sul, na micro-região 322, composta pelos municípios de: Cruz Alta, Ibirubá, Júlio de Castilhos, Santa Bárbara do Sul, Santiago, São Francisco de Assis, Tupanciretã e Fortaleza dos Valos." Disponível em: <http://www.culturagaucha.com.br>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

Alta), e que seria devolvido a cada um dos participantes como retorno de tributação proporcional ao que enviaram à empresa instalada em Cruz Alta.

Formalizados os convênios a partir de uma lei municipal de Cruz Alta, que reconhecia tal possibilidade, a empresa participante se responsabilizou por informar ao município-sede os quantitativos de produtos enviados pelos demais, permitindo-se a repartição proporcional da tributação e sua devolução a cada um deles.

Sob estudo, este caso permite várias avaliações e conclusões, das quais emerge a proposta de reconhecimento de um modelo de cooperação pública entre entes federados, que transcende os conceitos de solidariedade e harmonização em sede de políticas públicas.

Ao contrário dos demais conceitos, a cooperação⁵ incorpora uma atitude, ou seja, determina uma efetiva atuação para que duas ou mais pessoas executem uma conduta antes aceita por todas. Mas este tema terá tratamento específico no próximo item.

Especialmente quanto ao exemplo aqui tratado como estudo de caso e, mais adequadamente, como estudo de caso piloto, verifica-se que no ambiente da triagem sua seleção é adequada por incorporar diversas características servíveis à investigação.

Nas palavras de Robert K. Yin, a utilização do caso piloto assumiu o papel de "laboratório" para a pesquisa, cumprindo seu desiderato:

O local usado pelo caso-piloto poderia, por conseguinte, assumir o papel de um "laboratório" para os pesquisadores, permitindo-lhes observar fenômenos diferentes de muitos ângulos diferentes e testar abordagens diferentes em uma base experimental (YIN, 2005, p. 104).

Para fins metodológicos o caso acima descrito forneceu os elementos indispensáveis à comprovação das ocorrências acima descritas.

O pesquisador visitou a administração pública de Cruz Alta, no Rio Grande do Sul, tendo acesso a todos os elementos acima descritos, como atas de reunião, legislação, setores responsáveis pela execução de atividades e demais informações comprobatórias daquela atuação administrativa.

Assim, serve o presente para configurar a confirmação do caso, nos termos em que foi investigado. O caso de Cruz Alta cumpriu o papel de representação do modelo de cooperação interinstitucional pública, ou seja, demonstrou a aplicação prática de um modelo de cooperação entre entes federados municipais, servindo aos propósitos de verificação das circunstâncias teórico-científicas que podem sustentar o próprio modelo.

Mas do ponto de vista científico, o que seria isso? No contexto da matriz pragmática, o que representaria a cooperação nos moldes aqui apresentados? Pretende-se responder estas duas questões nos itens subsequentes.

5 O cooperativismo tem o seu reconhecimento formal, de um sistema econômico e social, a partir da fundação da cooperativa matriz de Rochdale, em 1.844, na Inglaterra (BÜTTENBENDER, 1994, p. 99).

2. O SURGIMENTO DA IDEIA DE COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL PÚBLICA

A partir do estudo de caso acima veiculado de forma resumida, verificou-se uma ocorrência prática, a cooperação entre os municípios a fim de que todos aqueles pertencentes à bacia leiteira da região noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, se beneficiassem com a devolução do ICMS adicionado ao município-sede, ou seja, recebendo de forma proporcional o tributo referente ao produto saído de seu território.

Este caso cumpre a função de base experimental para uma avaliação científica, qual seja, a de visualizar as atitudes administrativas que foram adotadas, como uma espécie de cooperação havida no âmbito da administração pública municipal, entre os municípios, cuja finalidade foi a de atingir interesses regionais, comuns, em detrimento da habitual disputa existente entre eles, e que poderia ser repetida à despeito do que ocorre em todo o país.

Naquele momento os municípios envolvidos relegaram a tradicional disputa pela instalação da empresa em seu território, promovendo uma estratégia comum que beneficiasse cada um deles e, bem assim, toda a região. Do ponto de vista pragmático lançaram mão de uma técnica capaz de incorporar seus verdadeiros anseios.

Mas se seus anseios embasaram-se no bem comum regional, há que se reconhecer a existência de outros fundamentos dando suporte a esta conduta, a esta técnica de atuação prática (cooperação), quais sejam: primeiro, rememorando fundamentos morais universais, como por exemplo, a proteção e o desenvolvimento da vida humana; segundo, assumindo uma conduta ética correspondente a tais anseios, relegando traições e egoísmos, assumindo a vontade da comunidade, o próprio bem comum.

Já assumindo a linguagem habermasiana, há que se afirmar que a ideia de cooperação interinstitucional pública incorpora os três tipos de argumentos para a deliberação pública, conformando-se com a matriz pragmática da comunicação, de Jürgen Habermas. Todavia, por questões metodológicas, neste momento cabe afirmar apenas que o exercício científico que será feito a seguir, utilizará a matriz habermasiana para demonstrar que a prática cooperada examinada, leva à ideia de que existe um princípio da cooperação interinstitucional pública, ou seja, especial, entre entes federados, e que tal princípio sustenta um modelo de política e gestão públicas.

Importa referir uma preocupação de fundo no sentido de questionar se a juridicização do princípio da cooperação interinstitucional pública e a criação de um modelo dessa natureza seriam determinantes para uma conduta pública nestes termos. Na verdade, não! Mas a decisão de juridicizar, sim!

Ora, a seguir será demonstrado que isso é possível, todavia, se antes estiverem presentes os postulados habermasianos acima referidos e que residem no tenso ambiente situado entre faticidade e validade, como alude Habermas:

Qualquer sociologia desejosa de ter acesso ao seu campo de objetos, passando pela compreensão hermenêutica do sentido, tem que levar em conta essa tensão entre facticidade e validade.[...] Os participantes da interação têm que atribuir-se reciprocamente a consciência de seus atos, ou seja, têm

que supor que eles são capazes de orientar seu agir por pretensões de validade (HABERMAS, 1987, p. 38).

Noutras palavras, numa primeira leitura do problema, pode-se afirmar que não haverá cooperação interinstitucional pública, nem tampouco qualquer modelo dela emergente, mesmo que juridicizado, sem que no caminho percorrido entre o fato e a validade da norma na consciência humana, todos aqueles argumentos para deliberação e decisão pública estejam presentes. Esta seria a leitura pragmática do caso em estudo.

3. O CASO EM ESTUDO À LUZ DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA: UMA DEMONSTRAÇÃO POSSÍVEL E ACEITÁVEL

Uma preocupação fundamental no pensamento de Habermas que pode servir como ponto de partida para este estudo, consiste em sua preocupação com o processo de emancipação do ser humano. Da metafísica à racionalidade transcendente salta evidente a preocupação em desvendar o conhecimento humano sobre o mundo e a fixação das bases que orientam (se não, determinam) seu pensamento.

Nesse contexto a teoria da ação comunicativa responsabiliza-se por uma espécie de virada paradigmática da intersubjetividade. Do contexto de suas obras, Habermas constrói os conceitos de razão, verdade, democracia e direito, na intersubjetividade discursiva. A comunicação é, então, o fator determinante das decisões humanas.

E como a decisão haurida a partir da comunicação forma e conforma a cooperação interinstitucional pública?

Para responder-se esta principal questão, é necessário um desdobramento. Primeiro, fixando a ação comunicativa como o berço para a descoberta da verdade na relação havida entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, situação que fixa um ponto de partida para aquilo que se chama decisão, mais precisamente direito enquanto decisão. Depois, alocando a ideia de cooperação interinstitucional pública no ambiente da própria matriz pragmática, para demonstrar o que realmente lhe origina e o que pode determinar sua utilização de forma mais universalizada.

Nesse contexto seria demonstrada a emancipação teórica referida no título do trabalho. Seria o reconhecimento de que a cooperação interinstitucional pública enquanto princípio jurídico constitucional implícito e enquanto modelo a ser utilizado noutros casos, não se sustenta na normatividade do direito (para geração de obediência), ou seja, na suposta essência do direito; mas que se sustenta na decisão comunicativa que o antecede. E a razão comunicativa suporta os argumentos para a deliberação pública.

Em realidade, sustenta os fundamentos ético, moral e pragmático, retirando do direito (normativo) um conteúdo que pretensamente seria seu. Estar-se-ia, ainda, diante dos denominados *déficits* que prejudicam o trânsito para uma nova racionalidade (a racionalidade comunicativa).

Na teoria de la acción comunicativa i, racionalidad de la acción y racionalización social, Habermas inicia a incursão da razão comunicativa como fundamento básico para a ação comunicativa. Veja-se:

Podemos decidir, en resumen, que las acciones reguladas por normas, las autopresentaciones expresivas y las manifestaciones o emisiones evaluativas vienen a completar los actos de habla constatativos para configurar una práctica comunicativa que sobre el trasfondo de un mundo de la vida tiende a la consecución, mantenimiento y renovación de un consenso que descansa sobre el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica. La racionalidad inmanente a esta práctica se pone de manifiesto en que el acuerdo alcanzado comunicativamente ha de apoyarse en *última instancia* en razones Y la racionalidad de aquellos que participan en esta práctica comunicativa se mide por su capacidad de fundamentar sus manifestaciones o emisiones *en las circunstancias apropiadas* La racionalidad inmanente a la práctica comunicativa cotidiana remite, pues, a la práctica de la argumentación como instancia de apelación que permite proseguir la acción comunicativa con otros medios cuando se produce un desacuerdo que ya no puede ser absorbido por las rutinas cotidianas y que, sin embargo, tampoco puede ser decidido por el empleo directo, o por el uso estratégico, del poder.

Por eso pienso que el concepto de racionalidad comunicativa, que hace referida a una conexión sistemática, hasta hoy todavía no aclarada, de pretensiones universales de validez, tiene que ser adecuadamente desarrollado por medio de una teoría de la argumentación (HABERMAS, 1987, p. 36).

Ele afirma que as ações reguladas por normas vêm completar os atos de fala, configurando uma prática comunicativa sobre tudo o que se vê sobre o mundo, a própria representação que cada pessoa humana tem sobre o mundo, bem como aquilo que um grupo (por exemplo), assume e comunica como tal. Daí emerge o que denomina de racionalidade comunicativa.

Trata-se da construção de uma matriz no âmbito da fenomenologia do conhecimento que soluciona o problema da gnosiologia. Aquilo que o objeto é, o é por obra da comunicação, mais precisamente das escolhas comunicativas das pessoas. Assim, trata-se de decisão em âmbito comunicativo. Por isso, a afirmação de que direito é decisão.

E aquele caso piloto acima veiculado guardaria esta mesma situação? Adiante isso será demonstrado. As afirmações de Habermas sobre a interpretação dos fatos da vida segundo o modelo da ação comunicativa:

En el caso de la acción comunicativa los rendimientos interpretativos de que se construyen los procesos cooperativos de interpretación representan el mecanismo de cooperativos de la acción; la *acción comunicativa* no se agota en el *acto de entendimiento* efectuado en términos de interpretación. Si escogemos como unidad de análisis un acto de habla sencillo realizado por H, frente al que por lo menos otro participante en la interacción puede tomar postura con un <<sí>> o con un <<no>>, podremos clarificar las condiciones de *la coordinación comunicativa de la acción* indicando qué quiere decir que un oyente entienda el significado de lo dicho 164. Pero la acción comunicativa designa un tipo de interacciones que vienen coordinadas mediante actos de habla, mas que no coinciden con ellos (HABERMAS, 1987, p. 136).

Verifica-se aqui, que Habermas transporta o ato de comunicação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível para o ambiente coletivo, ocasião em que outro ou outros membros podem tomar postura sobre aquela comunicação, aceitando ou não, modificando-a ou não, surgindo assim a ideia de concordância comunicativa decorrente da ação. Ora, isso seria a própria significação do objeto.

Ele segue seu raciocínio no ambiente linguístico em que constrói a teoria da ação comunicativa. Trata-se da construção linguística de uma realidade fictícia.

El *deslinde* lingüístico entre los *planos de realidad* que representan el <<juego>> y el <<ir en serio>>, la construcción lingüística de una realidad ficticia, el chiste y la ironía, el uso translaticio y paradójico del lenguaje, las alusiones, las revocaciones contradictorias de pretensiones de validez en el plano metalingüístico- todo ello se basa en una confusión intencionada de modalidades del ser. La pragmática formal puede aportar a la aclaración de los mecanismos que el hablante necesita para dominar todo ello, mucho más que lo que puede aportar una simples descripción empírica, por exacta que sea, de los fenómenos a explicar. El niño, al irse ejercitando en los modos fundamentales del uso del lenguaje, adquiere la capacidad de trazar los límites entre la subjetividad de sus propias vivencias, la objetividad de la realidad objetualizada, la normatividad de la sociedad y la inter-subjetividad de la comunicación lingüística. Al aprender a tratar hipotéticamente las correspondientes pretensiones de validez, se ejercita en las distinciones categoriales entre esencia y fenómeno, ser y apariencia, ser y deber, signo y significado. Y junto a estas modalidades entitativas, se hace también con la posibilidad de manipular esos fenómenos de engaño que inicialmente se deben a una confusión involuntaria entre la propia subjetividad, de un lado, y los ámbitos de lo objetivo, lo normativo y lo intersubjetivo, de otro. Ahora sabe cómo dominar las confusiones y cómo generar de propósito desdiferenciaciones que puede utilizar en la ficción, en el chiste, en la ironía, etc (HABERMAS, 1987, p. 424-425).

Não obstante a grandeza da obra e, na mesma proporção, a densidade do texto habermasiano, pode-se utilizar a passagem acima como exemplo do grande giro hermenêutico que Habermas faz ao examinar o problema do conhecimento. Ao afirmar que em âmbito lingüístico, o homem constrói uma realidade fictícia sobre uma realidade real (permitida a redundância) a qual não se tem acesso, o autor promove o modelo de ação comunicativa como sustentáculo das bases do conhecimento sobre as coisas do mundo. O que sabemos sobre a realidade é produto da interação comunicativa. Estabelecida a comunicação entre o sujeito e o objeto, haverá que decidir a representação sobre o objeto. Esse seria o caminho entre fato e validade. O objeto encontra uma condição de validez, após construído o fato no complexo ambiente da percepção humana.

É possível afirmar-se, então, que a teoria da ação comunicativa implica uma concepção comunicativa acerca do próprio conhecimento. Tal trabalho é feito no caso escolhido aqui, a cooperação interinstitucional pública.

Não há espaço aqui para outras digressões sobre moralidade (por exemplo), como fator a influenciar o pensamento do sujeito. Apenas se pretende referir o sentido do conhecimento sobre o objeto segundo a teoria da ação comunicativa. E daí aplicá-lo no caso em estudo já na imbricação pragmática.

O caso em estudo parece conter uma circunstância absolutamente peculiar, suficiente para demonstrar com absoluta clareza, não apenas a ideia de ação comunicativa nele havida, mas o surgimento de um novo pensar sobre o seu objeto, diferentemente do que antes vinha ocorrendo. E tal atitude representará uma emancipação no modo de se exercitar a política tributária e a competência municipal.

4. A IDEIA DE COOPERAÇÃO INTERINSTITUCIONAL PÚBLICA CONFORME A OBSERVAÇÃO TEÓRICA PRAGMÁTICA: UMA EMANCIPAÇÃO POSSÍVEL

Depois de sustentadas as hipóteses de trabalho e os conceitos que orientam a questão de fundo deste trabalho, é o momento de examinar o que se denomina de ideia de cooperação interinstitucional pública, mediante a aplicação da matriz pragmática. Trata-se de examinar o problema da decisão política e jurídica que deu sentido ao caso em estudo, ou seja, aplicação da matriz pragmática na observação desta situação em especial, com vistas ao reconhecimento de um ato-fato administrativo quase paradigmático, que ultrapassou os padrões comuns da atuação pública.

Perguntar-se-ia, assim, como a matriz pragmática observa essa atuação em nível de competência municipal, em que a tradicional guerra fiscal seria a pedra-de-toque da relação havida entre os municípios participantes do convênio?

Preliminarmente, é importante justificar o presente exame segundo tal opção teórica. A escolha representa um desafio dada a complexidade da teoria pragmática.

Conforme afirma Janriê Rodrigues Reck, ao examinar a filosofia da linguagem, não existe pensamento desconectado da linguagem. Não há conteúdo para uma norma, senão um pacto semântico assentado em definições humanas comuns, sobre as coisas.

Percebe-se que a produção do conhecimento (e a produção do Direito) é um processo complexo que envolve a interação de pessoas entre si e com a sua cultura, através da linguagem. Esta passa a ser o conceito chave, uma vez que mais do que mediação é também condição de possibilidade de qualquer vivência e de acesso ao mundo. As matrizes teóricas mais usadas já estão em conformidade com este paradigma filosófico (RECK, [S.l.: s.n], a).

Dada tal circunstância de análise científica, haverá a formação de um juízo sobre o objeto, e a consciência deste fato muda a própria racionalidade desenvolvida. Muda, pois, o acesso ao mundo. A matriz aqui escolhida é uma linguagem escolhida para observar o caso relatado no início, para verificar se existem questões de fundo importantes e que sirvam de referência na prática jurídica e política.

A matriz pragmática ajudará a compreender o fenômeno ocorrido em Cruz Alta, não apenas desvendando a decisão administrativa política e jurídica tomadas, mas relevando que nela reside o conhecimento e a opção humana sobre o ato-fato praticado naquela comunidade, e que destoa dos tradicionalmente adotados.

Mas, evidentemente, não se pretende identificar o “melhor conhecimento possível”, mas demonstrar uma possibilidade e sua razoabilidade, como um verdadeiro exercício teórico. Por certo, se admitida a adequação desta proposta científica, haverá de – em certo grau – diminuir a angústia decorrente da coerção, como refere Reck. E como diz o autor, é a qualidade do argumento utilizado que evita o aprisionamento e constrói a emancipação da pessoa pelo conhecimento sobre o objeto.

Por isso a afirmação de que a escolha da matriz teórica está diretamente relacionada com a emancipação do indivíduo. Quanto melhor a matriz, maior será a emancipação, porque mais livrará das coerções.

Na hipótese deste artigo científico a questão da união de diversos municípios de uma determinada região do Rio Grande do Sul, para superação de um problema habitual e costumeiro, surge como uma oportunidade para a construção do conhecimento.

Ao aplicar o modelo pragmático-sistêmico, Reck ensina que uma comunicação torna-se jurídica ao se enlaçar com os símbolos do sistema, o que corresponde a ser capaz de igualdade e validade:

Uma comunicação torna-se jurídica ao se enlaçar com os símbolos do sistema, isto é, deve ser capaz de igualdade e validade. Mesmo que, para Luhmann, os símbolos não tenham conteúdo, sendo meramente representação do movimento do sistema, o enlace gera um pouco mais de precisão ao exigir produção de novas operações de redundância (isto é, justificação de por que a comunicação observada pelo Direito pode se manter jurídica). A comunicação tem de ser capaz de se enlaçar com a ideia de que ela valeria para uma generalidade de casos e com a ideia de que ela estaria conforme o todo do sistema. (RECK, [S.I.: s.n.], b)

Como explica ele, o enlace de símbolos (como é o caso das letras jurídicas) produz novas operações de redundância, equivalentes à replicação do conhecimento jurídico que se tem sobre determinado dispositivo legal, por exemplo. Então um artigo de lei é para mim, como é para muitos outros, devido a esta reprodução em que a comunicação se instalou, mas tudo em razão de que decidimos que fosse assim.

Foi exatamente esse exercício que aconteceu em Cruz Alta no trato da questão referente à devolução do ICMS adicionado, advindo dos municípios pertencentes à bacia leiteira. Ao invés de promoverem entre si a guerra fiscal, disputando a empresa “CCGL”, mediante o oferecimento de vantagens a ela em detrimento do próprio município e dos demais relacionados, optou-se por uma atuação a partir de um novo nível de moralidade.

Nada obrigava a atitude tomada na região noroeste do Rio Grande do Sul. Ao contrário, as normas que regem a matéria sobre a competência municipal (principalmente a constitucional) não impedem que um município negocie a vinda diretamente com empresa; sua instalação e a concessão de benefícios fiscais com vistas ao futuro desenvolvimento local, principalmente com aportes financeiros decorrentes do ICMS adicionado, são situações absolutamente usuais.

É de se pensar que cada prefeito municipal tem a obrigação de proteger o desenvolvimento de seu município, sua comunidade, sem qualquer obrigação ou mesmo preocupação com os demais municípios. Seria responsável pela defesa de um interesse público condenado pelos limites da base territorial de cada ente municipal.

Mas não foi isso o que aconteceu naquela localidade. Uma comunicação foi estabelecida entre as lideranças locais, emergindo uma decisão de âmbito político-jurídico, capitaneada por um novo padrão de moralidade, mais elevado, e que amplia o senso de bem comum.

Voltando-se para a pergunta principal sobre a aplicação da pragmática da comunicação, a ação comunicativa (fundada nos ditames processuais da razão comunicativa) formou e conformou a cooperação pública entre os municípios. Como demonstrado por Habermas, efetivou-se a escolha por uma norma melhor para todos, dada a maturidade dos intérpretes. Seu estágio de desenvolvimento moral permitiu um agir comunicativo a partir de um novo padrão, e que teve ressonância em âmbito regional, pois se tem notícia que todos os municípios interessados abandonaram a ideia de disputa (com os mecanismos oferecidos pela fiscalidade tributária), para se somar a uma proposta coletiva.

No caso específico de Cruz Alta, o esforço seria ainda menor, caso optasse pela guerra fiscal. É o maior município da localidade, sendo certo que venceria a disputa dadas as possibilidades e a preferência já existentes. Conforme a linguagem habermasiana, percorreu-se o caminho entre “a coerção fática e a validade legítima”. (HABERMAS, 2003, p. 47)

Há bastante segurança no reconhecimento desse caso enquanto exemplo próprio à pragmática da comunicação. Trata-se de uma visão aceitável, pois ocorreu que a validade social da norma de direito municipal que regulamentou os convênios, foi determinada pelo grau de imposição, ou seja, aceitação fática no círculo de prefeitos municipais da região da bacia leiteira de Cruz Alta.

A validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apóia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. (HABERMAS, 2003, p. 50)

É o reconhecimento de que o conceito ‘mundo da vida’ da teoria da comunicação, também rompe com o modelo de uma totalidade que se compõe de partes, concluindo Habermas que o mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas foi o que ocorreu no caso em estudo, quando a ação comunicativa se alimentou das fontes culturais, ordenação legítima e identidade dos indivíduos socializados que participaram deste processo, cuja característica mais marcante deixada é a de que experimentaram uma verdadeira emancipação. A mesma emancipação de que se regozija o autor deste trabalho ao afirmar a pertinência da matriz teórica pragmática a partir deste estudo de caso (HABERMAS, 2003, p. 50-52).

Assim, resta adiantada a principal conclusão buscada neste trabalho, qual seja, a de que a ocorrência fática – enquanto exemplo simplificado de caso – incorpora os três tipos de argumentos levados para a deliberação pública: ético, moral e pragmático.

O fato relatado demonstra que foi retomado o conteúdo ético mais adequado para representar o bem comum. Expandiu-se a definição jurídica que reduz o bem comum à defesa dos interesses comunitários locais, para um modelo de defesa regional e a partir da cooperação.

Nesse caminho a referência moral (proposições universais) sustentou a consciência de que o modelo usual estava e está errado ou distorcido, maculando o bem comum na sua concepção mais original, incorporadora daquilo que se denomina universalidade.

Assim, a pragmática da comunicação se insere neste contexto como uma técnica possível para resolução de conflitos. No estudo do caso Cruz Alta & "CCGL" foi feito o caminho inverso, demonstrando que todo seu itinerário incorpora as definições pragmáticas, fundamentando a política pública cooperativa.

Em linhas finais ainda é necessário demonstrar o mínimo de entendimento da matriz aqui utilizada, sob pena não haver compreensão sobre seus enlaces e desenlaces, não obstante a utilização, tão só, de alguns de seus preceitos fundamentais. Isso é necessário, porque "se a matriz teórica foi compreendida, ela modifica o resultado do trabalho", como explica Reck ([S.I.: s.n.], a).

No presente estudo de caso a matriz foi satisfatoriamente aplicada, tendo sido vivenciada quando do entendimento de que seus postulados fundamentais foram descortinados no caso de Cruz Alta. Não se limitou a um modo de apresentação de trabalho, senão como fundamento para a emancipação teórica. Efetivamente a pragmática da comunicação ajudou a compreender o fenômeno ocorrido naquela região do Rio Grande do Sul, especialmente quando os acontecimentos lá praticados foram revolidos à luz dos postulados teóricos da matriz. Significa dizer que as reuniões, deliberações, decisões e atitudes que efetivaram a cooperação pública institucional naquele ambiente de políticas públicas tributárias amparam-se nos postulados da pragmática comunicativa.

Com Reck, o conceito específico sobre a matriz aqui eleita, a fim de que se evidencie mais a correção da incursão realizada:

Esta matriz tem este nome por que, dentre as dimensões de análise possível da linguagem, concentram seus estudos dentro do campo pragmático, isto é, no que a linguagem pode servir enquanto instrumento de entendimento, ou de como a intenção funciona na formação do significado (lembrando que, para Habermas, o significado se forma a partir de um consenso onde atuam intenção do falante, hermenêutica do ouvinte e cumprimento dos jogos de linguagem) (RECK, [S.I.: s.n.], c).

A base da matriz está na linguagem enquanto instrumento para o conhecimento sobre as coisas do mundo. A pertinência disso parece decorrer do eterno problema apresentado pela filosofia clássica, de que o acesso ao objeto, ou seja, as coisas do mundo, não ocorre como realmente parece ocorrer. A relação entre sujeito e objeto se traduz num exercício mental em que o cognoscente constrói e reconstrói o objeto de observação (as coisas do mundo).

Retomando aspectos relevantes da matriz e aplicando-os no caso sob estudo, tem-se que – por inexistir pensamento desconectado da linguagem – aquele grupo de pessoas que gerenciavam o interesse público local e regional, fixaram um novo pacto semântico (novas definições), para refazer a realidade problemática.

O tema da competência tributária local, no que se refere à outorga de isenções, benefícios fiscais ou outras atividades atrativas do meio empresarial, sofreu uma releitura determinante de um novo modo de agir que pode sustentar o reconhecimento de um princípio de nível jurídico que, por sua vez, pode sustentar um novo e interessante modelo de atuação administrativa entre os entes federados. É o modelo cooperativo interinstitucional público.

Ora, parece evidente que a matriz teórica eleita neste trabalho atinge satisfatoriamente a pretensão de emancipação, mais especialmente ao permitir uma universalização do conhecimento sobre este fato humano.

Noutras palavras, ela permeia de forma bastante clara todos os fundamentos do estudo de caso, perpassando todos os atos desenvolvidos por aqueles agentes públicos responsáveis por aquela nova prática administrativa, o que se vê como fundamentação racional que pode sustentar o modelo cooperativo no formato aqui reverenciado.

Há uma relação de trocas "a fim de fundamentar os princípios para uma organização política do poder público sob pontos de vista da teoria do discurso", como ensina Habermas (2003, p. 211).

A natureza extrafiscal dos tributos permite a guerra fiscal entre entes da federação. Não obstante a disputa ter atingido as raias do costume administrativo, na região de Cruz Alta, no Rio Grande do Sul, os líderes políticos dos municípios envolvidos promoveram o exame de normas controversas de normas controversas, mediante o princípio da universalidade, que permite encontrar um benefício que atinja um número maior de pessoas. Trata de regular a convivência no interesse simétrico de todos, nas palavras do supracitado autor:

*Em questões morais, o ponto de vista teleológico, que nos permite enfrentar problemas por meio de uma cooperação voltada a um fim, desaparece por trás do ponto de vista normativo, sob o qual nós examinamos a possibilidade de regular nossa convivência no interesse simétrico de todos. [...] O princípio da universalização obriga os participantes do discurso a examinar normas controversas, servindo-se de casos particulares *previsivelmente típicos*, para descobrir se elas poderiam encontrar o assentimento refletido de todos os atingidos (HABERMAS, 2003, p. 203).*

Veja-se a evidência da referência atos de comunicação, na exata medida em que o direito de antes do caso (regras de tributação ou competência municipal e tributária) não sofreu alteração, nem mesmo mitigação. O padrão comunicativo embasado na universalidade proposta para beneficiar o maior número possível de pessoas, foi determinante como modelo pragmático para emancipação no trato da questão.

5. CONCLUSÃO

Em sede conclusiva é pertinente registrar que a proposição atingiu seus objetivos. Foi possível aplicar à sociedade a matriz pragmática ao caso sob estudo, dadas as idiosincrasias que o cercavam permitindo uma completa submissão aos principais postulados da matriz.

Assim, serve o presente como comprovação de que é absolutamente possível o exame do tema da cooperação interinstitucional pública a partir de tal teoria, o que permite e demanda aprofundamento futuros, em prol de sua defesa.

A concepção científica pragmática permitiu compreender o fenômeno examinado como estudo de caso, de forma a fixar com máxima clareza os próprios limites perseguidos pela fenomenologia do conhecimento, permitindo o reexame de diversos institutos produzidos

pelo homem, como linguagem, política e direito, ocasião em que suas realidades, posições e possibilidades restaram sobejamente fixadas, cumprindo-se a meta emancipatória pretendida.

REFERÊNCIAS

BÜTTENBENDER, Pedro Luís. O cooperativismo e o desenvolvimento regional: Estudo sobre as contribuições das cooperativas e das associações no desenvolvimento da região da Grande Santa Rosa. Unisinos. *Revista Perspectiva Econômica - Série Cooperativismo* nº 36 – Vol. 29 – nº 86 – julho/setembro. São Leopoldo: Unisinos, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade I*. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I, Racionalidad de la y racionalización social*. Tradução para o espanhol, de REDONDO, Manuel Jiménez. Madrid: Taurus, 1987.

RECK, Janriê Rodrigues. *Ciência, Direito e Educação: o debate acerca das matrizes teóricas, áreas de concentração e linhas pesquisa*. [S.l.: s. n.] (a).

RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica da competência enquanto decisão coordenadora de ações. [S.l.: s. n.] (b)

RECK, Janriê Rodrigues. *Introdução pragmática ao Direito: de volta à gnoseologia e à semiótica do Poder*. [S.l.: s. n.] (c)

RODRIGUES, Hugo Thamir; FREITAS, Daniel Dottes de. Cooperativismo Interinstitucional Público: uma proposta de gestão pública tributária para superação da guerra fiscal, em busca do desenvolvimento. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

YIN, Robert K. *Estudo de Caso, Planejamento e Métodos*. Tradução de GRASSI, Daniel. São Paulo: Bookmann, 2005.

Recebido/Received: 15.05.2020.

Aprovado/Approved: 26.07.2020.

BLOCKCHAIN DAS CRIPTOMOEDAS COMO FERRAMENTA ECONÔMICO- FINANCEIRA A SERVIÇO DO BIOPODER

BLOCKCHAIN OF CRYPTOCURRENCY AS AN ECONOMIC-
FINANCIAL TOOL IN THE SERVICE OF BIOPOWER

JEFFERSON APARECIDO DIAS¹
BRUNO AZZOLIN MEDEIROS²
GALDINO LUIZ RAMOS JÚNIOR³

RESUMO

O desenvolvimento da tecnologia de *blockchain* tem trazido grandes desafios para o campo das ciências jurídicas, em especial quanto à necessidade de regulamentação de seu uso. O objetivo do presente trabalho é analisar como o *blockchain*, utilizado especificamente nas criptomoedas, pode ser instrumentalizado pelo biopoder para influenciar na ordem econômico-financeira. Na busca de cumprir o objetivo geral traçado, a partir de uma pesquisa documental, de cunho exploratório e analítico-descritiva, adotando o método dedutivo, o artigo apresentará breves anotações sobre o funcionamento da tecnologia *blockchain* para, em seguida, discutir sobre a sua relação com a governamentalidade de Foucault e sua regulamentação como dispositivos de segurança. Ao final, defende-se que a regulamentação do uso de *blockchain* em criptomoedas pode ser o caminho adequado para o pleno cumprimento dos preceitos constitucionais relacionados à ordem econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Biopolítica. Ordem Econômica. Tecnologia. *Blockchain*. Criptomoedas.

ABSTRACT

The development of blockchain technology has brought great challenges to the field of legal sciences, especially regarding the need to regulate its use. The aim of this paper is to analyze how blockchain, used

- 1 Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha (Espanha). Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da UNIMAR (Universidade de Marília). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-3101-1621>. E-mail: jeffersondias@unimar.br.
- 2 Mestre em Direito na UNIMAR (Universidade de Marília). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-5277-3281>. E-mail: brunoazz@hotmail.com.
- 3 Mestre e Doutor pela UNIMAR (Universidade de Marília). Professor da UNIMAR (Universidade de Marília). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-6816-4883>. E-mail: advos@terra.com.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

DIAS, Jefferson Aparecido; MEDEIROS, Bruno Azzolin; RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. *Blockchain das criptomoedas como ferramenta econômico-financeira a serviço do biopoder*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 87-102, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8008>.

specifically in cryptocurrencies, can be used by biopower to influence the economic-financial order. In the search to fulfill the general objective outlined, based on a documentary research, of an exploratory and analytical-descriptive nature, adopting the deductive method, the article presents brief notes on the functioning of blockchain technology, then discusses about its relationship with Foucault's governmentality and its regulation as safety devices. In the end, it is argued that the regulation of the use of blockchain in cryptocurrencies may be the appropriate way for the full compliance with the constitutional precepts related to the economic order.

KEYWORDS: Biopolitics. Economic Order. Technology. Blockchain. Cryptocurrency.

1. INTRODUÇÃO

As evoluções tecnológicas e as transformações da sociedade sempre trouxeram grandes desafios para as ciências jurídicas uma vez que, ao inovar no campo fático, acabam por exigir dos legisladores e dos aplicadores do direito profunda análise de qual será o tratamento jurídico e normativo que lhes será dispensado. Se no passado essas inovações fáticas ocorriam de forma espaçada e relativamente lenta, nos últimos anos elas adquiriram uma velocidade incrível, ampliando os desafios no mundo jurídico.

Dentre tais inovações, interessa para o presente artigo o surgimento do *blockchain*, que pode ser conceituado como uma cadeia digital replicada de blocos de informação pública e livremente alimentada, sucessivamente codificada e decodificada em formulações criptográficas que de tão complexas assegurariam aos dados encadeados trânsito seguro. Trata-se de tecnologia de comunicação P2P (*peer to peer*), marcada por grande confiabilidade na transmissão de informações criptografadas. Dentre as suas diversas aplicações, uma das que tem ganho maior destaque é a relacionada às criptomoedas, como o *bitcoin*.

Num primeiro momento, a utilização do *blockchain* nas criptomoedas transmite a sensação de que se está criando um sistema financeiro e uma ordem econômica paralelos, independente dos sistemas legais e oficiais. Essa sensação é intensificada diante da falta de informação em relação ao tema, pois grande parte das pessoas sequer tem conhecimento suficiente para entender as características da referida tecnologia criptográfica, seu funcionamento e aplicações. Além disso, o *blockchain* acaba sendo concebido, de forma que nos parece equivocada, como uma espécie de resistência ao regime capitalista neoliberal, como se fosse algo neutro. Todas essas incertezas em relação ao tema justificam a sua análise de forma mais detida, em especial para verificar se as impressões iniciais sobre o uso do *blockchain* nas criptomoedas realmente podem ser confirmadas ou devem ser reinterpretadas.

Nesse sentido, o problema que se pretende analisar no presente artigo é se a utilização do *blockchain* nas criptomoedas deve receber regulamentação, seja ela de forma específica ou mesmo pela aplicação, por analogia, de regras gerais aplicáveis a outros ativos financeiros. A hipótese que se sustentará é que os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988 para a ordem econômica não permitem a adoção plena de um modelo econômico neoliberal, razão pela qual não seria possível uma utilização do *blockchain* nas criptomoedas sem regulamentação.

Assim, a partir de uma pesquisa documental, de cunho exploratório e analítico-descritiva, adotando o método dedutivo, o objetivo geral é analisar como o *blockchain*, utilizado

especificamente nas criptomoedas, pode ser instrumentalizado pelo biopoder para influenciar na ordem econômico-financeira.

Para cumprir seu objetivo geral, o trabalho partirá de uma apresentação de breves notas sobre o funcionamento do *blockchain* a fim de expor como se dá a sua utilização pelas criptomoedas, para, posteriormente, correlacioná-lo à governamentalidade liberal e ao biopoder de Michel Foucault, demonstrando que, ao contrário de se caracterizar como um instrumento de resistência, o uso do *blockchain* pelas criptomoedas pode ser concebido como um novo prudencialismo neoliberal. Por fim, o artigo se dedica a demonstrar que tanto o *blockchain* quanto a sua regulamentação podem ser concebidos como dispositivos de segurança para influenciar na ordem econômico-financeira.

2. “BLOCKCHAIN”: BREVES ANOTAÇÕES SOBRE SEU FUNCIONAMENTO

De início, nos cabe ressaltar quais características chamam mais atenção ao paradigma que propomos a partir deste novíssimo mecanismo e que são, ao nosso ver, capazes de desafiar a conformação social. Atualmente há grande alarde midiático projetado sobre o tema, gerando grande confusão conceitual. O *blockchain*, “tecnologia de blocos em corrente” ou apenas “tecnologia dos blocos” surgiu há mais tempo do que se pensa, a partir de uma mensagem assinada e distribuída por e-mail pelo pseudônimo Satoshi Nakamoto no ano de 2009 (PIRES, 2016, p. 14).

Fato, porém, é que desde sua idealização pouquíssima foi a utilização do sistema, que só se tornou conhecido quando serviu de base para implementação das chamadas moedas digitais (inconfundíveis com o bloco sendo apenas o meio mais famoso de sua utilização)⁴. Conforme revela Timoteo Pimenta Pires (2016, p. 26):

O *blockchain* é uma cadeia de registros imutáveis, públicos e distribuídos. Cadeia porque os registros estão cuidadosamente encadeados uns aos outros por meio de chaves públicas, entradas e saídas. Imutáveis porque uma vez que o registro é inserido na cadeia, ele não pode mais ser alterado. Públicos porque a única condição necessária para que um cidadão possa ter acesso aos registros do *blockchain* é que ele tenha acesso à internet, e distribuídos porque esta cadeia de registro não está armazenada em um único servidor central, ao contrário, está replicada em milhões de máquinas distribuídas pelo mundo todo e nenhuma empresa ou indivíduo pode reivindicar a propriedade destes registros

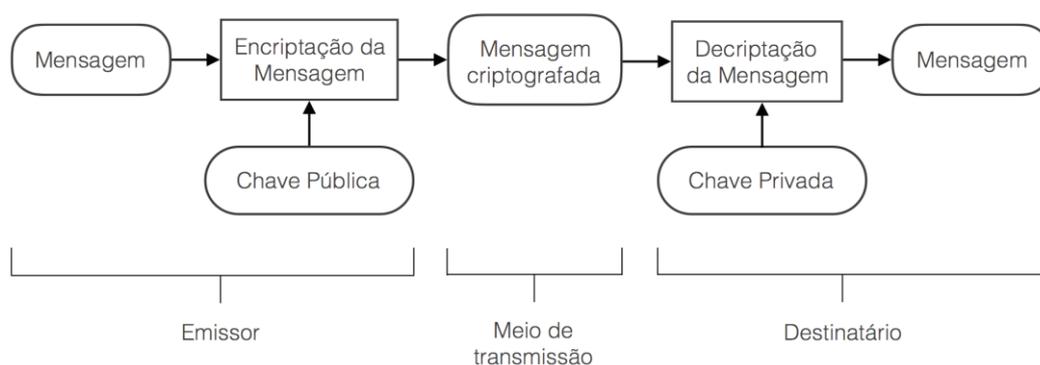
Existem condições técnicas para viabilizar o sistema deste modo. A ferramenta básica para sua operacionalização já é amplamente conhecida na prática jurídica: a assinatura digital. Em que pese toda a complexidade do sistema, ainda assim, a porta de entrada e saída

4 É muito comum confundir o *blockchain* com a tecnologia das moedas digitais, quando na realidade são coisas diversas. A moeda digital apenas adjunta o sistema *blockchain* como base eficiente para realizar suas operações peer-to-peer (P2P), ou seja: assegurar e tornar possível de forma segura que o portador da moeda realize seu câmbio, pessoa a pessoa, afastando-se da lógica distributiva tradicional servidor-terminais. Os usuários se conectam em nós (entre si) por um emaranhado de terminais eletrônicos.

das informações que são lançadas no sistema consiste na identificação de seus usuários através da notabilizada rubrica eletrônica, tão comum atualmente na prática forense.

O mecanismo é simples. O usuário inicial, portador de uma chave privada, lança uma informação criptografada, isto é, grafada com dados singulares que só pode ser lida (descriptografada) por outra chave (usualmente pública quando se trata de informações abarcadas pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras). A informação, por sua vez, ao chegar na chave pública só pode ser revelada por quem detenha uma outra chave privada que novamente decodifique a chave pública, recuperando, então, a assinatura lançada pelo primeiro usuário no início do processo. A figura abaixo demonstra como funciona a criptografia de chave pública, o primeiro passo para o desenvolvimento do *blockchain*:

Figura 1: Criptografia de Chave Pública

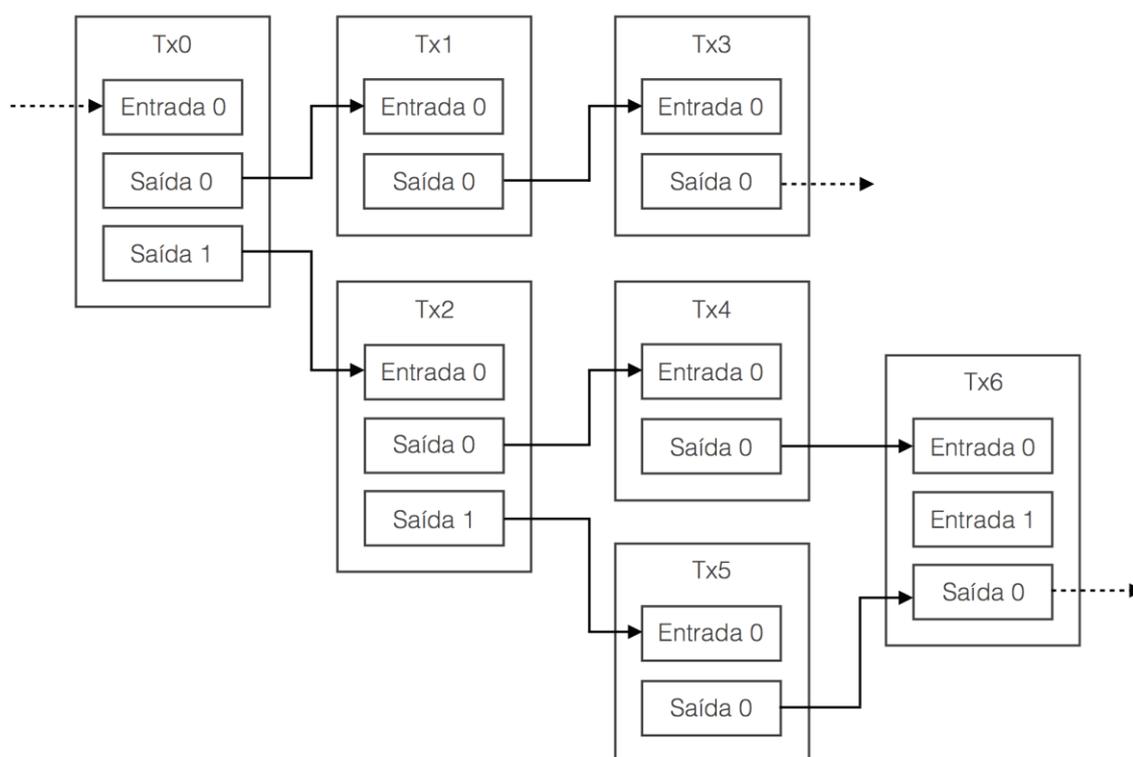


Fonte: PIRES, 2016, p. 17

Como se observa, não se pode lançar informação no sistema sem autoria. E para além da autoria, o que se deseja é verificar a autenticidade da assinatura, tarefa que a assinatura digital cumpre satisfatoriamente, como aliás já revela seu uso forense e em outros meios. Pouco importa, por outro lado, o sigilo ou resguardo sobre as informações que circulam pelo bloco. Estando autenticada a assinatura aposta pelo emissor, a informação lançada é essencialmente pública, podendo ser acessada por todos.

Mas aqui reside uma diferenciação relevante com a praxe das assinaturas digitais em meios convencionais. No universo *blockchain*, a utilização da assinatura digital é tremendamente mais complexa. Enquanto nos meios eletrônicos comuns, o objetivo é verificar ora a assinatura do emissor, ora (facultativa e eventualmente) a assinatura do destinatário, no *blockchain* as verificações das assinaturas ocorrem em regime frenético (típico da velocidade digital), fazendo com que o *blockchain* seja tido como uma solução de comunicação P2P (*peer to peer*) ainda mais confiável.

De modo a possibilitar a intercomunicação e validação das informações em cada bloco, incumbe ao sistema uma verificação contínua, cíclica e perene do conjunto de assinaturas que validam os blocos em suas cadeias anteriores até chegar no *primum mobile* do sistema, que foi designado inteligentemente pelos engenheiros como bloco gênese (válido evidentemente para o sistema mais conhecido em aplicação do *blockchain* na atualidade o *bitcoin*: minerado em 1 de setembro de 2009). Trata-se de tarefa essencial para manutenção das operações do sistema, conforme ilustra a figura abaixo:

Figura 2: Encadeamento de transações no *blockchain*

Fonte: PIRES, 2016, p. 28

Cada operação encontra ressonância no bloco gênese, mas a tarefa de retorno só é cumprida com a validação das assinaturas digitais de entrada e saída:

[...] ao inserir uma chave pública na saída da transação (ou um hash dela), apenas o portador da chave privada correspondente estará autorizado a utilizar aquela saída. No processo de validação da transação, a chave pública informada no campo Entrada é comparada com a chave pública previamente inserida na saída. Caso elas sejam diferentes, a transação é considerada inválida e não é propagada para os demais nós da rede. Caso elas sejam iguais, a assinatura informada no campo Entrada é verificada com a chave pública previamente confirmada. Se a assinatura for autêntica, ou seja, se a decifração com a chave pública revelar o hash dos dados da transação, então a transação é validada, replicada para os demais nós da rede e coletada em bloco para mineração. (PIRES, 2016, p. 29)

Verifica-se, portanto, que toda a consistência substancial da chamada moeda virtual está na realidade atrelada a codificações e decodificações contínuas, cuja alongada e incontável ocorrência acaba por gerar uma criptografia cada vez mais sofisticada e com capacidade crescente de dificultar sua solução matemática. E é aqui que se inicia o principal (e mais nevrálgico), ao nosso ver, toque do sistema na realidade social: quem opera a resolução das questões matemáticas? quem são os operadores do sistema? Sempre computadores e somente computadores?

Na realidade, o *blockchain* funciona a partir de um operador oculto que, tendo por instrumento de trabalho computadores de alta capacidade de processamento, cuida de descriptografar as informações do bloco, conforme os esquemas ilustrados acima. De antemão,

portanto, é preciso fixar premissa contrária às observações comuns na mídia e até em breves digressões acadêmicas que creditam ao *blockchain* uma intrigante capacidade “autopoietica”, querendo significar que seria o sistema de blocos um organismo autômato, independente de intermediários.

O entendimento do mecanismo presente nos blocos revela, portanto, que o sistema monetário tradicional não prescinde de um operador e tão pouco o *blockchain* prescinde de operadores. Os mineradores são a essência da viabilidade existencial e econômica dos blocos. O *blockchain*, portanto, ostenta intimamente uma lógica econômica tal como o sistema tradicional, embora de natureza peculiar.

3. A GOVERNAMENTALIDADE DE FOUCAULT E A SUA RELAÇÃO COM A TECNOLOGIA DAS CRIPTOMOEDAS

Por meio de aula ministrada no Curso do Collège De France, em 01 de fevereiro de 1978, Foucault explicou como surgiu historicamente uma das teses centrais de seu pensamento: a “governamentalidade” (FOUCAULT, 1979). Deduziu o conceito a partir de uma digressão histórica explicativa acerca da compreensão do modo de governo dos Estados, entre os séculos XVI e XVIII, tudo vinculado ao tripé conceitual que envolve segurança, população e governo. Para o autor, em certo período da idade média (anterior ao século XVI), já existiam tratados dedicados ao ensino do modo de exercício do poder pelo príncipe, mas é a partir do século XVI que passam a surgir tratados sobre a arte de governar (técnicas de governo) (FOUCAULT, 1979).

As ideias expostas são muitas e o texto, embora curto, é extremamente denso. Uma ideia exposta na aula proferida chama atenção, porque sintetiza o pensamento global do autor e demonstra sua filosofia de situar as instituições, as pessoas e outras estruturas sociais como meios para o exercício, manutenção e controle a serviço do poder. Ao discorrer sobre as variações do papel de família e de população no período analisado, Foucault revela uma inteligente e intrigante constatação. Antes base e matéria prima, e confundida com a própria existência da população, a família, com o surgimento das novas tecnologias de governar, começa a ser percebida como também um instrumento a serviço do poder. São diversas as causas para este deslocamento, todas trabalhadas com precisão no decorrer do texto, mas o que mais importa saber é que, sem que seus membros se dessem conta, se tornou a estrutura familiar um reduto de instrumentalização do poder. Foucault revela: “[...] na medida em que, quando se quiser obter alguma coisa da população – quanto aos comportamentos sociais, à democracia, ao consumo etc. – é pela família que se deverá passar. De modelo a família vai se tornar instrumento” (FOUCAULT, 1979).

O mesmo se dá com a população que antes era apenas um elemento constitutivo fundamental para a existência do Estado e justificação de um governo. A partir da análise de Foucault, porém, revela-se que a própria população também, sem a menor consciência deste fato, tornou-se instrumento para o exercício do poder. Em inteligente frase, Foucault revela o fenômeno, passando a indicar a população como “consciente, frente ao governo, daquilo que ela quer e inconsciente em relação aquilo que se quer que ela faça” (FOUCAULT, 1979). E

como a frase indica - e aí se revela a genialidade do autor: a instrumentalização da população se dá por meio de movimentos da própria população inconscientemente, ou seja: "inconsciente em relação *aquilo que se quer que ela faça*" (grifos nossos).

A partir, portanto, da pesquisa deste importante período de transição do Estado absolutista para o Estado burguês, Foucault identifica que o poder deixou de ser transcendente (como algo imaterial e justificado de fora para dentro) para se tornar imanente (algo interno, concreto e com fim em si mesmo). Deste traço distintivo nasce a clássica diferenciação que se faz para observar que o poder imanente controla o indivíduo em aspecto muito mais amplo do que na prática do poder transcendente. Enquanto para o Estado absolutista a lógica era o "deixar viver e fazer morrer", no Estado liberal burguês o primordial era "fazer viver, deixar morrer". (MÉDICI, 2011, p. 59):

Para Foucault, se produce la novedad de la emergencia de la tecnología biopolítica del poder a partir del siglo XVII/XVIII. Con lo cual, la distinción griega que se hace célebre a través de La Política de Aristóteles, entre bios (la vida de la polis, cualificada políticamente, del zoon politikon, como búsqueda del buen vivir), y la zoé la mera vida natural que es común al hombre y a otros animales, deja de tener sentido: bios y zoé se entremezclan en la medida en que esta última es crecientemente objeto de políticas de administración de la vida. La gubernamentalidad, a diferencia del poder soberano de carácter disciplinario que «hacía morir y dejaba vivir», teniendo en el ritual de exhibición sacrificial de la muerte infligida como castigo, el espectáculo por el que se afirmaba su soberanía, deja paso a la «biopolítica» en el que el principio se invierte: ahora el poder «hace vivir y deja morir»

Este elemento binário é relevantíssimo, porque revela modos de exercício de poder em sociedade ainda hoje de grandíssima utilidade. Pode-se afirmar, sem receio, que o Estado moderno segue à risca a fórmula do "fazer viver, deixar morrer". A curadoria e internação, os presídios, as campanhas de saúde pública e higienização social são apenas alguns exemplos já decenários ou centenários. O mais importante, porém, é constatar que novíssimas tecnologias acabam revelando o mesmo conteúdo da velha microfísica do poder Foucaultiana, embora ornadas com roupagem libertária. Por questão de coerência terminológica, ressaltamos que para o presente trabalho utilizamos biopolítica e biopoder como conceitos imbricados, no sentido de constituir aquela o ambiente necessário ao exercício deste. Nesse sentido:

É certo que atualmente tem prevalecido a primeira posição, com a adoção da biopolítica como um conjunto de biopoderes que são exercidos sobre as pessoas com o fim de convencê-las a adotarem esta ou aquela prática social, sem a preocupação com a emancipação da sociedade ou o desenvolvimento das potencialidades das pessoas. A título de exemplo, as pessoas são convencidas a comprarem determinado produto e trocá-lo assim que uma nova versão é lançada, como se a propriedade de tal bem fosse a única forma de garantir a satisfação pessoal. (SERVA; DIAS, 2016)

Em que pese a posição de autores que admitem biopoder e biopolítica como conceitos hipoteticamente apartáveis⁵, não parece haver razão para que se pense deste modo em rela-

5 Negri categoriza um e outro, trazendo novas luzes ao trabalho de Foucault. Para o autor é possível romper a lógica do biopoder através de um ambiente biopolítico reacionário que dissocie a influência do primeiro: "[...] salir de la dialéctica de los biopoderes y construir por el contrario un tejido biopolítico, cumplir el pasaje de un simple régimen disciplinario a un régimen que integre igualmente la dimensión del control y que permita al mismo tiempo la emergencia de insurgencias potentes y comunes [...]" (NEGRI, 2008, p. 55).

ção ao *blockchain*. A partir de tais premissas, é possível começar a determinar que nas criptomoedas exsurge um componente claro do que podemos denominar “governamentalidade liberal” e posteriormente “governamentalidade neoliberal”. Médici (2011, p. 67) situa esta espécie de “governamentalidade” no contexto econômico, com clareza e precisão:

El *laissez faire* del liberalismo clásico no equivale a un abstencionismo gubernamental: el estado debe adoptar las medidas necesarias para permitir que economía, población y sociedad se autogobiernen a partir de su propia dinámica interna. Aquí se emplazan todas las reflexiones que enfatizan el nexo entre población, producción y riqueza de Adam Smith, David Ricardo hasta Bentham y Malthus.

O pensamento de Foucault situado no contexto liberal é intrigante e revelador, porque assoalha características do modelo econômico de *laissez faire* contrárias as suas próprias razões fundantes, idealizadas originalmente no pensamento de Adam Smith. Na realidade, as razões de o liberalismo sustentar tão fortemente a liberdade dos indivíduos acerca de suas escolhas nada mais é do que um reforço para o exercício ainda mais sofisticado do biopoder:

De ahí que las técnicas de la gubernamentalidad liberal, insisten en coordinar indirectamente la autonomía de los gobernados, en sus procesos de subjetivación y en las tecnologías del yo. La supervisión directa del estado es substituída por la “acción a distancia” que se apoya en el «cuidado de sí» de individuos autoresponsabilizados. (MÉDICI, 2011, p. 67)

O liberalismo nasce, portanto, como um projeto de reforço à subjetivação e autorresponsabilização dos indivíduos, fundando mecanismos ainda mais complexos de ativação e manutenção da rede biopolítica concebida por Foucault. E a natureza deste processo é, como se vê, de natureza primordialmente econômica e continua a ser, embora agora com o auxílio de dispositivos de poder reforçados pela tecnologia. E é importante que se diga: a sofisticação e capacidade de pulverização do poder não se esgotam no momento liberal. Eventos históricos conseguintes interessam especialmente porque acabaram levando, contemporaneamente, ao surgimento de um modelo liberal radicalmente reformulado, comumente denominado neoliberalismo.

O fracasso econômico liberal - simbolizado maximamente pela quebra da bolsa de Nova York em 1929 – criou o momento propício para a difusão de conceitos econômicos intervencionistas de aspiração socializante (DIAS; DEVIDES, 2018, p. 214). John Keynes edificou as bases de um novo modo de governo com a sua obra paradigmática “Teoria Geral”, tecendo considerações sobre a necessidade de atuação estatal para criar condições ideais de renda, consumo e, por consequência, fomentar investimentos (HUNT; LAUTZENHEISER, 2005). Ocorre, porém, que mesmo o modelo social de inspiração Keynesiana experimentou dificuldades econômicas estruturais para os governos que o adotaram, criando o clímax ideal para o retorno do pensamento liberal agora recrudescido e ainda mais encampador dos mecanismos do biopoder:

No início da década de 70, o modelo econômico capitalista começa a apresentar sinais de instabilidade econômica e um acelerado processo inflacionário. Estes fatores propiciaram a ascensão do modelo teórico neoliberal, pois, segundo sua concepção, as origens da crise estavam no controle excessivo do Estado na economia. [...] um movimento ideológico vem conquistando espaço em nível mundial, o neoliberalismo. Esse modelo de orientação política e econômica, que constitui a expressão política da glo-

balização, caracteriza-se por uma oposição ao Estado intervencionista e de Bem-Estar social. (FERRER, 2001)

A adoção do modelo neoliberal foi inclusive tão marcante que trouxe consigo um traço de acentuada diferença em relação ao liberalismo clássico. Agora muito mais do que assegurar um ambiente livre para subjetivação e autodecisão, cabe à "governamentalidade" fabricar realidades. Conforme anota Médici (2011, p. 70):

Pero a diferencia del liberalismo clásico, que consideraba que simplemente había que liberar la realidad natural del homo oeconomicus y del mercado, la gubernamentalidad neoliberal es constructivista: se trata de una realidad que hay que fabricar. Para los sujetos del neoliberalismo el interés en la propia realización personal, su capacidad de elección, sólo pueden brotar en un entorno adecuadamente construido y programado.

A ideia primordial é promover condições para o desenvolvimento de um indivíduo auto-orientado para o empreendedorismo individual. Entre outros fatores, deita-se sobre o ser humano e se exige dele - nestes novos espaços - a fundação de um ser empresarial. Conforme anota Médici (2011, p. 71):

En primer lugar, la empresa se transforma en un modelo que se expande a la gestión de la propia vida. Este dispositivo no aparece justificado solamente en logros materiales como la ganancia y la riqueza, sino también a partir de valores «espirituales» [...] Para enriquecer espiritualmente el propio yo, para obtener beneficio y equilibrio afectivos en la familia o en el trabajo, para dar forma a un estilo de vida auténticamente personal, es necesario hacer de la propia vida una vida de empresa.

O *blockchain*, pela manifestação da criptomoeda, reúne as características essenciais da "governamentalidade neoliberal". Ao nosso ver, os blocos concretizam nos indivíduos um claro ideário de "ser empresarial". Os sujeitos operativos do bloco, seja na condição de corretores, investidores ou mineradores agem, indubitavelmente, no intuito de tornarem-se usinas de produção de si mesmos. Neste primeiro aspecto aliás, não podemos deixar de mencionar o fator energético envolvido no processamento de dados da cadeia informativa criptografada do *blockchain*. O consumo de energia elétrica para o processamento de dados pelos mineradores é altíssimo (UMLAUF, 2019), a ponto de inviabilizar a prática da mineração em países com fontes escassas de energia elétrica ou cujo custo final do "quilo" ou "terawatt" seja proibitivo em relação às vantagens econômicas proporcionadas na mineração (JAKITAS, 2017). Alguns relatos apontam que o consumo médio de todos os computadores ligados na atividade de mineração atinge facilmente 30 terawatts/hora, energia equivalente para colocar em funcionamento, por um ano, um país como a Irlanda, por exemplo (JAKITAS, 2017)

Médici apresenta ainda como segundo elemento presente na "governamentalidade neoliberal" a criação de novos mercados artificiais. O objetivo seria "fomentar la auto responsabilidad individual". Este processo criativo se daria, por sua vez, pela privatização ou descentralização dos mercados ou dos processos que conduzissem ao uso do mercado. Segundo Médici (2011, p. 71): "Cuando no se privatizan los servicios públicos se los descentraliza y se les exige sustentabilidad económica y funcionamiento según criterios de eficacia, eficiencia y rentabilidad".

Aqui novamente situa-se a tecnologia das moedas digitais. Veja que é da gênese criadora do "blockchain" na sua representação "monetária", a um só tempo, se possível, descen-

tralizar e privatizar. O câmbio dos valores transmitidos pelos blocos não depende de nenhum governo soberano tanto no que se refere a sua operacionalização como no que se refere a regulamentação. Médici avança ainda para uma terceira característica da "governamentalidade neoliberal" que, ao nosso ver, correlaciona-se muito propriamente com a gênese das criptomoedas. Trata-se daquilo que o autor denomina: "um novo prudencialismo".

A ideia primordial é a desvinculação das necessidades do indivíduo através do Estado. O novo "prudencialismo" representa claramente a natureza neoliberal desta nova "governamentalidade", que agora demanda um mecanismo nítido de divórcio com a clássica relação de assistência vertical do Estado de Bem-Estar Social. Primordialmente, a prudência do sujeito neoliberal deve centrar-se em obter, nos espaços "livres", artificialmente criados, a previdência necessária para a satisfação de todas suas necessidades presentes e futuras. Diante desta implacável necessidade, como soaria possibilitar a estes novos "sujeitos de autogestão" compor uma ordem monetária completamente livre? Em resposta à reflexão, nos parece que o ambiente "criptomonetário" representa mais propriamente a aspiração ideal de um cidadão "bioempoderado".

4. BLOCKCHAIN E SUA REGULAMENTAÇÃO COMO DISPOSITIVOS DE SEGURANÇA

Todo o poder cínico e maximamente invisível do Estado Moderno - visto a partir da ruptura histórica que apresentamos - só é possível, evidentemente, porque mecanismos de eficiência o autorizam. Foucault chama de "dispositivos de segurança" o conjunto de tecnologias que viabilizam o poder microfísico. Segundo Médici (2011, p. 60), os dispositivos seriam:

[...] una retícula de saberes, poderes, disciplinas, normas morales y jurídicas, reglas, trozos y retazos de discursos de distintos géneros, articulados de forma estratégica y flexible para responder a la necesidad de producir efectos de poder.

Para o universo do direito interessa especialmente as normas morais e jurídicas como dispositivos relevantes para a identificação do quadro de interesses reais do Estado. Por exemplo: para os que se atentam sobre a interdição e curadoria, muitos dos conceitos, a partir das críticas de Foucault, podem auxiliar a revolver profundamente categorias dogmáticas do Direito Civil (e.g. basta observar como o novo paradigma da pessoa com deficiência alterou o panorama legal da codificação privada). Mas não só através de normas se manifesta um dispositivo de segurança. Outros tantos saberes também cumprem este papel, como a estatística, pesquisas e campanhas, especialmente na atualidade com a propagação maciça de novas tecnologias.

A tecnologia *blockchain* e sua aplicação primordial pelas moedas virtuais é nova, mas o conceito de sua estrutura operativa nem tanto. A sua organização, como vimos, guarda grande similitude com as ideias fundantes do sistema econômico liberal, aproximando as criptomoedas do lema ideológico da chamada Escola Austríaca (VAN DER LAN, 2014, p. 05) que, por sua vez, constitui uma linha de pensamento fortemente identificada com a polí-

tica neoliberal atual (GROS, 2002, p. 75). Observada a identificação da tecnologia *blockchain* com o momento histórico do surgimento da "governamentalidade neoliberal" passamos a demonstrar como, através dela, se exerce, então, efetivamente o biopoder.

Primeiramente, na intrigante ideia de qualificar o indivíduo na medida da transformação espiritual de seu "eu" em uma entidade de produção empresarial, na acepção de Médici (2011), um renovado dispositivo de segurança se manifesta. Na realidade, no cerne da produção das *bitcoins*, a estimativa de valor de cada unidade de moeda transforma-se em um sério mecanismo especulativo que, assim como qualquer outro, encontra em seus bastidores o cinismo astuto do biopoder. O grande diferencial que o referencial de Foucault revela é que os participantes ativos do bloco não se dão conta disso. Estariam absortos pela ideia de que controlam seus próprios destinos como empresários de si mesmos quando, na verdade, são mecanismos seriados de uma "governamentalidade" cínica por natureza.

Ainda, no que concerne à característica "governamentalista" da criação de mercados ficcionais (MÉDICI, 2011), a própria estrutura empírica do bloco encaixa-se no conceito. Ora, a essência do "*blockchain* criptomonetário" é de fato a criação de um caminho financeiro alternativo e paralelo ao domínio econômico tradicional. Ademais, toda a rede essencialmente privada e descentralizada do bloco suportaria o contrário de seus propósitos. Ao revés da liberdade e da emancipação da moeda virtual em relação do poder, a desregulamentação significaria a facilitação dos influxos do biopoder. Novamente a ideia é fazer crer na independência e emancipação da tecnologia para que seus usuários a mantenham ativa e serviente aos propósitos da reprodução de um "biocapital".

No novo prudencialismo que apontamos como sendo um dos elementos da "governamentalidade neoliberal" (MÉDICI, 2011) - muito presente no "blockchain" - visualizamos mais uma vez os elementos clássicos da biopolítica e biopoder de Foucault. De tudo isso resulta que pelo exercício operativo das criptomoedas exsurge o grave efeito de tornar desnecessário, no íntimo de cada indivíduo, debater outras formas possíveis de ruptura com a biopolítica circulante, especialmente as de caráter econômico-financeiro.

No "*blockchain* criptomonetário", portanto, a alma dialética do sujeito fica completamente absorta pelas convicções de seu "eu empresarial", ocupado em desvendar as maravilhas tecnológicas desses novíssimos campos virtuais e com sérias preocupações acerca de seu novo papel prudencial. Não por acaso, a identificação das criptomoedas com este nítido perfil biopolítico amplia a reflexão, e a relação "biopoder-regulação" assume importância até mesmo na reflexão de economistas como Chemalle (2017, p. 4-5) para quem:

Em outras palavras, ao passo que as práticas de liberdade evoluíram junto com a tecnologia, a efetividade do poder de controle também o fez. Michel Foucault nos lembra em sua obra "Vigiar e Punir" (2013) que as mesmas luzes e esclarecimentos que trouxeram avanços tecnológicos, e por consequência a liberdade, inventaram também as forças de disciplina e controle. Mesmo tendo como propósito inicial a horizontalização das relações em torno do uso da moeda, o Bitcoin, para tornar-se amplamente aceito como uma moeda de fato, continuará sendo sujeito a constantes formas de fiscalização e regulamentação. Talvez o ideal de uma moeda integralmente desvinculada das autoridades centrais não passe de um amor platônico, ou um sonho libertário.

A emancipação pela prática monetária virtual portanto *não é pressuposta* mas apenas *suposta*. A visita aos referenciais modernos e de qualidade revela que ao lado da propalada liberdade e ruptura das moedas virtuais surgem paralela e necessariamente elementos servientes formidáveis ao biopoder, pois, como observado, o *blockchain* se assemelha muito a tantas outras tecnologias alardeadas como disruptivas e libertadoras. Como se viu, ao bloco é atribuída uma capacidade de unir pessoas diretamente pela lógica P2P (*peer to peer*) estando aparentemente ausente da cadeia, portanto, a representação de qualquer poder institucional, e uma de suas principais utilização está relacionada às criptomoedas, em especial a *bitcoin*.

A expressão monetária que circula pela lógica matemática das cadeias informativas sucessivamente "minerada", prescindiria também de quaisquer regulamentações e as flutuações do curso da "moeda virtual" seriam, por sua vez, corrigidas naturalmente pelo natural interesse de seus possuidores. Jogando com as palavras, seria o sistema um "*laissez faire* criptomonetário" e todas essas características fazem a tecnologia tocar o sistema jurídico.

Contudo, as *bitcoins* desafiam a ordem econômica (artigo 170 e seguintes da Constituição Federal) bem como o sistema financeiro-monetário (artigo 163 e 164 da Constituição Federal), afetando diretamente princípios e preceitos constitucionais ali instituídos e razão de ser normativa que disciplina um já seriado conjunto de tensas relações e expectativas sociais.

Quanto à viabilidade jurídica é preciso questionar, primeiramente, o alcance das criptomoedas, cabendo uma pequena digressão. Sistemas monetários descentralizados e desregulamentados, ao contrário do que se pode imaginar, não são novidade e tão pouco ostentam histórico vantajoso em comparação aos modelos monetários regulados. Van Der Lan anota que em certos momentos históricos prevaleceu, provisoriamente, modelos não institucionais:

Com efeito, a emissão centralizada tem sido a regra das sociedades contemporâneas, com a *história econômica mostrando ter suplantado sistemas anteriores desregulados de emissão monetária múltipla por bancos privados – o modelo free banking*. As próprias demandas sociais do pós-1929 mostraram ser necessário impedir a continuidade de sistemas bancários totalmente livres e sem nenhuma regulamentação, levando à criação de bancos centrais como regra nas economias modernas a partir de então. A garantia governamental aos bancos passou a ser fundamental para os sistemas monetários funcionarem com menor risco da contraparte bancária (VAN DER LAN, 2014, p. 09)

Ainda nesta linha, o caráter essencialmente neoliberal, identificado não apenas pela desregulamentação mas pela natureza fluída do ambiente virtual das criptomoedas, ao menos no contexto brasileiro, demonstra, ao contrário do que defendem seus publicitários, mais problemas potenciais do que soluções duradouras:

Riscos inerentes a novos arranjos monetários, à margem de regulação do Estado, tornam o amplo uso de novas moedas uma difícil tarefa. Por definição, a existência de um mercado concorrencial de moedas virtuais, em substituição a uma única moeda soberana, pressupõe que não exista uma moeda predominante, o que compromete *per se* sua expectativa de vida – e a própria capacidade de universalização de apenas uma como padrão monetário. (VAN DER LAN, 2014, p. 10)

Especialmente no ambiente virtual, os esperados efeitos concorrenciais deste novo universo ficcional carregado pelas expectativas da governamentalidade sugere uma série de problemas de imediato a médio e longo prazos. Ainda nos dizeres de Van Der Lan (2014, p. 10):

Isso é mais verdadeiro no âmbito virtual, onde é implícita a concorrência, pela liberdade e descentralização de comunicação pela própria internet. Nada garante que uma moeda muito líquida em dado instante e lugar não seja substituída por outra, em um processo competitivo, podendo até mesmo ser desconsiderada, no futuro, como uma moeda propriamente dita. É plenamente plausível supor que surja uma nova moeda virtual com mais vantagem tecnológica do que o bitcoin. Daí passaria a ser apenas mais uma unidade que, como no passado, já foi empregada como bem monetário.

Fica difícil sustentar, portanto, que as moedas virtuais ostentariam quaisquer elementos de superioridade como modelo econômico e financeiro diferenciado em relação ao que atualmente normatiza a Constituição Federal. Além disso, a semelhança do sistema *bitcoin* com os extremos do sistema neoliberal revela uma situação de difícil conciliação com o sistema constitucional econômico e financeiro. Isto porque, embora tenha adotado o modelo econômico capitalista, nossa Constituição ao mesmo tempo elevou à primeira grandeza outros tantos valores transcendentais ao Capital, que prestigiam o desenvolvimento da vida no meio social. Salienta Eros Grau:

Pode essa ordem econômica ser objeto de interpretação dinâmica, que permita a sua adaptação às mudanças da vida social – e de modo que, configurando-se como um dinamismo, no futuro, da vida real tomando as forças de que depende para que seja viva, resulte adequada à realidade social? (GRAU, 2011)

De modo algum a Constituição abarca um modelo econômico neoliberal puro. Conforme esclarece Eros Grau: “[...] sendo a Constituição um sistema dotado de coerência, não se presume contradição entre suas normas” sendo absurdo supor “[...] que há, na Constituição de 1988, duas ordens econômicas, uma neoliberal, outra intervencionista e dirigista.” (GRAU, 2011).

É, portanto, da essência semântica do texto que não apenas normas, mas qualquer prática econômica que conflite com este aparato principiológico, acabe por desafiar a ordem constitucional (GRAU, 2011). Assim, o texto constitucional, embora admita a ordem capitalista e alguns princípios alinhados ao neoliberalismo, não parece compatível, de modo geral, com uma agenda neoliberal. Afigura-se incompatível, portanto, a existência de um mecanismo de aparente refluxo da “governamentalidade neoliberal” com as prospecções do constituinte.

Nesse sentido, a falta de regulamentação da temática já levou o Superior Tribunal de Justiça a julgar legítima a conduta de instituição financeira em encerrar conta corrente mantida por corretora de criptomoedas (BRASIL, 2018):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRETENSÃO EXARADA POR EMPRESA QUE EFETUA INTERMEDIÇÃO DE COMPRA E VENDA DE MOEDA VIRTUAL (NO CASO, BITCOIN) DE OBRIGAR A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA A MANTER CONTRATO DE CONTA-CORRENTE. ENCERRAMENTO DE CONTRATO, ANTECEDIDO POR REGULAR NOTIFICAÇÃO. LICITUDE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. [...] 4.1 Longe de encerrar abusividade, tem-se por legítima, sob o aspecto institucional, a recusa da instituição financeira recor-

rida em manter o contrato de conta-corrente, utilizado como insumo, no desenvolvimento da atividade empresarial, desenvolvida pela recorrente, de intermediação de compra e venda de moeda virtual, a qual não conta com nenhuma regulação do Conselho Monetário Nacional [...]

A referida decisão acabou sendo adotada como parâmetro por outras instituições bancárias para realizar o fechamento de contas mantidas por corretoras de criptomoedas, numa prática que pode ser tida como discriminatória (MOURA; OLIVEIRA, 2019). Uma das soluções para esses problemas gerados pela falta de regulamentação seria a possibilidade de enquadrar as criptomoedas como unidade de valor especulativo, categorizando-as, talvez, como uma das espécies de valor mobiliário contidas na Lei 6.385/76 ou mesmo regulando-as por lei específica. Entretanto, não há indicação de que a regulamentação (mesmo que pela subsunção a um tipo legal já vigente) fará outra coisa com a "criptomoedas" senão captá-las para uso e hegemonia dos biopoderes tradicionais.

E, se é bem verdade que o enquadramento legal da *bitcoin* tornaria a criptomoeda uma instância certa de concentração de biopoder, resta difícil, por outro lado, avaliar se um dado enquadramento ou regulação autônoma a tornaria mais ou menos suscetível ao exercício do biopoder. De todo modo, por meio do referencial adotado, parece mais consistente admitir que o caminho por uma regulamentação atenta ao cumprimento dos princípios circunscritos nos artigos 163, 164 e 170 da Constituição Federal ostenta maior vantagem.

Regulamentado, o "*blockchain* criptomonetário", embora captado em parte pela biopolítica tradicional, ao menos possibilitaria a rediscussão de seus pressupostos pelos canais consensuais que o próprio estado democrático tipifica. Por outro lado, a completa falta de regulação nos parece mais preocupante, porque, sem mecanismos próprios de controle paralelos, estaria o sistema irreversivelmente sujeito à influência biopolítica.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *blockchain*, na modalidade que materializa as criptomoedas, parece realizar um plano bem definido de "governamentalidade neoliberal" autorizando a fluidez da biopolítica, porque, internamente: a) fomenta a ideia do indivíduo como usina de produção ego centrada, um "ser empresarial" bastante em si mesmo; b) estruturalmente representa a criação de um novo mercado virtual e, por assim dizer, artificial; um espaço a mais para a reprodução do biopoder na concepção de seu alargamento pela estratégia biopolítica neoliberal; e, por último c) revela a face de um novo "prudencialismo" pela busca de indivíduos que automática e docilmente sejam bastantes ou responsáveis em si mesmos tanto no que concerne aos meios de sobrevivência atuais como suficientemente previdentes quanto ao futuro. Revela, portanto, o sistema *blockchain*, no que atine às criptomoedas, assim como outras novas tecnologias, um meio para o exercício de uma biopolítica econômico-financeira muito sofisticada, sutil e capilarizada.

Os pilares sobre os quais foi edificado o sistema (cuja autoria é anônima) cumprem o papel de canalizar a energia dos indivíduos para um ganho de base eminentemente especulativa, com a agravante crença de que, sem os intermediários usuais, representa o sistema

uma forma de emancipação disruptiva. Como tal, por anunciar uma ideia geral de utilidade, acaba por tornar dispensáveis discussões reais sobre a emancipação efetiva em relação à biopolítica e ao biopoder tradicionais, especialmente as de caráter financeiro.

Sem lastro, o que parece precificar a moeda é a disposição de quem, na operação seguinte, estará disposto a pagar mais por ela. A precificação vai se tornando um mecanismo econômico de ganho e perdas ainda mais voltado para os extremos neoliberais do que os tradicionalmente conhecidos do mercado de ações, por exemplo.

Por fim, para o cenário jurídico econômico-financeiro resultam as seguintes constatações: a) como *moeda* não parece haver fundamento jurídico que acomode a "bitcoin" dentre as prescrições do constituinte; b) a existência ou não de regulação não afasta a ligação íntima que existe entre o "blockchain cripto-financeiro" e o biopoder, que talvez varie apenas, em um caso e outro, em intensidade; c) o enquadramento na atual legislação sobre valores mobiliários ou sua regulamentação específica, por outro lado, parece ao menos permitir que o sistema, embora captado em parte pela biopolítica tradicional, ainda possa ser rediscutido pelos canais consensuais que o próprio estado democrático tipifica.

REFERÊNCIAS

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. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1.696.214 - SP (2017/0224433-4)*. Mercado Bitcoin Serviços Digitais Ltda.. Banco Itaú S.A. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 09 de outubro de 2018. Dje. Brasília, 16 out. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=83696701&num_registro=201702244334&data=20181016&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 set. 2018.

CHEMALLE, Thierry Dayr Leandro. O ideal de bitcoin e o cripto-anarquismo: as características e contradições do ideal libertário que envolve a moeda digital mais relevante da atualidade. *GV Invest. Short Studies Series*. São Paulo, abr. 2017. Disponível em: https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/gvinvest_short_studies_series_07.pdf. Acesso em: 15 set. 2020.

DIAS, Jefferson Aparecido. DEVIDES, José Eduardo Costa. A crise econômica do Brasil e o desenvolvimento sob a ótica de Amartya Sen. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 1, p. 212-222, 11 jul. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/572>. Acesso em: 17 set. 2020.

DIAS, Jefferson Aparecido. SERVA, Fernanda Mesquita. Responsabilidade social nas instituições de ensino superior: entre o biopoder e a biopolítica. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 17, p. 413-433, jan.-dez. 2016. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/319/64>. Acesso em: 17 set. 2020.

FERRER, Walquiria Martinez Heinrich. A origem do processo de mundialização do capital financeiro. *Revista Argumentum*, Marília/SP, v. 1, p. 19-26, jan.-dez. 2001. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/issue/view/Issue/6/1>. Acesso em: 17 set. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro : Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *História de la sexualidad I – la voluntad de saber*. Madrid : Siglo XXI, Editores S.A., 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

GROS, Denise Barbosa. *Institutos liberais e neoliberalismo no Brasil da Nova República*. 2002, 242 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Sociais, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002. Disponível em <http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/280951>. Acesso em: 17 set. 2020.

HUNT, Emery Kay. LAUTZENHEISER, Mark. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

JAKITAS, Renato. Brasileiros cruzam a fronteira para montar 'fábricas' de bitcoin no Paraguai. *Estadão*. São Paulo, 30 dez. 2017. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasileiros-cruzam-a-fronteira-para-montar-fabricas-de-bitcoin-no-paraguai,70002134460>. Acesso em: 17 set. 2020.

MEDICI, Alejandro. *El malestar en la cultura jurídica: ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La Plata : Universidad Nacional de La Plata, 2011.

MENDES, Luciano. BONILHA, Maíra Coelho. ICHIKAWA, Elisa Yoshie. SACHUK, Maria Iolanda. Tecnologias sociais, biopolíticas e biopoder: reflexões críticas. *Caderno EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 13, nº 4, out./dez. 2015. Disponível em <http://www.redalyc.org/pdf/3232/323242132003.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020

MOURA, Henrique Perlatto. OLIVEIRA, Márcio Luís de. *Blockchain e Banco Central – um contraponto da tecnologia*. *Revista da PGBC*. Brasília, v. 13, nº 2, dez. 2019. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/article/view/1062>. Acesso em: 18 set. 2020.

NEGRI, Antonio. *La fabrica de porcelana – una nueva gramática de la política*. Madrid : Paidós, 2008.

PIRES, Timoteo Pimenta. *Tecnologia Blockchain e suas Aplicações para Provimento de Transparência em Transações Eletrônicas*. 2016. 56 f. TCC (Graduação) - Curso de Engenharia de Redes de Comunicação, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília (Unb), Brasília, 2016.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2011.

UMLAUF, F. Bitcoin consome tanta energia quanto toda a Suíça, afirma estudo. *Tecmundo*. Data: 06 jul. 2019. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/mercado/143490-bitcoin-consome-tanta-energia-suica-afirma-estudo.htm>. Acesso em: 17 set. 2020.

VAN DER LAAN, C. R. É crível uma economia monetária baseada em bitcoins? Limites à disseminação de moedas virtuais privadas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2014 (Texto para Discussão nº 163). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td163>. Acesso em 17 set. 2020.

Recebido/Received: 16.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

DIREITO, INOVAÇÃO E TECNOLOGIA: ANÁLISE ECONÔMICA DAS FINTECHS

*LAW, INNOVATION AND TECHNOLOGY:
ECONOMIC ANALYSIS OF FINTECHS*

LUCAS VINÍCIOS CRUZ¹
HENRIQUE AVELINO LANA²

RESUMO

O presente artigo faz um estudo jurídico e econômico das *fintechs*, que são sociedades empresárias, geralmente *startups*, que atuam no mercado financeiro, mediante as ferramentas metodológicas da Análise Econômica do Direito. O objetivo geral é demonstrar a interação entre *fintechs* e análise econômica do direito. O objetivo específico é demonstrar a utilidade das *fintechs* para reduzir os custos de transação para os seus usuários, sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Neste sentido, o problema a ser respondido é saber como o uso de *fintechs* pode contribuir, especificamente, também, para reduzir os custos de transação, tornando as operações financeiras mais céleres e mais eficientes. Para chegar-se a hipótese de resposta ao problema, a metodologia a ser utilizada é a da finalidade de pesquisa aplicada, com pesquisa exploratória, em abordagem qualitativa, por método indutivo, mediante pesquisa bibliográfica, toda ela especializada sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito. Custos de transação. *Fintechs*.

ABSTRACT

This article makes a legal and economic study of fintechs, which are entrepreneurial companies, usually startups, that operate in the financial market, through the methodological tools of the Economic Analysis of Law. The overall objective is to demonstrate the interaction between fintechs and economic analysis of law. The specific objective is to demonstrate the usefulness of fintechs to reduce transaction costs for their users, from the perspective of Economic Law Analysis. In this sense, the problem to be answered is how the use of fintechs can specifically contribute also to reduce transaction costs, making financial operations faster and more efficient. To arrive at the hypothesis of answer to the problem, the methodology to be used is the purpose of applied research, with exploratory research, in qualitative approach, by inductive method, through bibliographic research, all specialized on the subject.

KEYWORDS: *Economic Analysis of Law. Transaction Costs. Fintechs.*

- 1 Mestrando em Direito Privado pela PUC Minas (bolsista CAPES/PROEX TAXAS). Pós-graduado em Direito de Empresa pela PUC Minas (especialização). Graduado em Direito pelo Centro Universitário UNA, gratificado com a medalha de ouro Portal UNA, premiação entregue ao melhor aluno do curso de Direito do Centro Universitário UNA. Membro pesquisador e bolsista do Grupo de Pesquisa Empresa, Direito e Desenvolvimento Social, vinculado ao Centro Universitário UNA. Advogado. Currículo completo: <http://lattes.cnpq.br/3130173027649574>
- 2 Pós-Doutorando, Doutor, Mestre e Especialista em Direito Empresarial. Advogado no Moreira do Patrocínio & Avelino Lana Advogados. Professor no Centro Universitário na UNA e PUC Minas. E-mail: henrique@mpaladvogados.com.br

Como citar esse artigo/How to cite this article:

CRUZ, Lucas Vinícios; LANA, Henrique Avelino. Direito, inovação e tecnologia: análise econômica das fintechs. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 103-123, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.7387>.

1. INTRODUÇÃO

O mundo digital está em constante evolução. Cada vez mais, nos deparamos com novas invenções tecnológicas que, até então, muitos acreditavam ser impossível. *Smartphones* cada vez mais modernos e computadores que cabem na palma da mão. Dia após dia, o mercado digital inova e surpreende a todos.

Ao nosso redor, tudo está em constante evolução. E, com o setor financeiro não poderia ser diferente. O setor financeiro possui uma leva de novos agentes que também evoluíram, iniciando uma era de tecnologia, inovação e potencial de crescimento.

Dentre os novos agentes, estão as chamadas *fintechs* que, em apertada síntese, são sociedades empresárias, geralmente *startups*, que utilizam tecnologia para inovar e aprimorar o setor financeiro.

Em um levantamento feito em 2018 pela *Finnovation*, em conjunto com o *Finnovista* e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), apurou-se a existência de 377 *fintechs* no Brasil, um crescimento de 40% em relação ao ano de 2017³.

Internacionalmente, segundo dados do relatório *Fintech Trends to Watch in 2018*, da CB Insights, 1128 *fintechs* movimentaram US\$ 16,6 bilhões em investimentos e negociações em 2017. Essas startups do mercado financeiro já entraram em 2018 com o pé direito e estão ganhando cada vez mais espaço e trazendo inovação.⁴

E, ainda internacionalmente, quanto as *fintechs*, a Europa é o mercado mais aquecido – cresceu 121% em investimentos em 2017 em relação a 2016. Já a Ásia encolheu 10%. A América do Norte seguiu líder, arrematando 47% do total de capital.⁵

3 Disponível em: <http://finnovation.com.br/mapa-de-fintechs-brasil-maio-de-2018/>. Acesso em 08 jun. 2019.

4 Disponível em: <https://fintech.com.br/blog/fintech/fintech-internacional/>: Acesso em 01 jun. 2020.

5 Vejam-se algumas *fintechs* que se destacam no mercado internacional: Em relação aos meios de pagamento, tem-se: 1) Ant Financial: A Ant Financial ocupa o 1º lugar da lista das “100 *fintechs* mais inovadoras do mundo”. O ranking foi baseado no estudo 2017 Fintech100, elaborado pela KPMG e a H2 Ventures. A startup chinesa é a startup mais valiosa do mundo, avaliada em inacreditáveis US\$ 150 bilhões. Controlada pela Alibaba, a Ant Financial é focada em meios de pagamento. Sua tecnologia de reconhecimento facial permite que clientes paguem com um sorriso em lojas na China; 2) Square: Fundada pelo criador do Twitter, Jack Dorsey, a norte-americana Square é uma *fintech* internacional especializada em meios de pagamentos. Atualmente, a Square está avaliada em US\$ 5,1 bilhões, contra US\$ 12,2 bilhões do Twitter, mas a startup tem grande potencial lucrativo no curto prazo; 3) Adyen: A *fintech* holandesa é uma plataforma de pagamentos online e marketplaces. A Adyen permite a conexão de pagamentos em todo o mundo, otimização de receitas e gerenciamento de riscos. Desde que foi criada, em 2006, a *fintech* já levantou US\$ 266 milhões em investimentos venture capital, segundo o Venture Beat. O valuation recém-alcançado de US\$ 14 bilhões à posiciona apenas atrás do Spotify. A Adyen processa pagamentos de marcas como a Uber, Cabify, Netflix, Magazine Luiza e Spotify. Em relação a empréstimos, há: 4) SoFi: A *fintech* norte-americana é focada em uma plataforma on-line de empréstimos. A SoFi, que fez muito barulho ao ser um dos anunciantes da última edição do Super Bowl, tem uma carteira de crédito de mais de US\$ 5 bilhões, dividida entre mais de 170 mil correntistas. A startup disponibiliza diversos tipos de empréstimos pessoais, como empréstimo universitário e hipotecas. Criada em 2011, a SoFi já levantou US\$ 2,1 bilhões em investimento e possui o valuation de US\$ 4,5 bilhões; 5) Kabbage: A Kabbage é uma startup que auxilia empresas menores a conseguirem empréstimos, com valores geralmente variando de US\$ 2.000 a US\$ 100.000. A *fintech* faz o processo de maneira muito automatizada e leva segundos para aprovar o crédito. A solicitação é feita de forma online através de uma inscrição na plataforma e pode ser pago de 6 a 12 meses. Criada em 2009, a startup possui o valuation de US\$ 1 bilhão e já recebeu o total de US\$ 1,6 bilhão em aporte; 6) Funding Circle: A startup britânica é um marketplace de empréstimos para financiar negócios. Os empreendedores se inscrevem em uma plataforma, recebem ofertas de empréstimos de investidores e podem pagar o valor de 6 meses a 5 anos. O Funding Circle oferece empréstimos de até 1 milhão de libras para empresas que querem levantar capital rapidamente ou tiveram o crédito recusado por um banco. Seu modelo se baseia em análise de dados e já emitiu mais 5 bilhões de libras em empréstimos desde 2010, conectando diretamente 50 mil negócios com 80 mil investidores. A Funding Circle é um dos unicórnios (startups avaliadas em US\$ 1 bilhão ou mais) no mundo das *fintechs* de crédito. Em relação a seguros de vida, há: 7) Clover Health: Essa *fintech* norte-americana oferece seguros de saúde com preços acessíveis, criados com base no quanto o usuário pode pagar por ano. Criada em 2013, a Clover Health já recebeu US\$ 425 milhões em aporte e possui o valuation de US\$ 1,2 bilhão; 8) Oscar: A Oscar traz a experiência de ir ao médico para o mundo digital. Além de viabilizar planos de saúde, as consultas que são feitas on-line são de graça para os pacientes.

Assim, o presente artigo tem como objetivo, realizar uma análise econômica e jurídica da *fintech*, para demonstrar que a sua utilização pode facilitar as transações, reduzir os custos de transação, maximizar os resultados e induzir comportamentos, aumentando-se a eficiência nos negócios jurídicos celebrados, de acordo com a Análise Econômica do Direito.

Para tanto, será realizada uma breve introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito, passando-se para um panorama geral das *startups* e, então, ser feita uma análise da *fintech*, almejando-se, de forma construtiva e acadêmica, refletir se a sua utilização pode, ou não, reduzir os custos de transação.

2. BREVES PONDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Conforme foi acima salientado, o principal objetivo deste artigo é demonstrar se a utilização das *fintechs* pode facilitar as transações, reduzir os custos de transação, maximizar os resultados e induzir comportamentos, aumentando-se a eficiência nos negócios jurídicos celebrados.

Porém, para se chegar à melhor conclusão, faz-se necessário realizar uma breve explicação acerca da Análise Econômica do Direito, bem como a forma que esta se aplica ao Direito Empresarial⁶.

A Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida como *Law and Economics*, se trata de um método de estudo jurídico-econômico no que diz respeito à estruturação, forma-

A startup norte-americana tornou-se um unicórnio 16 meses depois de ser criada, em 2013. Atualmente, possui o valuation de US\$ 3,2 bilhões, após ter levantado US\$ 892 milhões em investimentos. Em relação a compra e venda de ações, há: 9) Robinhood: Criado em 2013, o aplicativo gratuito chamado Robinhood transformou a maneira como os norte-americanos investem na bolsa. O rápido crescimento no número de usuários do aplicativo Robinhood mostra uma demanda que antes não era atendida: usuários buscando maneiras mais fáceis de investir na bolsa sem pagar taxas de transação. Robinhood agora é uma *wealthtech* consolidada, avaliada em US\$ 5,6 bilhões e uma das *fintechs* mais valiosas do mundo. Em maio deste ano, negociou uma rodada de investimentos série D no valor de US\$ 363 milhões. Hoje, contabiliza 4 milhões de usuários e mais de US\$ 150 bilhões em volume de transações. Mas se não cobra taxa, como faz dinheiro? Movimentando valores transferidos para plataforma mas não investidos, além de cobrar US\$ 6 por um plano premium. E agora o app decidiu expandir sua atuação para as criptomoedas. A partir de fevereiro, os usuários poderão negociar Bitcoins, Ethereum, Litecoin, Ripple, entre outras, sem taxas. Por enquanto, operam nos EUA e Austrália. Em relação a transferências internacionais, há: 10) Revolut: A britânica Revolut traz serviços bancários sem ser um banco. A startup promove a transferência de dinheiro gratuita entre países, além de permitir transações de compra e venda de criptomoedas sem taxas. A startup atingiu o patamar de unicórnio apenas 33 meses depois de ser criada. Fundada em 2015, já recebeu US\$ 336 milhões em investimentos e hoje possui o valuation de US\$ 1,7 bilhão. A fintech Revolut prevê que as suas receitas aumentem quatro vezes em 2018. No ano passado, a fintech teve uma receita de 14,3 milhões de euros. A previsão é que a empresa feche 2018 com uma receita de 57 milhões de euros, suportadas no forte aumento do número de clientes e novos produtos. Apesar do crescimento nas receitas e número de clientes, a Revolut registou um prejuízo de 16,5 milhões de euros, já que duplicou o seu número de trabalhadores, requisitou uma licença bancária e expandiu para 10 mercados. Em relação a Análises de riscos e tendências de mercado financeiro, tem-se: 11) Kensho: Esse software de inteligência artificial se propõe a uma tarefa hercúlea: analisar eventos importantes para o mercado financeiro, responder ao questionamento de investidores e elaborar relatórios tentando prever novas tendências. O Kensho é quase o Siri das bolsas de valores; 12) Black Swan: O termo Black Swan se tornou popular na crise econômica de 2007, nos Estados Unidos, para classificar eventos não previstos pelo mercado. Não à toa, o objetivo dessa startup israelense é, com base em Big Data e computação cognitiva, fazer análises de riscos para governos e instituições financeiras. Disponível em: <https://fintech.com.br/blog/fintech/fintech-internacional/>. Acesso em 01 jun. 2020.

6 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 utiliza a expressão Direito Comercial (art. 22, I). Porém, o Código Civil de 2.002 trouxe a chamada Teoria da Empresa, motivo pelo qual a expressão Direito Empresarial, ou Direito de Empresa, passou a ser adotada.

ção, impacto e consequências da aplicação dos princípios da Ciência Econômica ao Direito. Pode ser definida como a aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 53).

A Análise Econômica do Direito invoca a metodologia da ciência econômica junto à realidade fática do mundo jurídico.

Embora a AED já tenha sido mencionada e estudada por outros estudiosos das Ciências Econômicas, como Adam Smith, ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, e Jeremy Bentham, ao associar legislação e utilitarismo, ambos no século XVIII (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 74), foi apenas a partir da década de 1960, que a AED ganhou forças para que Direito e Economia se unificassem (PIMENTA; LANA, 2010, p. 92). Isto, pois, em 1960, Ronald Coase publicou a obra *The Problem of Social Cost*, iniciando a chamada Teoria dos Custos de Transação, obra que, em 1991, levou o autor a ser agraciado com o Prêmio Nobel de Economia. Quanto ao assunto, Pimenta e Boglione dissertam:

O ganhador do Nobel explicou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. A inserção de custos de Transação na economia evidenciaria a importância do Direito na determinação de resultados econômicos (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 268).

Importante mencionar, que além da obra de Ronald Coase, acima mencionada, há de se destacar também que Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, ao desenvolver sua obra *Some Thoughts on Risk Distribution And Law of Torts*, contribuiu fortemente para o avanço da AED. Isto, pois, Calabresi demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja no âmbito legislativo ou judicial. Com isso, sua obra inseriu a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 1-2). Além de Ronald Coase e Guido Calabresi, há de se destacar que Richard Posner, com sua obra *Economic Analysis of Law*, bem como Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamson, entre outros, também contribuíram para o fortalecimento da pesquisa acadêmica acerca da Análise Econômica do Direito (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 74).

A Economia pode ser aproveitada para prever as consequências das diversas regras jurídicas. Trata-se de tentar identificar os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso (COOTER, 1982, p. 1260). Permite-se modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão como consequências das diferentes posturas legais (SALAMA, 2008). De fato, os estudiosos da Análise Econômica do Direito se reúnem em uma mesma classificação, que pertence à mesma denominação, pois detém consenso em relação aos conceitos e institutos que lhes são essenciais, o que não impede que sejam, não raras às vezes, vistos construtivos e pertinentes debates, específicos, doutrinários sobre sua eventual aplicabilidade. Nesta senda, busca-se com o estudo da AED, elaborar, interpretar e aplicar a metodologia da ciência econômica às relações jurídicas, de modo a reduzir os custos de transação e alcançar a eficiência econômica. Logo, pode-se dizer que a AED tem como finalidade, a busca pela eficiência econômica.

Neste diapasão, eficiência, nas palavras de Bruno Salama, "diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos" (SALAMA, 2008, p. 55).

No Direito Empresarial, o custo de transação possui suma importância, pois é fundamental para o sucesso do empresário, já que é representado pelo valor monetário e pelo tempo despendido para celebrar as transações jurídicas, seja para planejá-las, seja para efetivá-las em seus efeitos. Pode-se dizer, assim, que o custo de transação é aquilo de que se necessita abrir mão, pagar, ou gastar tempo e dinheiro, para efetivação, manutenção, precaução, alienação ou cessão dos efeitos jurídicos de uma relação contratual (LANA, 2017, p. 75). De acordo com Eduardo Goulart Pimenta (2010, p. 22-23), "custos de transação consistem naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual".

Logo, a eficiência consiste em diminuir ao máximo os custos de transação, para que, cada vez mais, sejam celebrados contratos e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas, que são representadas pelo lucro.

Conforme preleciona Eduardo Goulart Pimenta:

A eficiência do Direito está em minimizar (ou hipoteticamente, acabar) com os custos de transação - mediante redução ou eliminação das dificuldades e gastos para contratação - de forma que, no exercício da empresa, haja uma maior quantidade e qualidade de trocas e relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção. Sob um enfoque econômico a disciplina jurídica da empresa deve se preocupar em procurar reduzir ao máximo os custos que os empresários enfrentam para concretizar as relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção (PIMENTA, 2010, p. 33).

Existem duas conotações importantes de eficiência conhecidas e utilizadas na AED: a eficiência de Pareto, aquela na qual a posição de A melhora sem prejuízo da posição de B, bem como a chamada eficiência *Kaldor-Hicks*, na qual o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 88).

A eficiência de Pareto significa que os bens devem ser transferidos de quem os valoriza pouco, em favor daqueles que mais os valorizam (SZTAJN, 2005, p. 76). Ou seja, em Pareto, a eficiência se dá nas transações que melhorem a situação de um agente econômico, sem piorar a situação de outrem.

Segundo Eduardo Goulart Pimenta e Stefano Boglione, "o padrão ótimo de eficiência se dá quando os agentes econômicos têm acesso aos bens que mais valorizam, através de um sistema de trocas ou alocação de recursos" (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 268).

Ainda sobre a eficiência em Pareto, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi explicam que uma alocação de recursos será Pareto eficiente quando "não há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente". (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 120). O ponto primordial da eficiência em Pareto é demonstrar que as transações podem ser tão eficientes ao ponto de que seria impossível realizar qualquer transação

em que as partes sofreriam prejuízos. Em contrapartida, a eficiência de *Kaldor Hicks* significa que as leis positivadas “devem ser utilizadas para causar o máximo de bem estar, em relação ao maior número de indivíduos, na medida em que os ganhos gerais compensem as possíveis perdas sofridas individualmente por alguns” (PIMENTA; LANA, 2010, p. 107). Nas palavras de Eduardo Goulart Pimenta e Stefano Boglione:

Tem-se a Eficiência de Kaldor-hicks, portanto, quando o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total. Haverá um ganho real no bem-estar da sociedade quando a redistribuição da riqueza importe que os agentes econômicos não desejem retornar à posição original, embora ainda recebessem, em dinheiro, o valor correspondente ao acréscimo em seus bens e serviços (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 268).

Portanto, de acordo com a Análise Econômica do Direito, as partes devem tomar decisões que acarretem maior bem-estar, ou seja, devem agir em prol da eficiência, em consonância à eficiência de Pareto ou eficiência de *Kaldor Hicks*.

Seguindo esta linha de raciocínio, Irineu Galeski Junior e Márcia Carla Pereira Ribeiro salientam que o indivíduo deve aplicar a decisão que causar o maior bem-estar, tendo em vista que a AED tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 89). Nas palavras dos autores:

Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de Law & Economics, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 89).

Bruno Salama (2008, p. 54-55) bem sintetiza as ferramentas metodológicas que podem ser usufruídas no estudo do Direito e Economia, quais sejam, escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. Quanto à escassez, o autor entende que, se os recursos fossem infinitos, não seria necessário equacionar a sua alocação. Logo, todos poderiam ter tudo o que quisessem, na quantidade que quisessem.

Já em relação à maximização racional, o autor defende que esta se refere à opção por escolhas que atendam aos interesses pessoais dos indivíduos. Assim, os indivíduos calculam para alcançar os maiores benefícios com os menores custos, levando ao processo de decisão marginalista, que quer dizer que, nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os indivíduos só realizarão o próximo passo de uma atividade se os benefícios desta excederem os seus custos. Já no que tange ao equilíbrio, prossegue ao dizer que este é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. E quanto aos incentivos, são preços implícitos, tendo em vista que os indivíduos procuram realizar escolhas que maximizem seus benefícios com a conseqüente redução dos custos.

Em relação à eficiência que, como já foi dito, refere-se à maximização de ganhos e minimização de custos. Assim, o autor conclui dizendo que um processo será eficiente se for possível aumentar os benefícios sem aumentar os custos.

Como se nota, considerando-se o aspecto dinâmico da empresa, esta é um feixe coordenado de relações jurídicas estabelecidas por contratos e, diante disso, por uma abordagem econômica, a eficiência consiste em diminuir ao máximo os custos de transação, para que, cada vez mais sejam celebrados contratos e cada vez mais haja organização, acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas representadas pelo lucro. (LANA, 2017, p. 78).

Especialmente em relação aos contratos celebrados pelo empresário ou sociedade empresária, a AED deve ser sempre utilizada, buscando-se reduzir a escassez dos recursos, optando a sociedade empresária por escolhas que atendam aos seus interesses, no intuito de alcançar maior benefício com o menor custo, bem como a eficiência no que contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar, ou seja, estes atos devem ser praticados de forma a buscar a eficiência.

Assim, avança-se na fundamentação para se saber como as *fintechs* podem ser vantajosas nas transações realizadas pela sociedade empresária para contribuir para reduzir os custos de transação e dar mais celeridade e eficiência.

3. STARTUP: UMA MISTURA DE INOVAÇÃO, TECNOLOGIA E INCERTEZAS

O termo *startup* é cada vez mais usado e está em destaque no mundo tecnológico e empreendedor, tendo ganhado maior notoriedade no final da década de 1990, com as chamadas empresas '.com' (OIOLI, 2019, p. 11). Mas, afinal, o que seria uma *startup*? Quais são as suas características?

Eric Ries (2012, p.26) define a *startup* como "uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza". O Autor destrincha este conceito, ao argumento de que a parte mais importante nesta definição é o que ela omite, tendo em vista que o conceito de *startup* não diz respeito ao tamanho da empresa, a sua atividade ou o seu setor da economia.

Passei a perceber que a parte mais importante dessa definição é o que ela omite. Não diz nada a respeito do tamanho da empresa, da atividade ou do setor da economia. Qualquer pessoa que está criando um novo produto ou negócio sob condições de extrema incerteza é um empreendedor, quer saiba ou não, e quer trabalhe numa entidade governamental, uma empresa apoiada por capital de risco, uma organização sem fins lucrativos ou uma empresa com investidores financeiros decididamente voltada para o lucro (RIES, 2012, p. 26).

Deste conceito, são destacados pelo autor, os termos instituição, produto, inovação e extrema incerteza como caracterizadores de uma *startup*.

Consideremos cada uma das partes. A palavra instituição conota burocracia, processo, até letargia. Como isso pode ser parte de uma *startup*? No entanto, as *startups* bem-sucedidas estão repletas de atividades associadas ao desenvolvimento de instituições: contratação de funcionários criati-

vos, coordenação das atividades deles, e criação de uma cultura empresarial que gera resultados.

Frequentemente, perdemos de vista o fato de que uma startup não consiste num produto, numa inovação tecnológica ou até mesmo numa ideia brilhante. Uma startup é maior do que a soma de suas partes; é uma iniciativa intensamente humana.

O fato de que o produto ou serviço da startup é uma nova inovação também é parte essencial da definição, e também uma parte delicada. Prefiro empregar a definição mais ampla de produto, aquela que abrange qualquer fonte de valor para as pessoas que se tornam clientes.

Qualquer coisa que os clientes vivenciam da interação com uma empresa deve ser considerada parte do produto daquela empresa. Isso é verdade em relação a uma quitanda, um site de comércio eletrônico, um serviço de consultoria e uma entidade de serviço social sem fins lucrativos. Em todos os casos, a organização se dedica a revelar uma nova fonte de valor para os clientes e se preocupa com o impacto do seu produto sobre esses clientes.

Também é importante que a palavra inovação seja compreendida amplamente. As startups utilizam muitos tipos de inovação: descobertas científicas originais, um novo uso para uma tecnologia existente, criação de um novo modelo de negócios que libera um valor que estava oculto, ou a simples disponibilização do produto ou serviço num novo local ou para um conjunto de clientes anteriormente mal atendidos. Em todos esses casos, a inovação é o cerne do sucesso da empresa.

Há mais uma parte importante dessa definição: o contexto no qual a inovação acontece. A maioria das empresas – grandes e pequenas – estão excluídas desses contextos. As startups são projetadas para enfrentar situações de extrema incerteza. Abrir uma nova empresa, que seja um clone exato de um negócio existente, copiando modelo de negócios, precificação, cliente-alvo e produto, pode até ser um investimento econômico atraente, mas não é uma startup, pois seu sucesso depende somente da execução – tanto que esse sucesso pode ser modelado com grande exatidão. (Eis por que tantas pequenas empresas podem ser financiadas com simples empréstimos bancários; o nível de risco e incerteza são tão bem entendidos que um analista de crédito pode avaliar suas perspectivas futuras.)

A maioria das ferramentas da administração geral não são projetadas para florescer no solo adverso da extrema incerteza, no qual as startups vicejam. O futuro é imprevisível, os clientes testemunham um conjunto crescente de alternativas, e o ritmo da mudança está sempre aumentando. No entanto, a maioria das startups – tanto em garagens quanto em empresas – ainda é administrada por meio de prognósticos padrão, marcos de produtos e planos de negócios detalhados (RIES, 2012, p. 26-27).

Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca dão um conceito mais amplo sobre o que é uma *startup*. Para os autores, uma *startup* é “um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios, baseado em tecnologia, repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza” (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 31).

Uma grande vantagem do modelo de negócio adotado pelas *startups* é a efetiva capacidade de o produto ser replicável e escalável em virtude do uso da tecnologia, em que ser replicável significa que “é possível entregar o produto ou o serviço em escala de maneira potencialmente ilimitada, sem a necessidade de adaptação ou customização para cliente”,

enquanto ser escalável significa que a *startup* "tem capacidade para crescer cada vez mais por meio da venda de um produto ou serviço que pode ser produzido ou distribuído em grandes quantidades, resultando em uma economia de escala, sem a necessária alteração do modelo de negócios ou ampliação significativa de seus custos" (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 34-35).

Além das características acima, Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca (2018, p. 24-26) também trazem as seguintes características de uma *startup*:

- Encontra-se em estágio inicial, sendo notadamente carente de processos internos e organização, muitas vezes sem um modelo de negócio claro;
- Possui perfil inovador, sendo esta uma das características mais importantes;
- Possui significativo controle de gastos e custos, de modo a focar os investimentos no desenvolvimento de seu produto ou serviço principal;
- Seu produto ou serviço é operacionalizado por meio de um produto mínimo viável (MVP), que é o desenvolvimento do produto ou serviço de uma forma simples, apenas para que seja possível verificar se realmente existe demanda e para manter os custos iniciais baixos;
- O produto ou ideia explorado é escalável, isto é, ser facilmente expandido para outros mercados e em diferentes níveis de capilaridade e distribuição, de modo a alcançar uma economia de escala por meio de replicação de um mesmo produto para inúmeros clientes;
- Apresenta necessidade de capital de terceiros para operação inicial, razão pela qual é comum a busca por investidores externos para financiamento das operações;
- Utiliza tecnologia a favor do seu modelo de negócio, para desenvolver negócios escaláveis e inovadores;
- Atuam em um mercado de extrema incerteza, em razão do alto risco.

Fato é que apesar do forte laço com a tecnologia, uma *startup* não precisa, imprescindivelmente, trabalhar com produtos ou serviços digitais. As *startups* são a grande aposta do mercado e formam verdadeiros ecossistemas no mundo todo.

São de baixo capital inicial e rápido crescimento, com DNA jovem e um modelo de negócio promissor. Para ingressar no universo das *startups*, não basta ter uma grande ideia. É preciso trabalhar duro, conhecer o cliente a fundo e ter coragem para correr riscos em busca de sonhos ambiciosos.

As *startups* se mostram atividades iniciantes, detentoras de abordagem jovem e adaptadas ao modelo digital, tão importante nos dias atuais. Muito embora sejam pequenas, proporcionam propostas inovadoras de serviços a serem prestados ou produtos a serem produzidos e fabricados.

Almeja-se gerar impacto por meio de algo que se revele novo e possua enormes possibilidades de desenvolvimento. Decorrem de ideias com boas chances de êxito de serem líderes e grandes players dos seus mercados.

A *startup* está em fase embrionária e busca um modelo de negócio repetível, escalável e altamente lucrativo, priorizando a inovação em um ambiente de alto risco.

O potencial de atingir grandes mercados com uma estrutura enxuta é um dos principais traços das startups. Com um capital inicial muito baixo, a empresa pode chegar a alcançar milhões de consumidores.

Startups estão fortemente relacionadas à tecnologia. Mesmo que o foco não seja uma solução voltada especificamente para a área, dificilmente algo terá resultado positivo se seus idealizadores não usarem essa ferramenta a favor. Se considerarmos ainda que uma *startup* é uma empresa que explora atividades inovadoras, esse conceito de aplicação de novas tecnologias fica ainda mais evidente e justificável.

As principais características de uma *startup* são a inovação, a escalabilidade, a repetibilidade, a flexibilidade e a rapidez. Ou seja, conceitos muito semelhantes e próximos às novidades tecnológicas.

Atualmente, raramente algo é feito sem que haja influência da tecnologia, sobretudo quando estamos falando de inovações.

Aliás, o próprio conceito do “novo” traz uma ideia futurista, como sendo uma forma de executar tarefas ou resolver questões que ainda não foram criadas. Saliente-se que a inovação é a principal característica das *startups*. Inovar é o primeiro passo de uma empresa que deseja se lançar como *startup*.

O principal alicerce de uma *startup* é apresentar e desenvolver solução para problemas de uma maneira inovadora e nunca antes testada, mas que tem grandes chances de dar certo e se tornar um excelente negócio.

Assim, trazem serviços que sempre foram necessários, mas que nunca foram pensados antes. Igualmente, acontece com os produtos, pois servem como soluções certas referentes as inúmeras e diferentes demandas da sociedade.

São disruptivas. Isso pois as *startups* rompem e quebram padrões em relação a outras empresas do mesmo segmento, geralmente já consolidadas. Esta característica se denota por meio de formas de atendimento, isenção ou redução de taxas e até mesmo no modo como os serviços são prestados ou disponibilizados.

Ou seja, o propósito é fugir do que o mercado oferece, destacando-se e auferindo a competitividade necessária. Ademais, são escaláveis, ou seja, detêm muita possibilidade de crescimento, vertiginoso, fazendo isso sem consequências ou limites nas suas operações. Tal escalabilidade ocorre sobretudo por serem geralmente atreladas ao meio digital. Consequentemente, seus produtos e serviços podem ser entregues a um número cada vez maior de clientes, sem que enseje mais esforços, investimentos, gastos ou despesas. Um negócio escalável é aquele que pode crescer em um ritmo muito acelerado sem alterar o modelo proposto. Ou seja, a receita da empresa aumenta exponencialmente, mas os custos continuam praticamente os mesmos.

Uma *startup* é repetível, pois o mesmo produto ou serviço pode ser ofertado em larga escala, não possuindo nenhum tipo de limitação. Para tanto, deve ser pouco flexível ou customizável. Ser repetível é entregar os mesmos produtos e serviços de modo reprodutivo, sem a necessidade de customizar em excesso. A proposta é multiplicar e alcançar mais clientes e adaptações atrapalhariam essas metas.

Lembre-se que outra característica é inerente: a incerteza. Isso pois uma *startup* não tem um direcionamento bem definido no que diz respeito ao sucesso e há alto risco de insucesso. Portanto, apesar de serem propostas sólidas e com grande chance de terem bons resultados, não possuem precedentes que a autorizem e ajudem a deter perspectivas claras e absolutas ao longo do tempo futuro.

Insta mencionar que, como regra, atividades inserta no contexto do empreendedorismo digital possuem sua atuação pela rede mundial de computadores, dispensando-se locais físicos e também a necessidade de deslocamento para realizar atendimentos, consultas, reuniões, etc. Geralmente, são negócios praticamente 100% digitais.

As *startups* pairam em torno de produtos e serviços realmente inovadores. Logo, ao se ter boas reflexões e ser atento a serviços que podem ter êxito e sucesso, mais cedo ou mais tarde, ideias totalmente incríveis tendem a surgir. No mesmo sentido, qualquer *startup* decorre a partir de uma fase de protótipo, pela qual o modelo de negócio será testado perante o seu público-alvo, em uma amostragem reduzida e pequena.

É importante começar por uma versão básica, compreender e observar os resultados que ela obtém, avaliando-se a reação do público. Depois dos testes, também será possível e relevante focar nas adaptações para se chegar ao modelo final. Para criar uma, deve-se ter bons parceiros, pois começar sozinho é sempre muito difícil. Precisam de diferentes competências para serem exercidas por pessoas de confiança dentro do seu networking, que possuam habilidades complementares à sua.

Logo, uma *startup* é uma mistura de inovação, tecnologia, incertezas e riscos, em que um grupo de pessoas trabalham juntos em prol do desenvolvimento de um produto ou serviço, replicável e escalável. Agora, passa-se a aprofundar em um segmento específico de *startup*, quais sejam, *fintechs*.

3.1 A DEFINIÇÃO DE *STARTUP* DE ACORDO COM LEI COMPLEMENTAR N. 167/2019

Em que pese o crescimento exponencial das *startups* no ecossistema empreendedor, foi apenas no ano de 2019 que a legislação pátria regulamentou, de forma expressa e inequívoca, as *startups*. Assim, foi publicada a Lei Complementar n. 167/2019, que alterou a Lei Complementar 123/2016 e trouxe o conceito de *startup*, bem como um regime tributário específico para o empreendedor que queira seguir este modelo de negócio.

De acordo com o artigo 13, da LC 167/19, foi incluído, na LC 123/16, o artigo 65-A⁷, acompanhado de 13 parágrafos, que criou o Inova Simples, que consistente em um regime

7 LC 123/2016 – Art. 65-A. É criado o Inova Simples, regime especial simplificado que concede às iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem como startups ou empresas de inovação tratamento diferenciado com vistas a estimular sua criação, formalização, desenvolvimento e consolidação como agentes indutores de avanços tecnológicos e da geração de emprego e renda. § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se startup a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, os quais, quando já existentes, caracterizam startups de natureza incremental, ou, quando relacionados à criação de algo totalmente novo, caracterizam startups de natureza disruptiva. § 2º As startups caracterizam-se por desenvolver suas inovações em condições de incerteza que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à comercialização plena e à obtenção de receita. § 3º O tratamento diferenciado a que se refere o caput deste artigo consiste na fixação de rito sumário para abertura e fechamento de empresas sob o regime do Inova Simples, que se dará de forma simplificada e automática, no mesmo ambiente digital do portal

especial simplificado, que permite às iniciativas empresariais que se autodeclarem como *startups* ou empresas de inovação tratamento diferenciado.

Este regime diferenciado se trata de um rito sumário para abertura e fechamento de empresas sob o regime do Inova Simples, que se dará de forma simplificada e automática, de forma digital, através da Redesim – Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Art. 65-A, §3º, LC 123/16).

Ainda de acordo com o dispositivo, o objetivo do Inova Simples é estimular a criação, formalização, desenvolvimento e consolidação destas iniciativas empresariais como agentes indutores de avanços tecnológicos, bem como fomentar a geração de emprego e renda.

Neste diapasão, o artigo 65-A, §§1º e 2º, da LC 123/16, conceitua, de forma expressa, o que seria uma *startup*. De acordo com a referida Lei, considera-se *startup* a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, já existentes ou totalmente novos.

É importante pontuar que a atividade desenvolvida pela *startup* pode visar aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos já existentes, ocasião em que se caracterizam *startups* de natureza incremental, ou, estar relacionada à criação de algo totalmente novo, caracterizando-se *startups* de natureza disruptiva.

Além disso, as *startups* também tem como característica o desenvolvimento das suas inovações em condições de incerteza, que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à complementação plena e à obtenção de receita.

Destrinchando o conceito trazido pelos parágrafos 1º e 2º, do artigo 65-A, da LC 123/16, percebe-se que o legislador seguiu fielmente as características de *startups* usadas mundialmente, tendo em vista que, para ser considerado *startup*, é preciso, principalmente mas não apenas: (i) ter caráter inovador e (ii) desenvolvimento da atividade em condição de incerteza.

da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim), em sítio eletrônico oficial do governo federal, por meio da utilização de formulário digital próprio, disponível em janela ou ícone intitulado Inova Simples. § 4º Os titulares de empresa submetida ao regime do Inova Simples preencherão cadastro básico com as seguintes informações: I - qualificação civil, domicílio e CPF; II - descrição do escopo da intenção empresarial inovadora e definição da razão social, que deverá conter obrigatoriamente a expressão "Inova Simples (I.S.)"; III - autodeclaração, sob as penas da lei, de que o funcionamento da empresa submetida ao regime do Inova Simples não produzirá poluição, barulho e aglomeração de tráfego de veículos, para fins de caracterizar baixo grau de risco, nos termos do § 4º do art. 6º desta Lei Complementar; IV - definição do local da sede, que poderá ser comercial, residencial ou de uso misto, sempre que não proibido pela legislação municipal ou distrital, admitindo-se a possibilidade de sua instalação em locais onde funcionam parques tecnológicos, instituições de ensino, empresas juniores, incubadoras, aceleradoras e espaços compartilhados de trabalho na forma de coworking; e V - em caráter facultativo, a existência de apoio ou validação de instituto técnico, científico ou acadêmico, público ou privado, bem como de incubadoras, aceleradoras e instituições de ensino, nos parques tecnológicos e afins. § 5º Realizado o correto preenchimento das informações, será gerado automaticamente número de CNPJ específico, em nome da denominação da empresa Inova Simples, em código próprio Inova Simples. § 6º A empresa submetida ao regime do Inova Simples constituída na forma deste artigo deverá abrir, imediatamente, conta bancária de pessoa jurídica, para fins de captação e integralização de capital, proveniente de aporte próprio de seus titulares ou de investidor domiciliado no exterior, de linha de crédito público ou privado e de outras fontes previstas em lei. § 7º No portal da Redesim, no espaço destinado ao preenchimento de dados do Inova Simples, deverá ser criado campo ou ícone para comunicação automática ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) do conteúdo inventivo do escopo da iniciativa empresarial, se houver, para fins de registro de marcas e patentes, sem prejuízo de o titular providenciar os registros de propriedade intelectual e industrial diretamente, de moto próprio, no INPI. § 8º O INPI deverá criar mecanismo que concatene desde a recepção dos dados ao processamento sumário das solicitações de marcas e patentes de empresas Inova Simples. § 9º Os recursos capitalizados não constituirão renda e destinar-se-ão exclusivamente ao custeio do desenvolvimento de projetos de *startup* de que trata o § 1º deste artigo. § 10. É permitida a comercialização experimental do serviço ou produto até o limite fixado para o MEI nesta Lei Complementar. § 11. Na eventualidade de não lograr êxito no desenvolvimento do escopo pretendido, a baixa do CNPJ será automática, mediante procedimento de autodeclaração no portal da Redesim. § 12. (VETADO). § 13. O disposto neste artigo será regulamentado pelo Comitê Gestor do Simples Nacional".

O artigo 65-A, §4º, da LC 123/16 traz as informações que devem ser prestadas, através de preenchimento de cadastro pelos empreendedores que adotarão o Inova Simples. Dentre estas informações, destaca-se o que consta no inciso II, que preleciona que a razão social da *startup* que adotar este regime especial simplificado deverá conter, obrigatoriamente, a expressão "Inova Simples (I.S.)".

Ainda, os recursos capitalizados pela *startup* que adotar este regime, não constituirão renda e serão destinados, exclusivamente, para o custeio do desenvolvimento dos seus projetos. Além disso, a Lei faculta a comercialização experimental, pela *startup*, do serviço ou produto até o limite fixado para o microempreendedor individual.

Portanto, a alteração trazida pela LC 167/19, 19 é fortemente voltada para a *startup* em seu estágio inicial. Todavia, ao caracterizar e conceituar uma *startup*, mostrou um grande avanço na legislação brasileira. Porém, percebe-se que referidas alterações carecem de maiores regulamentações e esclarecimentos, tendo em vista que ainda há lacunas a serem preenchidas.

4. FINTECHS: TECNOLOGIA E INOVAÇÃO DOS SERVIÇOS FINANCEIROS

O termo *fintech* junta a atividade de finanças com tecnologia (em inglês, *financial technology*), e pode ser utilizado para se referir a empresas e negócios que apliquem tecnologia para prestar serviços financeiros ou serviços relacionados a serviços financeiros (OIOLI; SILVA; ZILIOTI, 2019, p. 187).

De acordo com Rébecca Menat, diretora de comunicações do *The Assets* (2017, p. 10), *fintech* significa tecnologia financeira e "engloba uma nova onda de empresas mudando a maneira que as pessoas pagam, enviam dinheiro, emprestam e investem".

São exemplos de *fintechs*: *NuBank*, *Creditas*, *GuiaBolso*, *PayPal*, *Bidu*, *PicPay*, *Toro Investimentos*, *Neon*, *QuintoAndar*, *Méliuz*, dentre outras.

O Banco Central define as *fintechs* da seguinte forma:

Fintechs são empresas que promovem inovações nos mercados financeiros por meio do uso intenso de tecnologia, com potencial para criar novos modelos de negócios. Internacionalmente, as *fintechs* são classificadas da seguinte forma: de pagamento, compensação e liquidação, depósito, empréstimo e levantamento de capital, financiamento, e gestão de investimentos. No Brasil, podemos identificar as seguintes categorias de *fintechs*: de pagamento, gestão financeira, empréstimo, investimento, financiamento, seguro, negociação de dívidas, criptoativos e Distributed Ledger Technologies (DLTs), câmbio, e multisserviços (BRASIL, 2018).

Conforme Mariana Congo (2017), *fintech* é o termo usado para descrever empresas que prestam serviços de natureza financeira, tendo o uso da tecnologia como seu diferencial, sendo que todos os seus clientes são atendidos apenas pelo computador ou *smartphone*.

A Equipe Nubank (2019), define as *fintechs* como "startups ou empresas que desenvolvem produtos financeiros totalmente digitais, menos burocráticos, mais transparentes e que desafiam o mercado dominado pelos grandes bancos".

Esta terminologia teve origem na cidade de *New York*, em um programa de aceleração de *startups* desenvolvido pela Accenture, em parceria com a Prefeitura de *New York*. Com o tempo, *fintech* passou a designar o seguimento de *startups* que inovam os serviços financeiros, baseando-se em tecnologia e, assim, criando novos modelos de negócio em áreas como conta corrente, cartão de crédito, empréstimos pessoais e corporativos, pagamentos, investimentos, seguros, entre outros (GANZER, et al., 2017)

Neste sentido, as *fintechs* utilizam a tecnologia para conseguirem inovar e aprimorar os serviços financeiros fornecidos pelos bancos, ou seja, "as empresas do ramo utilizam recursos tecnológicos amplamente disseminados para criar metodologias, processos e ferramentas que facilitam o acesso a serviços financeiros" (ALECRIM, 2018).

Ganzer, citando o Manual da OECD (GANZER, et al., p. 5, apud OECD, 2005), afirma que inovar não significa necessariamente criar algo que nunca existiu, mas consiste também no aprimoramento das técnicas produtivas que podem afetar desde a qualidade até as características físicas do produto ou serviço, ou até mesmo o desenvolvimento de modelos de negócios econômicos.

Neste diapasão, as *fintechs* oferecem os mais diversos serviços financeiros, tais como financiamentos, financiamentos alternativos, seguros, gestão patrimonial, gestão de finanças, pessoais, pagamentos, investimentos, gestão de finanças empresariais e bancos digitais, sendo que estes serviços são oferecidos por meio de celular ou *internet banking* sem que haja necessidade de deslocamento físico até a instituição (BIGNARDI; PIACENTE, 2018, p. 569).

4.1 A REGULAMENTAÇÃO DAS FINTECHS PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL

Atualmente, não há nenhuma lei que regule diretamente as *fintechs*. Porém, em 2018, o Conselho Monetário Nacional (CMN) editou a Resolução n. 4.656, de 26 de abril de 2018, que dispõe sobre a *fintech* exclusivamente de crédito.

De acordo com o Banco Central, as *fintechs* de crédito são instituições financeiras que concedem e intermediam operações de crédito (BRASIL, 2018).

Neste diapasão, conforme o artigo 1º, da Resolução n. 4.656/18, esta criou a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP), disciplinou a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições.

De acordo com esta Resolução, tanto a SCD, quanto a SEP são consideradas instituições financeiras, podendo operar exclusivamente por meio de plataformas digitais, ou seja, pela internet ou aplicativos (OIOLI; SILVA; ZILIOTI, 2019, p. 190).

O artigo 3º desta Resolução dispõe que a SCD é instituição financeira que tem por objeto a realização de operações de empréstimo, de financiamento e de aquisição de direitos creditórios exclusivamente por meio de plataforma eletrônica, com utilização de recursos financeiros que tenham como única origem capital próprio.

Já a SEP está prevista no artigo 7º, da Resolução 4.656/18, que preleciona que a SEP é uma instituição financeira, que tem por objeto a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas exclusivamente por meio de plataforma eletrônica.

Oioli, Silva e Zilioti (2019, p. 191), esclarecem que a principal diferença entre a SCD e a SEP é que a primeira só poderá atuar utilizando capital próprio, enquanto a segunda poderá captar recursos das partes envolvidas na operação, agindo como intermediário das instituições financeiras tradicionais, sem reter o risco de crédito.

Abaixo, veja-se quadro comparativo da SCD e da SEP, criado por Oioli, Silva e Zilioti (2019, p. 190-191):

	SCD	SEP
Objeto	Empréstimos; Financiamentos; e Aquisição de Direitos Creditórios	Empréstimos e Financiamentos
Origem do Capital	Próprio	Credores e devedores
Forma de atuação	Exclusivamente por plataforma eletrônica	Exclusivamente por plataforma eletrônica
Outros serviços	Análise de crédito para terceiros; Cobrança de crédito para terceiros; Atuação como representante de seguros por meio de plataforma eletrônica; e Emissão de moeda eletrônica	Análise de crédito para clientes e terceiros; Cobrança de crédito para clientes e terceiros; Atuação como representante de seguros; e Emissão de moeda eletrônica
Denominação	"Sociedade de Crédito Direto"	"Sociedade de Empréstimo entre Pessoas"
Vedações	Captar recursos públicos, exceto mediante emissão de ações; e Participar do capital de instituições financeiras	Realizar operações de empréstimo e financiamento com recursos próprios; Participar do capital de instituições financeiras; Coobrigar-se ou prestar qualquer tipo de garantia nas operações de empréstimo ou financiamento, exceto em algumas hipóteses; remunerar ou utilizar em seu benefício os recursos captados pelas operações de empréstimo ou financiamento; transferir recursos aos devedores antes de sua disponibilização pelos credores; transferir recursos aos credores antes do pagamento pelos devedores; manter recursos dos credores e dos devedores em conta de sua titularidade não vinculados às operações de empréstimo ou financiamento; e vincular o adimplemento da operação de crédito a esforço de terceiros ou do devedor, na qualidade de empreendedor.

Ainda de acordo com os autores, esta Resolução também estabelece as diretrizes para a obtenção da autorização para que uma *fintech* funcione como SCD ou SEP, bem como os procedimentos a serem observados em suas operações. Em suas palavras:

No caso da SCD, o empréstimo ou financiamento deve ser realizado sempre por meio de plataforma eletrônica, com utilização exclusiva de recursos próprios. Já com relação à SEP o empréstimo ou financiamento se iniciará com a manifestação inequívoca de vontade das partes (potenciais credores e devedores). Em seguida, ocorrerá a disponibilização, pelos credores, dos recursos objeto da transação à SEP, que por sua vez celebrará instrumento representativo do crédito com os devedores e com os credores. Apenas após a conclusão desta etapa que a SEP poderá realizar a transferência dos recursos aos devedores, de modo a assegurar que entidade não retenha para si o risco de crédito decorrente de eventual inadimplemento das partes envolvidas na transação (OIOLI; SILVA; ZILIOTI, 2019, p. 191).

Portanto, apenas as *fintechs* de crédito possuem regulamentação pela CMN, consistentes em Sociedade de Crédito Direto (SCD) e Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP).

5. VANTAGENS DAS FINTECHS: REDUÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E BUSCA PELA EFICIÊNCIA

De acordo com Kashyap e Weber (2017, p. 227), internet, mobilidade, redes sociais e a ascensão de sites de comparação de preços mudaram o jogo ao longo da última década e criaram uma nova geração de clientes que exigem simplicidade, velocidade e conveniência em suas interações com os prestadores de serviços financeiros. Assim, as *fintechs* colocam os seus clientes no centro do seu modelo de negócios.

Para Spiros Margaris (2017, p. 240), conselheiro da *FinTech Forum* e CEO do Margaris Advisory, *fintechs* são especializadas e focadas na adaptação aos sonhos e desejos dos clientes, "são, portanto, mais flexíveis e adaptáveis do que as grandes empresas financeiras. Além disso, sua razão de existir e futuro estão sempre intimamente ligados com a satisfação das necessidades e desejos dos clientes".

Em razão do uso da tecnologia, as *fintechs* possuem menor custo operacional, motivo pelo qual os serviços oferecidos chegam ao consumidor com um preço mais baixo que os serviços ofertados por instituições financeiras tradicionais.

A título de ilustração, a *fintech* Creditas, que atua com empréstimos com garantia, faz empréstimos a uma taxa de 0,99% ao mês, conforme informado pelo seu *site*⁸.

Em contrapartida, de acordo com estatísticas apresentadas pelo Banco Central⁹, os bancos tradicionais cobram taxa de juros mensais muito superior, como o Banco Santander, que impõe uma taxa mensal de 14,77, ou a Caixa Econômica Federal, com taxa mensal de 12%.

8 Disponível em: <https://www.creditas.com.br/>. Acesso em 06 ago. 2019.

9 Disponível em: https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%20C3%20Ad%20-%20Cheque%20especial¶metros=tipopessoa:1;modalidade:216;encargo:101&exibeparametros=false&exibe_paginacao=false. Acesso em 06 ago. 2019.

Neste sentido, as *fintechs* aparecem como uma opção mais viável para o consumidor pessoa física e as sociedades empresas, através de uma estrutura de custos significativamente mais baixa que os bancos tradicionais, tendo em vista o seu modelo de negócio mais enxuto, através da utilização da tecnologia.

Com isso, pode-se oferecer soluções mais eficientes, com serviços financeiros personalizados de acordo com as necessidades do usuário, por exemplo, empréstimos, desconto de recebíveis, serviços de pagamento e recebimento, gestão de fluxo de caixa, remessas de pagamento *offshore* e *trade finance* eletrônico (FARIA, 2018, p. 53).

Um grande diferencial das *fintechs* em relação às instituições financeiras tradicionais é o uso da tecnologia, pois é possível que os clientes controlem os produtos através dos seus *smartphones* (NUBANK, 2019).

Outra vantagem é a desnecessidade de deslocamento até agências ou sede das *fintechs*, tendo em vista que tudo é contratado e solucionado através da internet.

Em seu site, a Nubank cita como vantagens das *fintechs*:

No geral, as *fintechs* são conhecidas por oferecer soluções financeiras inéditas, menos burocráticas, mais intuitivas de serem usadas – afinal, elas normalmente estão disponíveis no *smartphone* do cliente – e com custos baixíssimos, às vezes inexistentes, para os usuários.

Um exemplo são os cartões de crédito sem anuidade ou as contas digitais gratuitas.

Tudo isso graças à tecnologia. Por já terem nascido no mundo digital e não contarem com grandes estruturas físicas, como as agências bancárias, seus custos são muito reduzidos. Por isso muitas oferecem produtos livres de taxas e conseguem escalar rapidamente.

Em resumo, as *fintechs* chegam no mercado trazendo produtos financeiros inovadores. Em muitos casos, eles foram desenhados para serem mais simples e vantajosos para os clientes (NUBANK, 2019).

Em razão de todas estas vantagens, as *fintechs* conseguem inovar o sistema financeiro, tornando-o mais eficiente, tendo em vista que, com a sua utilização, é possível reduzir os custos de transação.

Isto, pois, como foi acima exposto, o custo de transação é aquilo de que se necessita abrir mão, pagar, ou gastar tempo e dinheiro, para efetivação, manutenção, precaução, alienação ou cessão dos efeitos jurídicos de uma relação contratual (LANA, 2014, p. 29).

Com as *fintechs*, o usuário economiza dinheiro, pois as transações são menos custosas e, muitas vezes, gratuitas, bem como as taxas de juros são muito inferiores à cobrada pelas instituições financeiras tradicionais.

Além disso, o usuário também consegue economizar tempo, já que, em regra, as *fintechs* operam exclusivamente pela internet, não sendo necessária a presença física do contratante, poupando-o de perder tempo com deslocamento. Assim, caso seja necessária a realização de transferência de valores, por exemplo, as partes conseguem fazê-la de qualquer lugar através de um computador ou *smartphone*. Ainda, algum empresário ou sociedade empresária que necessite de capital de giro para manter as operações, consegue fazer um emprés-

timo de forma rápida, eficiente e segura, a juros mais baixos do que tradicionalmente se consegue.

Consequentemente, acarretará redução dos custos de transação. Com a redução dos custos de transação, haverá maior eficiência nos negócios jurídicos celebrados, resultando na possibilidade de celebração de novos contratos, novas transações e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas do lucro.

Portanto, pode-se afirmar que as *fintechs* tornam o serviço financeiro e as relações jurídicas mais eficientes, pois consegue reduzir os custos de transação, beneficiando os seus usuários.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho não pretende esgotar o tema. Tratam-se de reflexões construtivas, acadêmicas e não definitivas, mas que procuraram ser expostas de forma técnica, objetiva, completa e fundamentada.

O problema a ser respondido neste artigo é se o uso de *fintechs* pode contribuir, especificamente, também, para reduzir os custos de transação, tornando as operações financeiras mais céleres e mais eficientes.

Como foi acima exposto, a Análise Econômica do Direito (AED), trata-se de um método de estudo jurídico-econômico, em que os princípios da Ciência Econômica são aplicados ao Direito, isto é, a aplicação da teoria econômica ao Direito. Assim, com o estudo da AED, busca-se, através dos métodos da Ciência Econômica, reduzir os custos de transação, que é tudo aquilo que se precisa pagar ou abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual.

Com a redução dos custos de transação, será possível alcançar a eficiência e, assim, aumentar o lucro.

Assim, quando da celebração dos negócios jurídicos, as partes devem sempre buscar a redução dos custos de transação e a maximização dos resultados, alcançando-se a tão almejada eficiência.

Neste diapasão, com as novas tecnologias, cresce, cada vez mais, o número de *startups*, que é uma mistura de inovação, tecnologia, incertezas e riscos, em que um grupo de pessoas trabalham juntos em prol do desenvolvimento de um produto ou serviço, replicável e escalável.

Inclusive, o conceito adotado pela LC 167/19, ao regulamentar as *startups*, preservou estas características.

Algumas *startups* atuam no setor financeiro. A estas, dá-se o nome de *fintech*, que é a *startup* que usa a tecnologia para aprimorar e inovar os serviços financeiros. As *fintechs* prestam serviços como empréstimos, financiamentos, pagamentos, gestão financeira, gestão patrimonial, dentre outros, todos utilizando a tecnologia.

Apenas as *fintechs* de crédito são regulamentadas no Brasil, através da Resolução n. 4.656/18, do Conselho Monetário Nacional, que criou a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP), disciplinou a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições.

Em razão do uso da tecnologia, as *fintechs* conseguem prestar serviços financeiros, a valores mais baixos do que usualmente cobrado por uma instituição financeira tradicional. Além disso, as *fintechs* dispensam o deslocamento para comparecimento em agências físicas, o que economiza o tempo do usuário.

As *fintechs* possuem inúmeras vantagens que trazem inovação ao sistema financeiro, acarretando na redução dos custos de transação e maior eficiência nos serviços financeiros prestados, resultando na possibilidade de celebração de novos contratos, novas transações e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas do lucro.

Portanto, como hipótese de resposta à pergunta problema que foi proposta neste artigo, constata-se que as *fintechs* podem sim contribuir para reduzir os custos de transação e aumentar a eficiência.

REFERÊNCIAS

ALECRIM, Emerson. *O que é fintech?*. Disponível em <https://www.infowester.com/fintech.php>. Acesso em 03 jun. 2019.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise Econômica do Direito: Contribuições e Desmistificações*. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

BIGNARDI, Silvia Dourado Casado; PIACENTE, Fabricio. *Fintech, a inovação no segmento bancário e o uso da tecnologia blockchain, uma análise bibliométrica do estado da literatura*. Disponível em http://www.portal.cps.sp.gov.br/pos-graduacao/workshop-de-pos-graduacao-e-pesquisa/013-workshop-2018/artigos/Sistemas-Produtivos/Tecnologia_Informacao/Fintech_a_inovacao_no_segmento_bancario_e_o_uso_da_tecnologia_blockchain.pdf. Acesso em 03 jun. 2019.

BRASIL, Banco Central. *FAQ-Fintechs*. Disponível em https://www.bcb.gov.br/acesoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fpre%2Fbc_atende%2Fport%2Ffintechs.asp%3Fidpai%3DFAQCIDADA0. Acesso em 04 jun. 2019.

BRASIL, Banco Central. *Pessoa física – cheque especial*. Disponível em https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%C3%ADsica%20-%20Cheque%20especial¶metros=tipopessoa:1;modalidade:216;ncargo:101&exibeparametros=false&exibe_paginacao=false. Acesso em 11 ago. 2019.

BRASIL, Banco Central. *Resolução nº 4.656, de 26 de abril de 2018*. Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50579/Res_4656_v1_0.pdf. Acesso em 11 ago. 2019.

CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. *A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.

COASE, Ronald H. *O Problema do Custo Social*. 1960. Disponível em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

CONGO, Mariana. *O que é fintech e como ela revoluciona hoje o mercado financeiro?*. Disponível em <https://blog.magnetis.com.br/o-que-e-fintech/>. Acesso em 03 jun. 2019.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. *Direito & Economia*. 5ª ed. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman. 2010.

COURTNEY, Anthony MC. *Fintech: o que é e por que está em alta?*. Disponível em <http://blog.eqseed.com/o-que-e-fintech/>. Acesso em 04 jun 2019.

CREDITAS. Disponível em <https://www.creditas.com.br/>. Acesso em 08 jun. 2019.

EQUIPE NUBANK. *O que é fintech e por que esse termo ficou tão popular?*. Disponível em <https://blog.nubank.com.br/fintech-o-que-e/>. Acesso em 04 jun. 2019.

EU SOU EMPREENDEDOR. *O que é fintech, a revolução no mercado financeiro*. Disponível em <https://eusouempreendedor.com/fintech-mercado-financeiro/>. Acesso em 03 jun 2019.

FARIA, Emerson. *Fintechs de crédito e intermediários financeiros: uma análise comparativa de eficiência*. 2018. Dissertação (Mestrado em Empreendedorismo) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/D.12.2019.tde-07012019-112337. Acesso em: 2019-08-11.

FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. *Direito das Startups*. São Paulo: Saraiva, 2018.

FINNOVATION. *O que é fintech*. Disponível em <http://finnovation.com.br/o-que-e-fintech/>. Acesso em 03 jun 2019.

FINTECHLAB. *Missão Fintechlab*. Disponível em http://fintechlab.com.br/wp-content/uploads/2017/02/Report_FintechLab_2017.pdf. Acesso em 11 ago. 2019.

JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele. *Direito das Startups*. Juruá, 2016.

KASHYAP, Manoj K.; WEBER, Grégory. *Como tecnologias emergentes mudarão os serviços financeiros*. In: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. *A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.

KESSLER, Luiz Felipe. *Conheça algumas das maiores fintechs brasileiras*. Disponível em <https://seucreditodigital.com.br/maiores-fintechs-brasileiras/>. Acesso em 08 jun. 2019.

LANA, Henrique Avelino. *Dissolução parcial nas sociedades limitadas: Análise econômica sobre a inclusão do aviamento na apuração de haveres*. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2012;

LANA, Henrique Avelino. *Falência e Recuperação de Empresas: Análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017;

LANA, Henrique Avelino. *Sociedades Limitadas: Uma Leitura Via Law And Economics*. In: SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 18, n. 1, p. 9-43, jul. 2014. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/15206/14724>. Acesso em: 10 mar. 2018.

MANKIW, Gregory. *Princípios de Microeconomia*. Tradução: Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning. 2009.

MARGARIS, Spiros. *O supermercado de fintech – o banco está morto, vida longa ao banco!*. In: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. *A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.

MORETTI, Eduardo; OLIVEIRA, Leandro Antônio Godoy. *Startups: Aspectos jurídicos relevantes*. Lumen Juris, 2018.

MENAT, Rébecca. *Por que estamos tão animados com FinTech*. In: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. *A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.

OIOLI, Erik Frederico; SILVA, Rafael Toni; ZILLOTI, Matheus. *Fintechs e a regulação do sistema financeiro nacional*. In: OIOLI, Erik Frederico (coord.). *Manual de Direito para Startups*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GANZER, Paula Patrícia. et al. *Startups fintechs: uma análise a partir do radar da inovação*. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/323199144_STARTUPS_FINTECHS_UMA_ANALISE_A_PARTIR_DO_RADAR_DA_INOVACAO. Acesso em 10 jun. 2019.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário*. Campus Jurídico. Rio de Janeiro: Campus Jurídico. 2010.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. *Princípios e Conceitos Fundamentais da Análise Econômica do Direito*. In: MARÇAL; Antônio Cota; PIMENTA; Eduardo Goulart; NUNES, Maria Emília Naves; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Org.). *Os Princípios na Construção do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. *Análise Econômica do Direito e Sua Relação Com o Direito Civil Brasileiro*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 57. p. 85-138. Belo Horizonte: jul/dez. 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* Direito e economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier Campos. 2005.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria Geral dos Contratos. Contratos Empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O Que é "Direito e Economia"?*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

SANTOS, Ricardo Paulo Henrique dos. *As Fintech na geração Millennials*. Disponível em https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/23184/1/RicardoSantos_ISG.pdf. Acesso em 03 jun. 2019.

SZTAJN, Raquel. *Law & Economics*. In: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio (Org.). *Direito e Economia. Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2005.

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio. *Direito e Economia: Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Ed. Campus. 2005;

VIANNA, Fernando Ressetti Pinheiro Marques; BARROS, Letícia Lins de Souza. *Fintechs e bancos tradicionais: parceria ou competição?*. Disponível em <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XJzyxShgLN0J:https://www.facet.br/gc/artigos/completo.php%3Fartigo%3D129%26formato%3Dpdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 15 jul. 2019.

Recebido/Received: 23.10.2019.

Aprovado/Approved: 05.06.2020.

ANÁLISE CRÍTICA DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NA PERSPECTIVA DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

CRITICAL ANALYSIS OF STRUCTURAL PROCESSES FROM
THE DEMOCRATIC PROCESSUALITY PERSPECTIVE

ZAPHIA BORONI SOUZA¹

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO²

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS³

RESUMO

O artigo busca apresentar a conceituação e os aspectos que deram origem ao denominado processo estrutural, com o objetivo de questioná-lo frente às conjecturas da processualidade democrática no Estado

- 1 Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia, na linha de Pesquisa em Esfera Pública, Legitimidade e Controle, da Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes/Rio de Janeiro e em Direito processual: estudos no Estado Democrático de Direito Constitucional pela Universidade FUMEC. Analista Jurídico do Ministério Público de São Paulo. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/6580480534768424>. E-mail: zaphiab@gmail.com.
- 2 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Mestre em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. MBA em Gestão Municipal pela Faculdade Unyleya (2018). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Dom Pedro Segundo (2018). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho (2013). Bacharel em Direito da PUC Minas (2010). Pesquisador no Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Editor Chefe das Revistas e Pesquisas do IMDP. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Processual (GEPRO) registrado no CNPq. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Membership do CAED-Jus. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Orientador no Grupo Educacional IESLA/ESJUS. Professor da disciplina Teoria Geral do Estado no IEC/PUCMinas, em parceria com EJEJ/TJMG (2013). Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde 1995. Assessor Judiciário do Superintendente Adjunto da Superintendência Administrativa do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-6658-3179>. Publons: AAM-4092-2020. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com.
- 3 Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (São Leopoldo/RS). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, aonde é docente permanente da Graduação, Especialização e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD), desde 2009. Magistério na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como Professor convidado desde 2005. Fundador e Coordenador Geral do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado e Diretor Departamental do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI). Membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (1998). Associado fundador

Como citar esse artigo/How to cite this article:

SOUZA, Zaphia Boroni; RIBEIRO, Adriano da Silva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *Análise crítica dos processos estruturais na perspectiva da processualidade democrática*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 124-139, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8298>.

Democrático de Direito desenvolvidas com base na teoria neoinstitucionalista do processo. O texto abordará os aspectos introdutórios da processualidade democrática, buscando sintetizar suas principais ideias. Tendo por referencial teórico a teoria neoinstitucionalista do processo, associada aos princípios constitucionais do processo, pretende-se criticar a abordagem à temática do processo estrutural como fruto do ativismo judicial. A pesquisa apresentada é bibliográfica e se utiliza da metodologia de base hipotético-dedutiva, aos moldes da proposta de Karl Popper.

Palavras-chave: Processo estrutural. Processualidade democrática. Teoria neoinstitucionalista do processo. Democracia jurídica.

ABSTRACT

The article seeks to present the conceptualization and aspects that gave origin to the so-called structural process, with the aim of questioning it in the face of the conjectures of democratic process in the Democratic State of Law developed based on the neoinstitutionalist theory of the process. The text will address the introductory aspects of democratic processuality, seeking to synthesize its main ideas. Theoretically, the neoinstitutionalist theory of the process, associated with the constitutional principles of the process, is intended to criticize the approach to the structural process as a result of judicial activism. The research presented is bibliographical and uses the hypothetical-deductive basis methodology, according to the Karl Popper proposal.

Keywords: *Structural process. Democratic procedurality. Neoinstitutionalist theory of the process. Legal democracy.*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende abordar a temática relativa aos processos estruturais ou estruturantes, também denominados de decisões, medidas, reformas estruturais, analisando-a em contraponto às premissas da processualidade democrática, notadamente na perspectiva da teoria neoinstitucionalista do processo.

Para tanto, realizar-se-á estudo acerca do processo estrutural, quanto à sua conceituação, seus objetivos e base histórica, apontando críticas quanto à sua ligação ao protagonismo judicial e, conseqüentemente, com a teoria do processo como relação jurídica.

Em seguida, será apresentada síntese sobre as premissas da processualidade democrática, tendo como ponto de partida a alocação da Cidadania, no mesmo plano existencial do Estado, dando relevo à atuação do cidadão como verdadeiro condutor de decisões e construtor do ordenamento jurídico, isso em razão da prerrogativa de autoinclusão do cidadão, o que será detalhado ao longo do trabalho.

do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Associado do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Parecerista ad doc da Agência de Fomento FUNADESP (Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Privado). Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (desde 1993). Advogado licenciado, filiado a Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional Minas Gerais), desde 1998. Gestor da Biblioteca Desembargador Pedro Henrique de Oliveira Freitas (com mais de 6.000 títulos nacionais e internacionais). Livros jurídicos e Artigos científicos publicados no Brasil, América Latina e Europa (desde 1998), com textos citados em bases bibliográficas e jurisprudenciais diversas. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais (SEER IBICT / QUALIS CAPES). Participação ativa em Congressos Nacionais e Internacionais. Dupla cidadania (Brasil/Itália). Gestor do Portal do IMDP: WWW.IMDP.COM.BR. Site Pessoal: WWW.ZANDONA.PRO.BR. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>. E-mail: sergiohzhf@fumec.br.

Na mesma esteira, abordar-se-á o princípio do acesso à justiça como sendo a base da participação jurídica do cidadão na construção das decisões judiciais, de modo que só será tida por democrática a decisão construída discursivamente.

Por fim, apresentados os pontos relevantes numa abordagem da democraticidade jurídica, critica-se o processo estrutural concebido como decorrência do ativismo judicial, buscando ressignificá-lo sob o olhar centrado nos princípios fundantes da teoria neoinstitucionalista do processo.

A pesquisa aqui desenvolvida é de cunho bibliográfico e tem por metodologia a base lógico-dedutiva, em que se faz uma comparação entre as teorias colocando-as em teste, a fim de se examinar suas possibilidades diante do problema proposto.

2. IDENTIFICAÇÃO DOS DENOMINADOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

O processo estrutural, também designado decisão estrutural, decisão estruturante ou reforma estrutural, pode ser compreendido como uma nova forma procedimental de tutela diferenciada de direitos fundamentais, em especial de direitos coletivos (BAHIA; NUNES; COTA, 2019, p. 30).

Na concepção de Fredie Didier, Hermes Zaneti e Rafael Alexandria de Oliveira, a decisão estrutural é aquela em que se busca “implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos” (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2017, p. 48-49).

Nesse viés, “o processo estrutural foi primeiramente delineado nos Estados Unidos, diante da percepção de uma nova categoria de litígios, os litígios estruturais”⁴ (BAHIA; NUNES; COTA, 2019, p. 31).

Conforme delineado por Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia, Leonardo Silva Nunes e Samuel Paiva Cota, os litígios estruturais policêntricos, isto é,

contemplam diferentes pontos de influência que interagem entre si de modos diversos. São, ainda, marcados pela existência de violações estruturais de

4 Tais litígios abarcam o que Edilson Vitorelli denominou de *litígios de difusão irradiada*. Segundo o autor: “Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas da que existia originalmente.” (LIMA, 2015, p. 97-98).

direitos, que se dão como resultado de um conjunto de práticas e dinâmicas institucionais, dentro de uma causalidade complexa e de uma multiplicidade de interesses imbricados, muitas vezes antagônicos. Nesse contexto, acabam por demandar a construção de formas procedimentais peculiares para a efetivação e satisfação de direitos (BAHIA; NUNES; COTA, 2019, p. 33-34).

Ainda, tal como salientado por Fredie Didier, Hermes Zaneti e Rafael Alexandria de Oliveira,

O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação) (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2020, p. 104).

Nesse cenário, Paulo Henrique dos Santos Lucon entende que a expressão processos estruturais designa:

os processos voltados à tutela de direitos cuja atuação não se atinge por atos isolados ou por medidas estanques, pelo contrário, demandam diálogo e cooperação ao longo de todo o procedimento e a adoção de medidas flexíveis que podem ser alteradas de acordo com a modificação das circunstâncias fáticas (LUCON, 2017, p. 12).

Na perspectiva de Ada Pellegrini Grinover, o processo estrutural pode ser encarado como meio apropriado de judicialização das políticas públicas, tendo em vista os por ela denominados “conflitos de interesse público ou estratégicos”, que “surgem na sociedade em função da impossibilidade ou dificuldade de fruição dos direitos fundamentais sociais, de natureza prestacional” (GRINOVER, 2016, p. 48).

O termo processo estrutural, segundo aponta Fredie Didier, Hermes Zaneti e Rafael Alexandria de Oliveira, é utilizado como via procedimental estruturada, pois, “parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas” (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2017, p. 48-49).

Historicamente, trata-se de uma concepção originada no direito norte-americano, notadamente por meio do precedente *Brown v. Board of Education* (1954), do qual se originou a expressão “*Structural injunctions*”. Por meio daquela ação de caráter coletivo, o Poder Judiciário foi chamado à intervir contra a política de segregação racial admitida nas escolas fundamentais da cidade de Topeka, Kansas, sendo, portanto, que a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da prática discriminatória, todavia, após tentativas infrutíferas de aplicabilidade da decisão, verificou-se que, para se ter efetividade, aquela decisão deveria ser implementada de forma progressiva, a possibilitar gradualmente a eliminação dos obstáculos oriundos da política até então vigente (ARENHART, 2013; BAHIA; NUNES; COTA, 2019).

Owen Fiss (2004) teria sido o primeiro autor a discorrer sobre o tema nos Estados Unidos, sendo que sua doutrina, em verdade, busca dar evidência ao protagonismo judicial, figurando o juiz como intérprete dos valores constitucionais, na medida em que, segundo a doutrina do autor, em síntese feita por Leonardo Silva Nunes, “o Poder Judiciário também

teria legitimidade (e o dever) para participar do diálogo travado na arena política, a fim de dar concretude aos valores consagrados pela constituição" (NUNES, 2021, p. 689).

Para o autor norte-americano estadunidense,

o processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes (FISS, 2004, p. 26-27).

Ao abordar o tema, Fabrício Bastos elenca a temática como decorrência do ativismo judicial, tendo em consideração que "trata-se de modalidade decisória que se (pre)ocupa mais com a efetividade do comando proferido em seu bojo do que com a resolução da relação jurídica processual". Isso porque, segundo ele, "o órgão jurisdicional, além de indicar a solução da contenda, profere uma decisão que ostenta eficácia prospectiva" (BASTOS, 2018, p. 59).

Nota-se, portanto, que a base teórica até então traçada acerca do denominado processo estrutural está, fatalmente, atrelada à dogmática jurídica, mais, notadamente, à teoria instrumentalista do processo, cuja origem é a teoria bulowiana, em que processo se perfaz como uma relação jurídica subjetiva.

Sob essa perspectiva, o juiz é dotado de um saber inato, é visto como autoridade que possui considerável privilégio cognitivo, sendo que a função interpretativa da norma perde relevo face ao próprio interpretante.

A tônica dada pela doutrina tradicional ao processo estrutural gira em torno do protagonismo judicial, em que se parte da premissa de que o juiz será capaz de impor as medidas necessárias ao desdobramento do problema proposto. Fala-se em decisões escalonadas, em que em um primeiro momento, após a análise do processo (tendo-se como referência a visão dogmática), o juiz proferirá uma decisão, que se limitará a fixar de maneira geral as diretrizes para a proteção do direito tutelado. A partir dessa decisão, outras advirão de acordo com a implementação dada às medidas impostas inicialmente.

Como sintetiza Sérgio Cruz Arenhart,

essas decisões podem (e, muitas vezes, devem) ir além da simples especificação do resultado a ser obtido, esclarecendo os meios para tanto. A sentença judicial, ao fixar a consequência esperada, pode impor um plano de ação, ou mesmo delegar a criação desse plano a outro ente, de forma a atingir, de maneira mais pronta e com o menor sacrifício aos interesses envolvidos, o resultado almejado. É o que Ricardo Lorenzetti chama de microinstitucionalidade. O provimento estrutural, de fato, muitas vezes deverá assumir a forma de uma "nova instituição", criada para acompanhar, implementar e pensar sobre a realização do escopo da tutela judicial oferecida (ARENHART, 2013, p. 394).

Verifica-se, portanto, o viés autoritário da forma como tem sido tratada a temática, até mesmo, pode-se assim dizer, retirando de cena os principais interessados pelas medidas a serem tomadas, os cidadãos. Seja diante de um litígio complexo, ou ainda, se tratando da implementação de direitos fundamentais, o foco, tal como colocado, gira em torno da figura central do juiz, sendo ele, como expressão divina, quem "oferecerá" uma tutela judicial

capaz de abranger por completo, ainda que de forma escalonada e gradual, todas as medidas necessárias.

Por complemento, embora não haja legislação que trate do tema, parte da doutrina tem defendido a compatibilidade e operabilidade da utilização do processo estrutural tendo como base o artigo 139, IV do Código de Processo Civil⁵ (BRASIL, 2015), vez que tal dispositivo abarca uma cláusula geral de efetivação ou de atipicidade de medidas executivas.

Por assim ser, o que se evidencia é que o processo estrutural até então trabalhado pela doutrina ignora ponto que, em verdade, deveria dispor de real destaque: a Cidadania como elemento da democracia.

Em vista disso, critica-se a forma como o processo estrutural vem sendo abordado até então, sob um aspecto dogmático, baseado no ativismo judicial, ignorando a principiologia do Estado Democrático de Direito.

3. NOÇÕES SOBRE A PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

Antes mesmo de se adentrar à tentativa de correlacionar o ideário do processo estrutural numa perspectiva da processualidade democrática, é preciso explanar, ainda que em síntese, sobre os conceitos básicos inerentes ao Estado Democrático de Direito.

A primeira delimitação que se faz diz respeito à Cidadania, visto que, diferentemente da forma como abordada pela dogmática jurídica, em que a Cidadania se subjeta ao Estado, numa abordagem democrática, a Cidadania deve ser compreendida no mesmo nível hierárquico do Estado.

Para Rosemiro Pereira Leal, a Cidadania se caracteriza como “deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou” (LEAL, 2002, p. 150-151).

Com base nesta concepção, Roberta Maia Gresta aponta os fundamentos pelos quais a Cidadania não se subordina ao Estado, dispondo que:

- (1) a Cidadania não é um beneplácito estatal, mas um vínculo que conecta a pessoa diretamente ao estatuto jurídico-político inscrito na Constituição;
- (2) O ordenamento jurídico não é uma doação do Estado, mas objeto de construção e reconstrução permanente por meio de decisões (legislativas, administrativas e judiciais); e (3) o cidadão não é mero destinatário da tutela estatal, pois participa dessas decisões como condutor (GRESTA, 2014, p. 9).

Assim, a Cidadania se encaixa em um mesmo nível institucional, isso porque tanto Estado quanto Cidadania são institutos constitucionalmente traçados, portanto, se enquadram em um mesmo plano existencial, isto é, ambos nascem com a Constituição⁶.

5 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]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).

6 Em complemento a tais pontos, vale mencionar que para Leal a Constituição faz parte do chamado mundo 3, expressão tal cunhada pelo filósofo Karl Popper ao tratar da sua teoria do conhecimento objetivo, isso porque, segundo Leal, “a

O cidadão, portanto, não é visto apenas como sujeito tutelado, receptor de direitos, subordinado ao Estado, ao reverso, com a Cidadania ocupando um espaço institucionalmente isonômico surge ao cidadão a prerrogativa de autoinclusão, o que lhe concede a possibilidade de que cada um, por si, promova sua própria inserção na ordem jurídica (GRESTA, 2014, p. 10).

Na visão democrática, que aqui se defende, o homem deve ser compreendido como 'sujeito natural', isto é, a sua própria natureza biológica lhe faz ser titular de direitos que pertencem a todos os homens indistintamente. Com isso, "os sujeitos naturais são investidos, diretamente pela Constituição, em direitos fundamentais" (GRESTA, 2014, p. 55).

Nesse sentido, portanto, é dado ao homem o direito de participar da construção da ordem jurídica, e atendo-se ao ponto deste trabalho, mais precisamente, da construção das decisões judiciais que lhe digam respeito. A materialização dessa participação, que se coloca como 'elemento jurídico autônomo e nuclear da Cidadania', está exatamente na prerrogativa de 'autoinclusão', defendida por Leal, devendo esta ser encarada como a possibilidade dada ao sujeito de efetivamente discutir o conteúdo dos atos estatais quando de sua produção (GRESTA, 2014, p. 51-52).

Defende-se, então, uma efetiva 'atuação direta', esta compreendida como:

a abertura das instâncias decisórias à participação dos cidadãos, e não apenas à representantes. Em perspectiva jurídica, essa abertura compreende a enunciação de sentidos com caráter vinculativo. Isso significa que não basta que se assegure o comparecimento do cidadão aos locais de deliberação, como ouvinte ou, tampouco, concedendo-lhe oportunidade de manifestação. O ingresso na instância decisória se perfaz quando o sentido enunciado pelo cidadão, ainda que não venha a prevalecer, não pode ser desconsiderado na tomada de decisões (GRESTA, 2014, p. 56).

No âmbito judicial, a atuação direta é analisada sob a perspectiva do acesso à justiça, direito fundamental instituído pela Constituição da República de 1988, que se consubstancia pelo acesso à jurisdição (BRASIL, 1988).

Pondera-se, contudo, que no panorama atual, cuja base é a dogmática jurídica, a interpretação do Direito é dada à autoridade judicial, sendo que o acesso à justiça é abordado no sentido de que ao Judiciário cabe a produção de decisões.

A jurisdição é entendida como a atividade do Estado-juiz que resolve os conflitos que lhe são postos. Assim, nesse viés, o cidadão se coloca perante o Estado-juiz tão-somente como destinatário de sua decisão, de modo que ao provocar o exercício da jurisdição, imediatamente se sujeita ao juiz, dando causa à formação do processo. Sua participação se reduz a um caráter persuasivo, vez que sua "função" é simplesmente a de influenciar o convencimento da autoridade judicial.

Lado outro, na concepção democrática tratada por Rosemiro Pereira Leal, o acesso à jurisdição é abordado a partir da compatibilidade da atividade decisória estatal (ao que Leal

Constituição surge como uma entidade linguística, autônoma em relação ao contexto histórico em que produzida e às situações concretas que demandam a aplicação do Direito" (GRESTA, 2014, p. 185). Observa-se, nesse sentido, que a teoria do conhecimento desenvolvida por Popper elenca a coexistência de três mundos, sendo que o mundo 1 se perfaz pelos corpos físicos e dos seus estados físicos e fisiológicos, o mundo 2 diz respeito aos estados mentais, enquanto que o mundo 3 é o mundo dos produtos da mente humana, tanto físicos, tais como esculturas, pinturas e desenhos, bem como coisas imateriais, como o conhecimento e a ciência.

chama de judicção) com as premissas do Estado Democrático de Direito, de modo que “a jurisdição se apresenta como conjunto de conteúdos jurídicos que, produzidos pelo devido processo legislativo, são acessíveis a toda a comunidade jurídico-política” (GRESTA, 2014, p. 58). Assim, alinhando-se a tal percepção, no direito democrático a jurisdição não pode ser identificada como atividade impositiva de uma decisão produzida sob o manto autoritário do Estado-juiz.

Desse modo, em síntese ao pensamento de Leal, esclarece Gresta que a “judicção consiste na estruturação da atividade decisória do Estado sob a forma de procedimentos” (GRESTA, 2014, p. 58), sendo que só se configura de modo democrático quando se apresenta “como dever legal de assegurar às partes o Processo Constitucional e não como atividade tutelar ou interdital de direitos livremente descobertos pela inteligência do julgador à margem do âmbito estrutural do procedimento processualizado” (LEAL, 2014).

Nas democracias, portanto, o juiz ou o decididor “não é livre intérprete da lei, mas o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental”. (LEAL, 2014)

Nesse aspecto, “o acesso à jurisdição democrática, portanto, exige a abertura dos procedimentos judiciais aos cidadãos, não apenas formalmente, mas mediante o reconhecimento a estes da qualidade de articulador-construtor da decisão judicial”. (GRESTA, 2014, p. 59).

Assim, retomando o princípio constitucional do acesso à justiça, o qual é base à participação jurídica do cidadão na produção da decisão judicial, reitera-se que só pode ser considerada democrática aquela decisão construída discursivamente, isto é, diante da legítima possibilidade que se abre à parte de ser construtora da decisão que lhe afetará.

Indissociável ao direito de petição está a abordagem relativa à legitimidade para estar em juízo. Pondera-se que legitimidade democrática tal como aqui tratado, difere-se de legitimação, habitualmente abordada pela dogmática, pois:

enquanto a legitimidade do exercício das funções estatais é aferida por seu balizamento constitucional, especialmente pela intangibilidade da prerrogativa de autoinclusão da população total, a legitimação envolve um esforço estatal estratégico de estabilização de práticas que vulneram a igualdade institucional entre Estado e Cidadania (GRESTA, 2014, p. 81).

Verifica-se que a legitimidade para estar em juízo é garantia fundamental assegurada constitucionalmente, vez que, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). De modo que, nessa perspectiva, a lei é ilegítima quando restringe o acesso à jurisdição por meio de uma ‘regra de permissão’ (ao que dogmaticamente se chama de legitimação), o que se dá, de forma exemplificativa, no âmbito das ações civis públicas (Lei 7.347/85), em que a lei estipula um rol de pessoas ou entes autorizados⁷ a instaurar demandas que suscitem lesão ou ameaça a direitos afetos a coletividade (BRASIL, 1985).

7 Art. 5º, Lei 7.347/85. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

A partir desse sentir, ao se compreender democraticamente a legitimidade,

percebe-se que: a) o cidadão somente consegue enunciar sentidos autonomamente em procedimentos estatais quando estes são normatizados como estruturas viabilizadoras da articulação horizontal entre a Cidadania e o Estado; b) a primeira exigência afeta a essa normatização é a não restrição do alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição, pela exclusão, ainda que implícita, de legitimados constitucionais para agir (GRESTA, 2014, p. 85).

Significa, então, que como ponto de partida para se viabilizar um processo democrático é necessário não restringir legalmente o acesso do cidadão à jurisdição, preservando-se a prerrogativa constitucional de autoinclusão.

A prerrogativa de autoinclusão tem caráter permanente, constitucionalmente instituída e, portanto, independente da predisposição do Estado para admiti-la. O espaço de exercício da Cidadania pressupõe que a criação e a interpretação da lei sejam vinculados ao enfrentamento dos sentidos enunciados pelos cidadãos, como garantia de acesso à jurisdição (GRESTA, 2014, p. 98).

Assim, nesse viés, o interesse em participar da relação processual deve ser autoproclamado, de modo que a “provocação do exercício da função judicial é, por si, a demonstração da existência de interesse de agir, isto é, do interesse em ingressar na instância decisória judicial e enunciar sentidos” (GRESTA, 2014, p. 102).

A construção da processualidade democrática tem por premissa a possibilidade de enunciação livre de interesses, especialmente quando diz respeito ao exercício de direitos fundamentais expressamente trazidos pela Constituição da República.

Sob essas bases defende-se a objetivação dos procedimentos, cujo centro é a argumentação jurídica. Significa, portanto, que o interessado, ao provocar o Judiciário, apresenta sua pretensão, que será confrontada com o ordenamento jurídico a fim de se construir uma decisão judicial.

No procedimento objetivo a análise da pertinência ao debate é redirecionada do sujeito para o objeto (GRESTA, 2014, p. 105), de modo que o foco do processo judicial não será o convencimento do juiz da causa, mas sim a argumentação apresentada para se alcançar a pretensão ali exposta.

A mudança deste panorama tem como alicerce a teoria do conhecimento objetivo de Karl Popper⁸ (1975), que embora tenha se fundado no crescimento da produção científica, possui premissas aplicáveis aos procedimentos decisórios.

A base teórica trazida pelo filósofo austríaco aponta para a importância da função argumentativa, de modo que no âmbito processual, o interessado apresentará os fatos por meio da função descritiva, que tem o condão de expor os fatos conforme sua existência no mundo, porém, é a função argumentativa que permite a formulação de problemas e seu enfrentamento por meio de teorias concorrentes (proposições ofertadas à crítica), com resultados

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
[...] (BRASIL, 1985).

8 Cujas exposições se deu notadamente na obra “Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária”. Publicada no Brasil pela ed. da Universidade de São Paulo em 1975.

que exercem uma retrocarga sobre os indivíduos (suas mentes) e a coletividade (tradições) (GRESTA, 2014, p. 106).

De tal modo, nas palavras de Roberta Gresta,

diante de atuação do autoproclamado interessado frente ao órgão judiciário (instauração do procedimento ou intervenção neste), deve-se observar de que modo aquele se manifesta. [...] Se a manifestação alcança as funções superiores da linguagem, por meio da conformação do objeto (função descritiva) e da construção de uma pretensão fundamentada (função argumentativa) a respeito desse objeto, o interessado inaugura ou integra o debate. Desde que formulada, a pretensão se submete a testes no curso do procedimento, pela produção de provas e pelas objeções argumentativas apresentadas por outros partícipes. Ao final, a decisão deve ser resultado da crítica racional, encaminhando a tese que se tenha mostrado mais resistente aos testes de falseabilidade. O julgamento corresponde, então, à prevalência de um dos sentidos encaminhados pela argumentação jurídica (GRESTA, 2014, p. 107).

Entretanto, pondera-se que o julgamento não poderá ser definitivo. Isso porque os sentidos enunciados e debatidos ao longo do tramitar processual não serão considerados como dogmas, ou seja, não serão tidos como inquestionáveis ou indiscutíveis, sendo possível sua abertura para rediscussão em outro procedimento, caso for.

Essas concepções vão ao encontro da Teoria Neoinstitucionalista do Processo desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal. Desse modo, a partir de agora o trabalho se aterá a breve apresentação desta teoria para, então, em contraponto a ela, fazer crítica ao protagonismo judicial que tem sido o foco nos denominados processos estruturais.

4. O PROCESSO ESTRUTURAL EM CONTRAPONTO À TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

A teoria neoinstitucionalista do processo, concebida por Rosemiro Pereira Leal (2013), tem como fundamento a teoria popperiana, com destaque ao racionalismo crítico e à formação do conhecimento objetivo tendo por base os critérios de falseabilidade das teorias. Partindo dessas concepções, Rosemiro Pereira Leal desenvolve sua própria teoria estabelecendo críticas acerca da democraticidade jurídica.

A referida teoria tem por escopo inicial romper com a ciência dogmática do direito, ressaltando a autoritariedade dos Estados Liberal e Social, anteriormente vigentes, apontando um novo paradigma de Estado, sendo ele uma instituição acessória e protossignificativa a se configurar [...] como Estado de Direito Democrático já recepcionado na Constituição Brasileira de 1988 com a designação de um Estado Democrático de Direito (art. 1º) . (LEAL, 2013, p. 3).

Conforme expõe Rosemiro Pereira Leal,

a teoria neoinstitucionalista tem na Constituição a instituição originária de sua possibilidade existencial; todavia, a própria Constituição, ao se autoproclamar Democrática de Direito, pouco importando o âmbito legiferante de

sua elaboração, como é a brasileira de 1988, já se põe sob regência da instituição constitucionalizada do processo como condição democratizante e jurídico-discursivo regente da realização, recriação e aplicação dos direitos assegurados no discurso constitucional (LEAL, 2014).

Para essa concepção, tal como esclarece Roberta Maia Gresta, o Estado Democrático de Direito exige a elaboração de uma racionalidade crítica, de forma que:

a) estabeleça sentidos a partir das relações lógicas entre os elementos teóricos colhidos de sua principiologia (conexão entre o mundo 2 e o mundo 3); b) produza soluções (provisórias) compatíveis com a matriz instituinte democrática (produção do conhecimento científico no mundo 3); e, daí, c) aplique tais soluções com vistas a refutar a subjetividades e [...] disposições comportamentais, [...] expectativas individuais, coletivas e culturais próprias de modos de vida incompatíveis com a principiologia democrática (GRESTA, 2014, p. 187).

O exercício de interpretar o Direito é realizado de forma isonômica, em que o intérprete se vincula ao sentido normativo dos direitos fundamentais, a possibilitar uma abertura de interpretação e argumentação a todos igualmente.

Vale rememorar que no sentido de democracia tal como traçado nessa perspectiva, a Cidadania ocupa o mesmo espaço de existência do Estado, o que viabiliza a autoinclusão do cidadão e uma plena abertura da função judicial à interpretação e à argumentação de conteúdos jurídicos.

A teoria neoinstitucionalista do processo busca redefinir o devido processo legal e para tanto apresenta os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia como balizadores do processo como instituição constitucionalizada, por meio do qual se inaugura permanente abertura crítico-argumentativa. Os princípios em questão são tidos por institutivos, característica que lhes confere precedência em relação ao exercício da função judicial (GRESTA, 2014, p. 188).

Nas palavras de Leal, o processo, como instituição, se apresenta, portanto, como:

[...] conjunto de princípios e (institutos) jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados (LEAL, 2014)

Segundo preleciona Leal, a instituição de processo constitucionalizado é o marco jurídico-discursivo de criação dos procedimentos judiciais e também dos legislativos e administrativos, sendo que os seus provimentos (decisões judiciais, leis e decisões administrativas) decorrem do compartilhamento dialógico-processual na comunidade jurídica constitucionalizada, na criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos (LEAL, 2014).

Assim, tal concepção principiológica cria, por meio do processo, espaço aberto à participação direta de todos os interessados, a permitir, com isso, uma construção conjunta do provimento estatal.

Verifica-se, por conseguinte, que o processo, para essa proposta, é teoria constitucionalizada e constitucionalizante que viabiliza, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, a instalação de espaços de produção, reprodução e interpretação do direito democrático (LEAL; ARAÚJO, 2016, p. 145).

O princípio do contraditório, como institutivo que é, equivale à dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se colocam em defesa ou disputa dos direitos alegados, sendo-lhes ainda possível exercer a liberdade de nada dizerem (LEAL, 2018, p. 155).

Diferentemente da oportunização do dizer e contradizer, e até do não dizer, o contraditório, desenvolvido entre as partes, como princípio constitucional, assegurado no artigo 5º, LV, da Constituição da República de 1988, encontra na teoria neoinstitucionalista uma posição distinta daquela que lhe foi dada por Fazzalari, porque o direito ao contraditório não integra uma simples ritualidade do procedimento para convencer o juiz (LEAL; ARAÚJO, 2016, p. 147).⁹

Na vertente democrática, portanto, o contraditório é base instituinte do processo, referente da democraticidade jurídica, logo, viabilizador da enunciação de sentidos pelos interessados em prol da construção da decisão jurídica, não se limitando a um mero dizer e contradizer para a formação do convencimento do juiz.

Por seu turno, o princípio da isonomia está substancialmente ligado ao procedimento em contraditório, visto que se caracteriza pela igualdade temporal entre o dizer e o contradizer exercido pelas partes processuais na realização construtiva e implementadora do procedimento (LEAL, 2018, p. 155).

A ampla defesa, por sua vez, se correlaciona diretamente aos princípios do contraditório e da isonomia, em razão de que a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório (LEAL, 2018, p. 156).

Leal elucida que a defesa deve ser produzida pelos meios e elementos jurídico-sistêmicos por alegações e provas no tempo processual oportunizado pela lei. Significa, portanto, que a defesa há de ser ampla, pressupondo a oportunidade de exaurimento das articulações argumentativas do direito e da produção de provas (LEAL, 2018, p. 156).

Com isso, segundo a abordagem neoinstitucionalista, o processo é instituição regente e atributo de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos (LEAL, 2018, p. 145).

Ainda nessa seara, Gresta, embasada na teoria neoinstitucionalista, destaca que o processo é demarcado por um espaço de refutação¹⁰ permanente, que identifica no discurso constitucional binômios que conectam direitos fundamentais e princípios institutivos do processo (GRESTA, 2014, p. 189).

Leal destaca que na teoria neoinstitucionalista,

9 Observa-se que Fazzalari, embora construa seu discurso no sentido de se tentar afastar da teoria do processo como relação jurídica de Bulow, acaba por, assim como Bulow, dando foco ao papel do juiz, de modo que o contraditório perde seu referencial de construtor de decisões cuja legitimidade não se origine do saber pressuposto do julgador. Diferentemente do que ocorre com a teoria neoinstitucionalista do processo, para a qual o contraditório é um referente da democraticidade jurídica (LEAL; ARAÚJO, 2016, p. 147)

10 A expressão 'espaço de refutação' é de autoria de Andréa Alves de Almeida, que em sua obra, *Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística* (Curitiba, CRV: 2012), elenca a "participação democrática como a ocupação do espaço processual, concebido este como um espaço de refutação (testificação por exercício da argumentação) [...]". (GRESTA, 2015, p. 188).

o processo é uma instituição (linguístico-autocrítico-jurídica), coconstitucionalizante e coconstitucionalizada (constitucional) que se enuncia proposicionalmente pelos institutos (princípios normados) do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade (igualdade). Essa biunivocidade se apresenta como direitos fundamentais fundantes do sistema, líquidos, certos e exigíveis, consoante posto, em caráter pré-cógnito, no bojo do sistema jurídico (LEAL, 2013, p. 40).

Na concepção traçada por Leal, de forma sucinta, o termo contraditório-vida se concebe pela ideia de que o contraditório em si não constitui direito fundamental, mas tão somente se for capaz de realizar o direito à vida humana digna. Já a ampla defesa-liberdade se verifica pela livre manifestação de ideias, sendo coextensivo ao princípio do contraditório, possibilitando a reanálise de uma decisão monocrática por um órgão colegiado. Por fim, a isonomia-dignidade (igualdade) quer dizer que não basta uma igualdade de tempo para manifestação das partes, é necessário que as decisões que lhes digam respeito sejam compreensíveis, mais ainda, a interpretação do Direito e a possibilidade de requerer a modificação e exclusão de normas deve ser acessível a todos igualmente (LEAL, 2013, p. 10-11).

Em suma,

que se busca com a teoria neoinstitucionalista do processo é a fixação constitucional do conceito do que seja juridicamente processo, tendo como base produtiva de seus conteúdos a estrutura de um discurso advindo do exercício permanente da cidadania pela plebiscitarização continuada no espaço processual das temáticas fundamentais à construção efetiva de uma sociedade jurídica de direito democrático (LEAL, 2018, p. 145).

Pelo exposto, nota-se que o cognominado processo/decisão/medida estrutural, embora busque em sua essência a tutela de direitos muito sensíveis, notadamente direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, o que se verifica, em verdade, é um discurso autoritário, vez que o centro do que se propõe é o decidir do juiz, caracterizado como decorrência lógica e direta do ativismo judicial.

Conforme já descrito neste trabalho, o processo estrutural se perfaz pela gradual implementação das decisões judiciais, de modo que à medida que a decisão judicial vai sendo colocada em prática é que se terá a exata noção de eventuais problemas surgidos, abrindo-se à verificação de eventuais outras imposições que o caso venha a requerer.

Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart, será a complexidade da causa que, comumente, implicará a necessidade de se tentar várias soluções para o problema apresentado em juízo, de modo que essa técnica de tentativa-erro-acerto é que permitirá a seleção da melhor técnica e a busca por um resultado otimizado (ARENHART, 2013, p. 394).

Critica-se o descompromisso do processo estrutural tal qual vem sendo apresentado pela doutrina, tendo em vista, especialmente, a sua ênfase no protagonismo judicial aliada a não abertura crítico-argumentativa aos interessados.

Entretanto, sem pretender esgotar as possibilidades de discussão acerca do tema, é possível conjecturar tal ideário sob uma perspectiva da processualidade democrática, ressignificando o processo estrutural tendo por base a concepção principiológica trazida pela teoria neoinstitucionalista do processo.

5. CONCLUSÃO

Dessa forma, a realização de uma política pública, a implementação de um direito fundamental, ou mesmo, a resolução de litígios complexos ou de 'difusão irradiada', tanto no âmbito judicial ou administrativo deve ser efetivada por meio de uma procedimentalidade, que tem por alicerce os princípios do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade, em que se cria um espaço aberto à participação democrática de todos os interessados, que assim se autoproclamarem.

O processo, portanto, como viabilizador de uma 'abertura crítico argumentativa', deve possibilitar que os interessados (autoincludentes) efetivamente debatam os conteúdos das decisões estatais quando de sua produção, lhes sendo possível, assim, a enunciação de sentidos que serão verdadeiramente levados em consideração pelo juízo.

Assim, falar em processos estruturais sob a perspectiva da processualidade democrática significa retirar a ênfase do protagonismo judicial, de modo a oportunizar aos legitimados ampla abertura dialógica na construção de decisões estruturadas. Diga-se decisões em virtude de que, pela complexidade das demandas, as partes chegarão a uma primeira decisão, que não poderá ser definitiva, já que os sentidos ali enunciados e debatidos serão colocados em teste, vez que não poderão ser considerados como dogmas, sendo, então, possível sua rediscussão conforme as necessidades forem surgindo, a proporcionar uma série de decisões em prol do melhor interesse dos legitimados.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 225, Nov./2013.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva. Das ações coletivas aos processos estruturais: as formas de tutela diferenciada dos direitos fundamentais. In: *Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais* [recurso eletrônico] / Dierle Nunes; Fabrício Veiga Costa; Magno Federici Gomes (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/39591712/Processo_coletivo_desenvolvimento_sustent%C3%A1vel_e_tutela_diferenciada_dos_direitos_fundamentais_Dierle_Nunes_Fabr%C3%ADcio_Veiga_Costa_Magno_Federici_Gomes_Orgs_. Acesso em: 04 nov. 2020.

BASTOS, Fabrício. *Grupo de estudos em Tutela Coletiva*. Acesso restrito: <https://grupodeestudosdetutelacoletiva.club.hotmart.com/lesson/qoODRGlweP/materialdeapoio-rodada-04>. 2018. Rodada 04, p. 59.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Civil (2015)*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 set. 2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v.8, n.1: 46-64, jan.-apr., 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao

processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, jan./mar. 2020, p. 101-136. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 04 nov. 2020.

FISS, Owen M. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução de: Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná, et al. *Direito e justiça: Estado Democrático de Direito e Processo Constitucional*. *Cadernos Jurídicos do IMDP* (Instituto Mineiro de Direito Processual), 2010.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. Devido Processo Constitucional e Institutos Jurídicos de Teoria Geral do Estado Democrático de Direito. *Cadernos Jurídicos IMDP* nº 11 – 1ºSem/2015.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. Os Institutos Jurídicos da Teoria Geral do Estado e o Direito Processual Contemporâneo: Pressupostos para a Efetivação da Jurisdição Constitucional Democrática. In: CALHAO, Antônio Ernani Pedroso; MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá (Organizadores). *Direitos humanos e democracia: estudos em homenagem ao Professor Vital Moreira*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

JOBIM, Marco Félix. A *structural reform* no direito brasileiro e a atuação democrática do Supremo Tribunal Federal na sua implantação. *Revista de Processo Comparado*, vol. 2/2015, p. 159–179, Jul-Dez/2015.

NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coords.) *Processos Estruturais*. 3ed, rev., atual. e ampl., Salvador, BA: Editora JusPodivm, 2021.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. [Minha Biblioteca].

LEAL, André Cordeiro; ARAÚJO, Bruno Amazan Avelar de. Democraticidade jurídica e contraditório nas teorias fazzalariana e neoinstitucionalista do processo. *Constituição e democracia II* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordenadores: Anna Candida da Cunha Ferraz, Henrique Ribeiro Cardoso – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

LEAL, André Cordeiro; OLIVEIRA, Marcelo Queiroz Alves de. Conjecturas sobre a democraticidade jurídica: o conhecimento nos sentidos subjetivo e objetivo em Karl Popper e seus impactos na teoria neoinstitucionalista do processo. *Esfera pública, legitimidade e controle* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Marcos Leite Garcia, Heron José de Santana Gordilho, Carlos Victor Muzzi Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 301-321.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes Salvador (Coord.).

Repercussões do novo CPC – Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo estrutural. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; REZENDE, Ester Camila G. Norato; LANNA, Helena (Org.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil* – Avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte, Del Rey, 2017, p. 11-20.

NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acessado em 06 fev. 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Queiroz Alves de. *A Jurisprudencialização do Direito Brasileiro e a Teoria Neoinstitucionalista do Processo*. Dissertação. (Mestrado em Direito Público). Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade FUMEC. Belo Horizonte. 2016. Disponível em <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5635>. Acesso em 02 fev. 2019.

Recebido/Received: 08.11.2020.

Aprovado/Approved: 02.12.2020.

TEORIAS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA: UMA ABORDAGEM SEGUNDO RICHARD POSNER

THEORIES OF ECONOMIC REGULATION:
AN APPROACH ACCORDING TO RICHARD POSNER

JACQUELINE DO SOCORRO NERI RODRIGUES LOBÃO¹
JEAN CARLOS DIAS²

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade analisar as teorias da regulação econômica sob a ótica de Richard Posner. Foram apresentados os pressupostos básicos da teoria do interesse público, da teoria da captura e da teoria econômica da regulação. Cada teoria foi analisada a partir de críticas e observações realizadas por Richard Posner com o objetivo principal de se verificar qual das teorias apresenta uma formulação mais eficiente. Para a realização do trabalho foi utilizada pesquisa bibliográfica utilizando como método a revisão da literatura. Os resultados obtidos permitem afirmar que Richard Posner concluiu que inexistente uma teoria da regulação absolutamente eficiente e livre de críticas, porém a que mais se aproxima da eficiência é a teoria econômica da regulação.

Palavras-Chave: Teorias da regulação. Richard Posner. Eficiência.

- 1 Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará- CESUPA. Pós-graduada em Perícia Criminal e Ciências Forenses pelo IPOG. Pós-graduada em Direito Público- CESUPA. Advogada. Membro do grupo de pesquisa Análise Econômica do Direito. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0678-7786>. E-mail: lobaojacqueline@gmail.com
- 2 Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará (2006). Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal do Pará (2002). Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa Rio de Janeiro (2000). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (1993). Atualmente é Advogado, Sócio-Sênior de Bastos & Dias s/s, escritório especializado em Direito Empresarial. Professor de Teoria do Direito, Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Direito Econômico nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Pará- CESUPA onde também coordena o Programa de Pós-graduação em Direito. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do estado do Pará, do Centro de Formação do Ministério Público do Estado do Pará, da Escola Superior da Advocacia, da Escola Judiciária do Tribunal de Justiça do Amapá, da Escola Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 8a. Região. É membro do Instituto dos Advogados do Pará, da Associação Norte-Nodeste de Professores de Processo, do Instituto Brasileiro da Política e Direito da Informática, da Fundação Brasileira de Direito Econômico. Integra diversos Conselhos Editoriais de revistas jurídicas. Membro de bancas de Concursos Públicos. Tem participado como Conferencista e Professor em diversos congressos, cursos de pós-graduação, seminários e encontros jurídicos em vários Estados brasileiros. É autor de vários livros e artigos publicados nacionalmente. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8372-9758>. E-mail: jean@bastosedias.com

Como citar esse artigo/How to cite this article:

LOBÃO, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; DIAS, Jean Carlos. *Teorias da regulação econômica: uma abordagem segundo richard posner*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 140-156, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8088>.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the theories of economic regulation from the standpoint of Richard Posner. The basic assumptions of public interest theory, catch theory and economic theory of regulation were presented. Each theory was analyzed from criticisms and observations made by Richard Posner with the main objective of verifying which of the theories presents a more efficient formulation. For the accomplishment of the work was used bibliographic research using as a method the literature review. The results obtained allow us to affirm that Richard Posner concluded that there is no absolutely efficient and critique-free theory of regulation, but the one that is closest to efficiency is the economic theory of regulation.

Keywords: *Theories of regulation. Richard Posner. Efficiency.*

1. INTRODUÇÃO

O poder coercitivo do Estado se destaca como uma das suas principais prerrogativas em face da iniciativa privada. A regulação econômica corresponde ao exercício do poder de coerção do estatal em face dos agentes econômicos com a finalidade de disciplinar o mercado.

O modelo norte-americano de política regulatória foi um dos pioneiros no mundo e o seu arcabouço teórico é importante não só para que se compreendam as questões referentes à regulação nos Estados Unidos, mas também para que essa vasta experiência no campo da regulação seja transplantada ao cenário brasileiro e aplicada às peculiaridades locais.

Em razão da importância deste modelo não só em âmbito mundial, mas também em relação à regulação realizada no Brasil, o presente trabalho irá utilizar como base teórica o modelo norte-americano, que é alicerçado fundamentalmente em duas teorias da regulação, a teoria do interesse público e a teoria econômica da regulação.

O eixo de análise de ambas as teorias estará estruturado em função do risco derivado da captura dos agentes reguladores, que, comumente, é abordado pela Análise Econômica do Direito como um dos fatores relevantes no design institucional das agências.

Para desempenhar a análise dessas teorias da regulação será realizada uma abordagem conforme a ótica de Richard Posner, tendo como fundamentação o seu artigo publicado em 1974 intitulado de "Teorias da regulação econômica", considerado, até hoje, como um texto seminal para o estudo do tema.

Assim, o principal objetivo do presente trabalho é analisar as teorias da regulação, conforme exposto por Richard Posner, para que verifique qual é a formulação que este autor apresenta para uma teoria da regulação mais eficiente face o risco da captura.

Neste sentido, será explicado o funcionamento da atuação do Estado como agente regulador, abordando o conceito de regulação econômica e quais seriam seus principais objetivos e finalidades. A seção seguinte irá apresentar o conceito de "captura" e expor a sua relevância para que seja realizada uma análise crítica a respeito das teorias da regulação.

Em seguida será realizada a apresentação dos principais fundamentos das teorias econômicas, sendo a quarta seção destinada à exposição dos pressupostos da teoria do interesse público e a quinta à teoria econômica da regulação.

Todo o trabalho será realizado a partir de uma análise crítica fundamentada na ótica de Richard Posner, para que possam ser verificadas quais as falhas presentes nos temas abordados e quais pontos mais os aproximam da eficiência na regulação econômica. Neste sentido, a sexta seção será destinada a abordagem de uma das principais críticas realizadas por Posner no que tange as teorias da regulação, qual seja, a insuficiência de suporte empírico.

O presente trabalho foi realizado mediante pesquisa bibliográfica, por meio do método de revisão da literatura.

2. O ESTADO COMO AGENTE REGULADOR

A atuação do Estado como agente regulador é alvo de estudos interdisciplinares, percorrendo principalmente as áreas da economia, direito e ciências políticas. Essa multiplicidade de instrumentos é importante para que se aborde a regulação realizada pelo Estado de forma ampla, buscando analisar como deveria se dá a regulação econômica e como ela efetivamente ocorre.

A atividade regulatória desenvolvida pelo poder público engloba primordialmente três prerrogativas, que são: a edição, a implementação e a fiscalização das normas, com as consequentes punições em caso de descumprimento. Portanto, o Estado não atua apenas de forma passiva, ele assume uma postura ativa, impondo comportamentos aos mercados que serão regulados (OLIVEIRA, 2015, p. 137).

O conceito de regulação da atividade econômica pode ser apresentado como “o conjunto de formas indiretas de intervenção do Estado sobre a atividade econômica em oposição à intervenção direta, que é aquela do Estado enquanto empresário, isto é, enquanto ofertante de bens e serviços no mercado” (SAMPAIO, 2013, p.61).

Essa intervenção pode ser realizada de diversas formas, Posner (2004, p. 50) explica que a expressão regulação econômica “se refere a todos os tipos de impostos e subsídios, bem como aos controles legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingressos no mercado e outras facetas da atividade econômica”.

Essa regulação será realizada por meio das agências reguladoras, que são definidas por Thomas Merrill (1997, p. 1049) como:

The agency is a centralized source of governmental authority that can bring coordinated solutions to social and economic problems throughout its jurisdiction (which in the case of a federal agency, is the entire country). It combines all governmental powers, legislative, executive, and judicial, under one convenient roof. Its leadership is expected to be nonpolitical or at least bipartisan. And its staff is expected to have the specialized information and systematic knowledge-in other words, the expertise-to comprehend complex problems and to fashion rational solutions to them³.

3 A agência é uma fonte centralizada de autoridade governamental que pode trazer soluções coordenadas para problemas sociais e econômicos em toda a sua jurisdição (que, no caso de uma agência federal, é o país inteiro). Ele combina todos os poderes governamentais, legislativos, executivos e judiciais, sob o mesmo teto. Espera-se que sua liderança não seja política ou, pelo menos, bipartidária. E espera-se que sua equipe tenha informações especializadas e conhecimentos

Este conceito de agências reguladoras é proveniente do direito norte-americano e compreende a agência como qualquer entidade da organização administrativa distinta dos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo (OLIVEIRA, 2015, p. 141). Contudo é imperioso destacar que ao ser importado para o Brasil, o modelo de agência foi utilizado de forma mais restrita, tendo sua natureza jurídica explicada por Sérgio Guerra (2012, p.118) como:

As agências Reguladoras brasileiras são autarquias de regime especial, possuindo autonomia em relação ao Poder Público.

O regime especial significa que à entidade autárquica são conferidos privilégios específicos, visando aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.

O surgimento das agências, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos ocorreu em decorrência do crescimento da regulação por parte do Estado. Existe o entendimento de que a intervenção no mercado se justifica pela finalidade de garantir o equilíbrio e afastar as práticas nocivas realizadas pelos agentes econômicos, corrigindo as falhas de mercado e garantido o equilíbrio do sistema regulado. O monopólio, as externalidades e a assimetria de informações podem ser citados como exemplos das principais falhas de mercado que impulsionam a necessidade de regulação estatal. O afastamento das falhas de mercado visa à obtenção de um equilíbrio econômico que fará com que os interesses privados sejam afastados em prol da maximização do bem estar social (CAMPOS, 2008, p.283-284).

Apesar de ser amplamente difundida a concepção de que as falhas de mercado são o principal motivo ensejador da regulação, Posner (2004, p.51) se opõe a essa posição e afirma que após quinze anos de pesquisas teóricas e empíricas inexistente qualquer comprovação que sustente essa afirmação e, que os perigos das falhas de mercado são cada vez menos relevantes.

Diante dessa divergência a política regulatória norte-americana foi precursora em apresentar teorias que abordam o tema, denominadas de teorias da regulação econômica. George Stigler (2004, p.23) explica que essas teorias visam "justificar quem receberá os benefícios e quem arcará com os ônus da regulação, qual forma a regulação tomará e quais os efeitos desta sobre a alocação de recursos".

As teorias da regulação, portanto, assumem diversas abordagens em função da possibilidade de que as normas regulatórias, de fato, estejam comprometidas não com o aperfeiçoamento das relações de mercado, mas sim com interesses de grupos que buscam favorecimentos pessoais.

Esse risco de influência no processo de formulação das normas regulatórias tem sido sistematicamente, apresentado nos estudos de Análise Econômica do Direito, como o problema da captura que será abordado na seção seguinte.

sistemáticos - em outras palavras, a experiência - para compreender problemas complexos e criar soluções racionais para eles. (Tradução nossa)

3. O PROBLEMA DA CAPTURA COMO EIXO PARA A ANÁLISE CRÍTICA DOS MODELOS REGULATÓRIOS

A teoria da captura se torna o ponto de interseção entre a teoria do interesse público e a teoria econômica da regulação, que terão tópicos destinados a sua análise mais específica no presente trabalho. Isto ocorre porque a captura não se constitui como uma teoria da regulação autônoma, mas sim como uma crítica decorrente da teoria do interesse público, partindo do pressuposto de que a regulação não ocorreria com a finalidade de alcançar um bem social, mas sim que ela seria proveniente de um processo pelo qual os grupos de pressão visam alcançar seus próprios interesses.

A Análise Econômica do Direito, que possui Richard Posner como um dos seus principais expoentes, corrobora com esta perspectiva, já que para esta corrente teórica os indivíduos são maximizadores de suas próprias utilidades.

Existe ainda, dentro da Análise Econômica do Direito, uma escola de pensamento dedicada ao estudo do funcionamento do mercado político denominada de *public choice* (escolha pública), no qual tem como objeto de análise o Estado e o comportamento dos indivíduos em relação a este, partindo do pressuposto de que tanto na vida pessoal quanto na pública os agentes econômicos irão agir racionalmente com a finalidade de maximizar seus próprios interesses, não sendo racional pressupor uma dicotomia do indivíduo, que no âmbito pessoal agiria voltado para seu próprio benefício, porém ao ingressar na vida pública se afastaria de seus interesses para dedicar-se exclusivamente os propósitos sociais (TULLOCK; SELDON; BRADY, 2005, p. 141).

Neste sentido, a análise feita a partir da *public choice* deixaria claro o porquê da impossibilidade de aplicação da teoria do interesse público, demonstrando que a captura das agências ocorreria primordialmente em razão da necessidade do agente integrante da agência capturada de maximizar suas próprias utilidades ao invés de abrir mão de possíveis vantagens pessoais em favor do interesse público.

Contudo, apesar de expressar críticas relevantes e com pressupostos antagônicos à teoria do interesse público, a teoria da captura também foi alvo de uma reformulação, já que, conforme exposto, ela não poderia ser considerada uma teoria da regulação.

O problema da captura aponta que, usualmente, o processo regulatório acaba por tutelar interesses de indivíduos ou grupos que em tese deveriam ser regulados, mas que na verdade são quem controlam a regulação. Peltzman (2004, p.85) explica que segundo a teoria da captura "a regulação servia ao interesse dos produtores, seja por criar cartéis em indústrias em que eles não existiriam, seja por ser incapaz de controlar o poder do monopólio".

Neste sentido, além das falhas de mercado já expostas pela teoria do interesse público, a teoria da captura veio apresentar a existência também de falhas de governo (SAMPAIO, 2013). Essa perspectiva da política regulatória torna ainda mais complexo o processo de regulação econômica e, resultou em diversas consequências. Nos Estados Unidos até mesmo o posicionamento dos Tribunais diante da regulação econômica sofreu influência dos ditames desta teoria, ao presenciar o conflito entre a regulação do mercado representar uma ameaça anticoncorrencial e a intromissão na autonomia do Estado (WILEY JR, 1986, p. 728).

A teoria da captura possui diversas versões, a primeira delas e, mais radical, foi apresentada por marxistas e ativistas políticos e, segundo Posner (2004, p. 57) corresponde a um silogismo onde os grandes capitalistas controlam as instituições, a regulação é uma instituição, portanto a regulação é controlada pelos grandes capitalistas.

Posteriormente foi apresentada uma reformulação da teoria proposta por cientistas políticos, na qual se destacou a atuação dos grupos de interesse em processos legislativos e administrativos. Sanson (2013 p.127) conceitua esses grupos como:

Organismos presentes tanto no cenário político nacional quanto no internacional, podendo ser duradouros ou efêmeros, não limitados a questões econômicas (e. g. movimentos feministas e ambientais), e representam a quebra do monopólio partidário na formulação de demandas perante os órgãos públicos, quando se utilizam de inúmeros recursos, através da pressão, para influenciá-los na defesa de interesses próprios.

Os grupos de interesse atuam influenciando tanto o processo legislativo de formação das políticas regulatórias, quanto perante as próprias agências reguladoras com a finalidade de atender interesses pessoais. Portanto, conforme mencionado anteriormente, a regulação nem sempre será uma imposição de interesse unilateral do Estado, uma vez que, partindo dos pressupostos da teoria da captura a regulação pode ser realizada em razão do interesse da própria empresa regulada. Neste sentido, Posner (2004, p.57) explica que:

Essa teoria - que o termo "captura" descreve particularmente bem - afirma que com o passar do tempo as agências regulatórias acabam sendo dominadas pelo mercado regulado. Essa formulação é mais específica do que aquela da teoria geral dos grupos de interesse. Ela destaca um grupo de interesse em particular - as empresas reguladas - como prevalecente na batalha para influenciar legislação, e ela prevê uma sequência regular, na qual os propósitos originais do programa regulatório são posteriormente obstruídos por pressões dos grupos de interesse.

Porém apesar de possuir embasamento mais sólido do que a primeira versão, Posner afirma que mesmo a reformulação proposta por cientistas políticos é, em diversos aspectos, muito semelhante a algumas versões da teoria do interesse público e, inexistente fundamentação teórica que a sustente enquanto teoria, o que a faz ser insatisfatória como teoria da regulação. (POSNER, 2004, p. 57).

Posner propõe questionamento a respeito a quem captura a agência reguladora. A teoria apenas sustenta que o agente regulado pode realizar a captura da agência para que ela passe a atender aos seus interesses pessoais, porém não se questiona porque essa captura não pode ser feita pelos consumidores? O que faz com que essa classe não esteja apta a capturar as agências? É notório que os consumidores possuem tanto interesse em ter suas necessidades atendidas quanto às empresas reguladas, portanto Posner questiona que não há como se falar em captura apenas por um dos agentes e afastar esta possibilidade dos outros sem que sejam apresentadas justificativas (POSNER, 2004, p. 58).

Para que exista a regulação do mercado pressupõe-se a existência de uma ineficiência que justifique essa intervenção, neste sentido, a atuação da agência ocorre em busca de um equilíbrio de mercado. Para a teoria da captura a finalidade originária da regulação é substituída pelos objetivos impostos por grupos de interesse. Contudo, se a regulação realizada pela agência foi estabelecida em decorrência de uma necessidade do mercado e no decorrer

do tempo houve um desvirtuamento de sua finalidade, conclui-se que o mercado irá permanecer carente de regulação e, eivado da mesma ineficiência que estava acometido antes da existência da agência (POSNER, 2004, p.57).

Neste sentido, o acolhimento da teoria da captura e a compreensão de que todas as agências não teriam como finalidade a busca por uma regulação econômica que atendesse ao interesse comum é tão intransigente quanto à afirmação de que a regulação sempre é utilizada com a finalidade de se alcançar o interesse coletivo. Assim como foi demonstrada a existência de agências capturadas, Posner (2004, p.57) também afirma que:

Uma porção significativa da regulação econômica atende aos interesses de associações de pequenas empresas, ou de instituições sem fins lucrativos, incluindo produtores de laticínios, farmacêuticos, barbeiros, caminhoneiros e, em especial, sindicatos de trabalhadores. Essas formas de regulação são totalmente inexplicáveis (e normalmente são ignoradas ou aplaudidas) nesta versão de grupos de interesse ou teoria da captura.

Contudo, afirmar a existência de regulação econômica que atenda aos interesses de consumidores e pequenos empresários **não é o mesmo que falar de captura da agência por parte desses grupos que figuram** como hipossuficientes. Apesar de Posner questionar porque essa captura **não é realizada por** consumidores, é importante destacar dois fatores importantes: o primeiro deles é que quanto maior é o grupo maior se tornam os custos de transação para que eles possam se organizar com determinada finalidade, o segundo aspecto a ser destacado é que a captura ocorre em decorrência do controle político e administrativo que as empresas reguladas têm sob as agências, o que não existe por parte dos outros grupos (POSNER, 2004, p. 58).

Posner também questiona o fato dos agentes econômicos apenas capturarem as agências, não utilizando sua influência para obter a criação de uma agência com o objetivo de alcançar seus interesses pessoais, ou até mesmo utilizar sua influência para atingir seus objetivos no âmbito do Poder Legislativo, o que tornaria a captura das agências desnecessárias, já que as próprias leis seriam criadas de acordo com os seus interesses (POSNER, 2004, p. 58).

Além de afirmar que nenhum desses questionamentos expostos é respondido pela teoria da captura, Posner ainda propõe a análise de três conjuntos de evidências, quais sejam: (i) nem sempre a captura é necessária, uma vez que não são todas as agências que são dotadas de integridade e honestidade; (ii) não é raro vislumbrar situações em que uma mesma agência regula mercados ou interesses conflitantes, ou seja, existem interesses de grupos concorrentes dentro de um mesmo mercado; (iii) e por fim, a teoria da captura ignora os diversos casos em que os interesses defendidos pelas agências são os dos grupos de consumidores (POSNER, 2004, p. 58).

Esses conjuntos de evidências ratificam as fragilidades da teoria e corroboram a afirmação de que a captura não pode ser considerada uma teoria, uma vez que inexistente qualquer fundamentação teórica ou comprovação empírica que a sustente. Contudo, ela pode ser entendida como um importante eixo que vincula a teoria do interesse público e a teoria econômica da regulação, que serão respectivamente apresentadas nos tópicos a seguir.

4. TEORIA DO INTERESSE PÚBLICO

Os primeiros trabalhos que tratavam sobre regulação econômica sustentavam que a necessidade de regulação era advinda da existência de falhas de mercado. O Estado deveria agir de forma indireta para afastar a atuação de agentes nocivos e a perpetração de interesses pessoais. Assim seriam afastados os entraves para que o mercado fluísse de forma orgânica e obtivesse a maximização do bem estar social (CAMPOS, 2008, p. 283).

A propagação dessas ideias se tornou mais forte nos Estados Unidos após a crise de 1929 e da política do *New Deal*. A regulação era vista de forma positiva como um importante instrumento para afastar as falhas de mercado. Foi a partir da década de 1930 que essas correntes de pensamento se consolidaram e passaram a ser conhecidas como teoria do interesse público (SAMPAIO, 2013, p. 44).

A teoria recebeu esse nome em razão de seus defensores acreditarem que a regulação tinha como finalidade principal atender ao interesse público, sendo uma resposta aos anseios sociais e uma forma de intervir no mercado para solucionar suas falhas. São dois os pressupostos principais que fundamentam a teoria do interesse público. O primeiro deles afirma que os mercados são extremamente frágeis e estão dispostos a atuar de forma ineficiente. Já o segundo pressuposto afirma que o Estado possui um custo quase ínfimo para realizar a regulação (POSNER, 2004, p. 50).

A fragilidade dos mercados é sustentada pela afirmação de que esses são alvos de inúmeras falhas, o que faz com que exista uma ineficiência econômica. A atuação das agências reguladoras, segundo esta teoria, visa agir para afastar essas falhas. Neste sentido, o aumento da intervenção do Estado por meio da regulação seria diretamente proporcional ao crescimento da eficiência nos setores regulados (CAMPOS, 2008, p.284).

A assimetria de informações pode ser apontada como uma das falhas de mercado mais relevantes. Sobre essa falha, Campos (2008, p.287) explica que:

Em relação à assimetria de informação, é importante apontar que os modelos de competição de mercado se apoiam no pressuposto da informação perfeita em que os consumidores, ao tomarem sua decisão, sabem tudo o que precisam saber sobre a qualidade de um produto, preço da concorrência etc. Tal pressuposto não é realista porque obter informações tem custos, os produtos podem ser complexos ou seus efeitos somente serem sentidos no longo prazo ou, ainda, há efeitos colaterais desconhecidos.

A assimetria de informações significa a desigualdade de informações entre os polos da relação, o que poderá vir a beneficiar ou prejudicar um dos agentes. Dependendo do momento em que essa assimetria é identificada ela poderá ser classificada como seleção adversa ou *moral hazard*. A seleção adversa ocorre quando a diferença do grau de informação entre os agentes e o benefício de um deles em razão da superioridade informacional ocorre antes da transação ser realizada. Neste sentido, a falta de acesso a ampla informação faz com que o agente muitas das vezes tome decisões que não optaria se tivesse acesso a todas as informações (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 136).

A assimetria de informações *ex post* ocorre por meio do *moral hazard*, também chamado de risco moral, que ocorre quando o agente econômico muda o seu comportamento após ter o seu bem protegido. Neste sentido, o exemplo mais disseminado diz respeito aos

seguros de veículos, onde o agente após adquirir o seguro, passa a adotar condutas que elevam o risco de acontecer algum sinistro (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 138).

Tendo em vista essas falhas de mercado e os pressupostos já mencionados, quais sejam, a expectativa do aumento da eficiência somado ao baixo custo a ser gasto pelo Estado, a regulação passa a ser vista como solução ideal para os problemas econômicos de diversos setores.

Contudo esses dois pressupostos citados como pilares da teoria são contestados por Posner (2004, p.51), que aduz que a regulação não está necessariamente vinculada às falhas de mercado e que “o conceito de governo como instrumento sem custos, fidedigno e efetivo de alteração do comportamento de mercado também já se desfez”.

Conforme exposto anteriormente a teoria foi denominada dessa forma em razão da regulação ser entendida como uma resposta as demandas sociais em busca de uma economia que privilegie o interesse comum. Ocorre que os defensores desta teoria esquivaram-se de explicar qual seria esse “interesse comum” a ser perseguido. Falar em uma regulação que objetiva interesses sociais acaba se tornando vazio diante de uma sociedade plural.

A teoria do interesse público foi alvo de algumas reformulações, a primeira delas mantém a crença na importância e na proibidade das agências reguladoras, porém reconhece que elas podem não obter a eficiência esperada, justificando que o vício não se encontra na estrutura das agências e nem na forma como ocorre a regulação, mas sim na ineficiência de seus funcionários e administradores. Neste sentido, Posner (2004, p.52) explica que a teoria reformulada sustenta “que as agências regulatórias são criadas para propósitos públicos idôneos, mas são mal administradas e, como resultado, os objetivos nem sempre são atingidos”.

Posner (2004) segue mantendo sua discordância em relação à teoria e afirma que a reformulação não é satisfatória em decorrência de dois motivos. O primeiro deles aduz que a ineficiência regulatória pode ser um objetivo perseguido por grupos de interesse que possuem grande influência na criação da legislação que estabelece a política regulatória. Este argumento pressupõe que nem sempre a falta de efetividade da regulação será proveniente da forma como é desenvolvido o trabalho dentro da agência reguladora. As diretrizes de criação da agência podem ser suficientes para lhe afastar da regulação com o objetivo de privilegiar o interesse público.

É imperioso destacar que isso não se trata de um erro na formulação da estrutura da agência, mas sim diz respeito ao favorecimento de grupos que possuem forte influência no cenário político. Essa crítica pode ser diretamente relacionada à teoria da captura.

Neste sentido, Stigler (2004) de forma precisa observa que assim como a regulação pode ser imposta a uma indústria, ela também pode ser objetivada pela mesma, com a finalidade de utilizar a regulação econômica para alcançar seus próprios interesses. Portanto, assim como uma indústria pode ser escolhida como objeto de regulação, ela também pode escolher a regulação como instrumento.

O segundo motivo apontado por Posner (2004) revela que inexistem dados suficientes para que se afirme que existe uma má administração por trás das agências. A eficiência da agência é incentivada em razão da realização da distribuição orçamentária, ou seja, quanto melhor for o desempenho da mesma, maior será o montante destinado a ela. Além disso, o

diretor possui a obrigação de prestar contas aos Poderes Executivo e Legislativo, o que faz com que ele busque demonstrar seu bom desempenho.

Não é apenas a cúpula das agências que se beneficiam em demonstrar sua eficiência, os demais funcionários também recebem incentivos para que sua atuação seja realizada da melhor forma possível. Apesar do seu desempenho não influenciar diretamente na sua remuneração, os funcionários que fazem parte do corpo de colaboradores de uma agência reguladora ganham visibilidade e aumentam sua valorização pessoal caso desejem migrar para a iniciativa privada, portanto, a eficiência da agência na qual faz parte também é um objetivo a ser perseguido por eles, mesmo que seja com a finalidade de agregar valor a si mesmo.

Posner (2004, p.54) afirma ainda que "outra objeção é que a agência tem poucos incentivos para minimizar custos porque, diferentemente de uma empresa privada, ela não pode manter os lucros oriundos da diminuição dos custos", porém esse argumento também não se sustenta, visto que inúmeros funcionários da iniciativa privada também não se beneficiam com o aumento do lucro das empresas nas quais fazem parte, entretanto, isto não se mostra como um incentivo para que eles passem a desempenhar suas atividades de forma inferior.

A teoria do interesse público passa por uma reformulação na qual Posner admite que existe a possibilidade de se considerar que a regulação realmente possui o interesse público como finalidade, porém ela é desempenhada de forma mal sucedida em razão de alguns fatores (POSNER, 2004, p. 54).

Por mais que se admita a regulação com finalidade inidônea, devem ser observados alguns obstáculos a sua realização eficiente. O primeiro deles diz respeito à inflação de atividades a serem desempenhadas pelas agências reguladoras, o que faz com que mesmo eivado de boa intenção esses órgãos não logrem êxito na realização de suas atividades.

O segundo aspecto que pode ser abordado como obstáculo à regulação eficiente é a precariedade da supervisão das agências pelo poder Legislativo, conforme afirma Posner (2004, p.55) ao revelar que "conforme a atividade do Legislativo aumenta, pode-se esperar uma crescente delegação de trabalho para as agências e um decrescente controle sobre estas agências".

Portanto, o crescente aumento das atividades desempenhadas pelas agências reguladoras, somado a precariedade de fiscalização destas por parte do Legislativo, acaba fazendo com que por mais bem intencionada que a regulação seja ela não consegue atingir seus objetivos de forma eficiente.

Thomas Merrill defende que inevitavelmente poderão ocorrer falhas por parte da Administração Pública e, que nestas situações deve acontecer a revisão da atuação administrativa pelo Poder Judiciário, porém ele ressalta que os Tribunais devem agir com cautela ao proceder à revisão da atuação da agência, uma vez que, em regra, as agências seriam melhores do que os Tribunais para alcançar o interesse público (MERRIL, 1997, p. 1049).

A teoria do interesse público foi eminentemente desenvolvida por economistas e apesar de sua formulação ser consistente é nítido a presença de diversas falhas. Em razão dos vícios apontados na teoria do interesse público foram desenvolvidas teorias explicativas que visavam sanar essas falhas.

Conforme exposto, a teoria da captura surgiu como principal teoria explicativa decorrente da teoria do interesse público. Apesar de seus preceitos antagônicos, análise do risco de captura dos agentes reguladores pode ser usada até mesmo para ratificar a aplicabilidade da teoria do interesse público, caso seja demonstrada a inexistência de risco de captura.

Contudo, caso seja comprovada a existência de agentes capturados, conforme anteriormente exposto, a teoria da captura não possui substancial para ser considerada como uma teoria da regulação, neste sentido, foi necessária a realização de um aperfeiçoamento teórico resultando na teoria que será analisada no tópico seguinte.

5. TEORIA ECONÔMICA DA REGULAÇÃO

A fundamentação da teoria foi criada por George Stigler e publicada em um artigo no ano de 1971 denominado de "A teoria da regulação econômica", não apresentou, contudo, um nome para referir-se a ela. Em 1974 Richard Posner publicou um artigo tratando a respeito das teorias da regulação, dentre elas a teoria criada por Stigler, que passou a ser chamada por Posner de teoria econômica da regulação.

Sobre a teoria Peltzman (2004) afirma que:

O elemento mais importante dessa teoria é análise do comportamento político a partir dos parâmetros da análise econômica. Políticos, assim como qualquer um de nós, são considerados como maximizadores das suas próprias utilidades. Isso significa dizer que os grupos de interesse podem influenciar os resultados do processo regulatório ao fornecer apoio financeiro ou de outra natureza aos políticos ou reguladores (PELTZMAN 2004, p. 81).

Posner afirma que apesar da teoria também se afastar do pressuposto inidôneo da regulação e admitir a possibilidade de "captura" por grupos de interesse, além dos grupos que seriam compostos pelas empresas reguladas, ela não pode ser confundida com a teoria da captura, posto que para o autor "a teoria econômica é mais precisa e bem acabada – mais facilmente comparável e testável com um conjunto de dados empíricos - do que a teoria política". Neste sentido, a teoria econômica da regulação rejeita o suposto propósito virtuoso e probo da legislação, admite a possibilidade de captura por outros grupos de interesse que não a empresa regulada e substitui o termo "captura" por uma terminologia mais neutra de "oferta e procura" (POSNER 2004, p.59).

A teoria econômica da regulação é fundamentada em dois pressupostos:

A primeira é que dado que o poder coercitivo do governo pode ser usado para dar benefícios valiosos a indivíduos ou grupos específicos, regulação econômica - a expressão desse poder na esfera econômica – pode ser vista como um produto cuja alocação é governada por leis da oferta e da procura. A segunda idéia é que a teoria dos cartéis pode nos ajudar a identificar as curvas de oferta e procura. (POSNER, 2004, p.60)

Conforme já mencionado, o poder coercitivo do Estado é um dos seus maiores trunfos em relação à iniciativa privada, é ele que possibilita tanto as restrições impostas a empresas reguladas quanto à concessão de benefícios a elas.

Stigler (2004) explica que são quatro os principais benefícios que o Estado pode conceder a uma indústria, sendo eles: subsídios em dinheiro, o controle sobre a entrada de novos concorrentes no mercado, o poder sobre os produtos substitutos e complementares (que são aqueles relacionados à atividade desenvolvida pela empresa) e o controle sobre a fixação de preços (STIGLER, 2004, p. 25).

A teoria dos cartéis é utilizada como exemplo para explicar as curvas de oferta e demanda por regulação. Sobre essa teoria Posner (2004, p. 60) explica que "o valor da cartelização é maior quanto menos elástica for à demanda pelo produto do mercado e mais cara, ou mais lenta for à entrada nesse mercado".

Neste sentido, Posner (2004, p. 61) entende que os principais custos que aumentam o valor da cartelização são os custos de transação para que os vendedores ajustem os valores a ser cobrados e a quantidade de produto que cada vendedor poderá vender e os custos de impor o acordo realizado pelo cartel para aqueles agentes que não estão participando ou para aqueles que desrespeitam o acordo. Nos países em que o cartel se configura como prática ilegal existe ainda o custo estimado referente à punição.

Apesar de ser citada como exemplo, a ocorrência de cartelização privada normalmente vai de encontro à necessidade de regulação. Isto porque quando o número de empresas é menor é consideravelmente mais fácil a realização do cartel, já que os custos de transação e os riscos de quebra do acordo também diminuem. Por outro lado, o inverso ocorre quando o número de empresas aumenta, tornando neste caso a regulação à solução mais viável e menos dispendiosa. Porém assim como a cartelização, a teoria econômica da regulação aponta que a regulação nestes casos também terá um custo (POSNER, 2004, p.61).

Diante do exposto, a teoria econômica da regulação pode ser usada para entender a grande incidência de legislação protecionista em áreas em que seria difícil a realização da cartelização privada (POSNER, 2004).

O maior diferencial da teoria econômica da regulação em face da teoria do interesse público e até mesmo dos pressupostos da teoria da captura, é a inclusão da política como um dos principais fatores que influenciam na regulação econômica. A regulação seria como um bem ofertado pelos políticos, que oferecem os benefícios que somente o poder público poderia oferecer, desde que os agentes econômicos estejam dispostos a arcar com o preço exigido pelos políticos (POSNER, 2004, p.63).

Neste sentido, a teoria adota os preceitos da racionalidade econômica para explicar que os políticos, mesmo investidos em cargos públicos, são indivíduos que buscam a maximização de seus interesses próprios.

Posner destina grande parte da sua análise da teoria econômica da regulação a constatação de evidências empíricas que sustentam a teoria, porém, o autor também não se esquivou de apresentar as falhas presentes neste corpo de evidências (POSNER, 2004, p.70).

Portanto, o suporte empírico apresentado pelas teorias da regulação tem papel de destaque na análise realizada por Posner, o que torna necessária uma exposição mais detalhada sobre o tema.

6. A INSUFICIÊNCIA DE SUPORTE EMPÍRICO NAS TEORIAS DA REGULAÇÃO

As teorias da regulação e os pressupostos da captura regulatória possuem uma fragilidade como ponto de interseção, qual seja, a insuficiência de suporte empírico. Uma breve leitura da análise realizada por Posner revela em diversos momentos sua inquietação quanto à carência de estudos empíricos no que tange a regulação econômica, o que levou o autor a concluir que nenhuma teoria foi suficientemente apurada para que pudesse gerar hipóteses precisas passíveis de verificação empírica (POSNER, 2004, p. 74).

No decorrer deste trabalho já foram mencionados alguns aspectos em que Posner revela essa insuficiência de suporte empírico, contudo, torna-se necessário reservar uma seção para análise do tema, uma vez que esta pode ser apontada como uma fragilidade presente em todas as abordagens de regulação analisadas por Posner.

Contudo, antes de adentrar a seara da regulação econômica, cabe ressaltar que no âmbito do Direito, de forma geral, existe uma escassez de estudos empíricos. Apesar da inexistência de uma teoria central compartilhada do direito ser um entrave a verificação de hipóteses de forma universal, os trabalhos empíricos ocupam um papel importante de revelar como se dá o comportamento humano diante das diversas normas jurídicas. Neste sentido, apesar de ainda ser escasso, o reconhecimento da sua importância fez com que paulatinamente o trabalho empírico venha ocupando espaço dentro do conhecimento jurídico (ULEN; COOTER, 2014, p.62-63).

A importância da comprovação empírica se ratifica no âmbito da regulação com o não reconhecimento da captura como teoria, uma vez que, Posner (2004, p. 57) conclui que a captura é “uma hipótese desprovida de qualquer fundamento teórico”, o inviabiliza a existência de técnicas de validação empírica.

Inexiste qualquer comprovação da interação entre as agências reguladoras e as empresas reguladas (POSNER, 2004, p.57). A ausência de comprovação da hipótese de captura, somada aos conjuntos de evidências já expostos, que revelam diversas situações inexplicadas pela teoria da captura, demonstram a insuficiência da teoria.

No que tange as teorias da regulação, apesar de serem manifestamente reconhecidas como teorias, também se revelam com suporte empírico insuficiente.

Alguns preceitos expostos como verídicos pela teoria do interesse público carecem de comprovação empírica, como por exemplo, as afirmações de que as agências reguladoras são mal administradas ou que sejam menos eficientes que outras organizações. (POSNER, 2004, p. 52-53).

Um dos fatores que fez com que a teoria econômica da regulação fosse reconhecida como a que detém melhor embasamento teórico foi o seu suporte empírico. Neste sentido, Posner (2004, p. 67) exemplifica que:

Existe um número substancial de estudos de caso - companhias de transporte rodoviário, aéreo, ferroviário e muitos outros mercados – que sustenta a ideia de que a regulação econômica é mais bem explicada como um produto fornecido a grupos de interesse do que como uma expressão do interesse social em eficiência jurídica.

Contudo, conforme exposto anteriormente, apesar da teoria econômica ser considerada por Posner a teoria da regulação com melhor embasamento e suporte, esta não está livre de falhas. Neste sentido, Posner apresenta seis fragilidades presentes no corpo de evidências empíricas que sustenta a teoria (POSNER, 2004, p. 70).

A primeira falha aduz que a maior parte das evidências é compatível com qualquer versão da teoria dos grupos de interesse. A distinção entre a teoria do interesse público e a teoria econômica da regulação pode ser facilmente realizada, porém essa distinção se dificulta ao confrontá-la com qualquer teoria que tenha como base a teoria dos grupos de interesse. Neste sentido, Posner (2004, p.70) afirma que:

Para que esses estudos de caso sustentem a teoria econômica da regulação, eles teriam que demonstrar que as características e circunstâncias dos grupos de interesse foram tais que a teoria econômica teria previsto que eles, e não outros grupos, obteriam a regulação da qual se beneficiariam.

A segunda evidência relata que a pesquisa empírica não está ocorrendo de forma sistemática, ou seja, os casos apontados como exemplo da teoria são escolhidos justamente em razão de suas peculiaridades propícias a aplicação da mesma. Os estudos a respeito da teoria foram realizados, eminentemente, a partir da análise de estudos de casos, que não foram selecionados de forma aleatória, mas sim a partir das suas similitudes com os preceitos defendidos pela teoria. Essa fragilidade não invalida os estudos já realizados, contudo aponta a necessidade de realização de pesquisa empírica mais sistemática (POSNER, 2004, p.70).

A terceira evidência alega que alguns estudos de casos de regulação têm produzido evidências difíceis de serem relacionadas à teoria econômica. Destaca-se ainda que a teoria não aborda a possibilidade de fracassos na tentativa de regulação, o que inevitavelmente pode vir a ocorrer (POSNER, 2004, p.71).

A quarta falha apontada ocorre em razão das evidências empíricas dependerem fortemente de uma rejeição confiante das justificativas de interesse público. A teoria econômica rejeita a justificativa de que a regulação pode ser realizada com a finalidade de obtenção de interesse público, porém a teoria não explica porque inexistente esta possibilidade, assim como também se esquivava de justificar o motivo que enseja a criação de toda a legislação regulatória de acordo com o que dispõe a teoria econômica (POSNER, 2004, p. 72).

A dificuldade em rastrear os efeitos da regulação econômica é a quinta falha apresentada por Posner, que revela como efeito colateral da regulação a dificuldade em revelar quais mercados são beneficiados ou prejudicados em razão dessa intervenção do estado (POSNER, 2004, p. 73).

Por fim, na sexta crítica Posner aduz que não há explicação para a retórica usada pela teoria do interesse público para expor o processo de elaboração de políticas públicas. A introdução de teorias de fraude, ou mais amplamente de custos de informação sugerem um reavivamento da teoria do interesse público de uma forma que ela possa até mesmo ser testada empiricamente (POSNER, 2004, p. 73).

A partir desta análise realizada por Posner é possível perceber que a maior parte das fragilidades expostas são passíveis de ajuste a partir de um aprofundamento da teoria. Neste sentido, a teoria econômica se sustenta não só em razão do seu robusto arcabouço de emba-

samento empírico, mas também porque a partir da constatação das suas falhas é possível propor um aperfeiçoamento da teoria.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma breve análise das teorias da regulação torna perceptível a complexidade com que a regulação econômica se desenvolveu no decorrer de um século. A abordagem sob a perspectiva da economia se tornou apenas o ponto de partida do estudo da regulação, que agregou como necessária a pesquisa interdisciplinar em áreas como ciências políticas, direito e até mesmo psicologia comportamental.

O presente trabalho teve como finalidade explicar a teoria do interesse público e as críticas dela decorrentes, que fizeram com que fossem elaboradas mais duas teorias explicativas, com finalidade de expor e propor soluções para os vícios presentes na teoria do interesse público.

A teoria da captura foi a mais importante que surgiu em oposição aos “problemas” da teoria do interesse público, tendo em vista que ela se opõe a ideia de “bem comum” e de que a regulação seria realizada com a finalidade de se alcançar um interesse público. Contudo, apesar de parecer mais próxima da realidade do que a teoria do interesse público, a teoria da captura também foi alvo de críticas o que fez com que ela sofresse uma reformulação que resultou na teoria econômica da regulação.

Contudo, é notória a importância da captura no que tange a regulação econômica, uma vez que, por mais que não possua o *status* de teoria da regulação, a análise a partir de sua perspectiva é o que possibilita uma completa dissecação das demais teorias regulatórias que foram abordadas no presente trabalho.

A comprovação da inexistência da captura das agências demonstraria a consistência do embasamento da teoria do interesse público, fazendo com que mesmo que se constate que a captura não exista, os estudos a partir dela se tornam indispensáveis para a análise do mercado regulado.

Assim como a constatação da existência da captura não tornaria possível a aplicação da teoria primordialmente elaborada, tendo em vista que pelos motivos expostos é imprescindível um refinamento para que esta se configure como uma teoria regulatória, o que ocorreu a partir da reconfiguração que deu origem a teoria econômica da regulação.

O risco da captura dos agentes reguladores deve ser analisado conforme o cenário de cada Estado, já que depende de fatores variáveis como obviamente o mercado e até mesmo a política.

No Brasil a presença marcante de um modelo capturado está diretamente relacionada ao controle político e administrativo que os grupos de interesse possuem nas agências e até mesmo no Poder Legislativo. Neste cenário, a compreensão de como se dá a captura e quais os motivos que fazem com que os agentes públicos sejam capturados é fundamental para que se verifique de que forma podem ser solucionadas as falhas de mercado e as falhas de governo possibilitando uma regulação mais eficiente.

Neste aspecto é notória a importância da Análise Econômica do Direito como ferramenta teórico para aplicação da captura como eixo de análise.

Apesar da busca pelo aperfeiçoamento, todas as teorias estão eivadas de falhas e, o presente trabalho utiliza da abordagem de Posner (2004) para expor os pontos centrais de cada teoria e as principais críticas que o autor destina a cada uma delas. Contudo, também se buscou a partir de uma perspectiva própria demonstrar a importância da análise da captura independentemente da teoria abordada.

Na realidade Posner (2004, p. 74) defende que nenhuma das teorias da regulação objeto do presente trabalho possuem suporte empírico significativo. Todas elas não foram testadas o suficiente para que pudessem ser verificadas empiricamente, contudo, não há qualquer hesitação em afirmar que dentre as teorias explanadas, a teoria econômica da regulação é a que mais se aproxima da eficiência pretendida, até mesmo porque ela considera um fator que até o momento era ignorado pelas demais teorias, que é a análise do comportamento humano e da racionalidade dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

- CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de Mercado e Falhas de Governo: Uma Revisão da Literatura sobre Regulação Econômica. *Brazilian Journal of International Law*, vol.5, no. 2, July/December 2008, pp. 281.
- GUERRA, Sergio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo horizonte: Fórum, 2012.
- JAKIBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Análise econômica do direito e da regulação do mercado de capitais*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MERRILL, Thomas W. Capture Theory and the Courts: 1967-1983. *Chicago-Kent Law* no. 1, 1972, pp. 207.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEDRO, Luis Antonio Velasco San. Economic Regulation and Competition. *Acta Universitatis Lucian Blaga*, vol. 2012, no. 2, 2012, pp. 166.
- PELTZMAN, Sam. *A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação*, trad. Tiago Machado Cortez. In: MATTOS, Paulo. *Regulação Econômica e Democracia- O debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 32, 2004.
- POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica, trad. Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo. *Regulação Econômica e Democracia- O debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 32, 2004.
- PRITCHETT, C. Herman. *Economic Regulation*. American Constitutional Issues. New York, McGraw-Hill.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência- A atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANSON, Alexandre. Os grupos de pressão e a consecução das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio. BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 117-138.
- STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica, trad. Emerson Ribeiro Fabiani. In: MATTOS, Paulo. *Regulação Econômica e Democracia- O debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 32, 2004.

STIGLER, George J. The Process of Economic Regulation. *Antitrust Bulletin*, vol. 17, Review, vol. 72, no. 4, 1997, pp. 1039.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. *Falhas de governo: uma introdução à teoria da escolha pública*. Rio de Janeiro: Instituto liberal, 2005.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. Um prêmio Nobel para a ciência jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). *Direito e Economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

WILEY JR, John Shepard. A Capture Theory of Antitrust Federalism. *Harvard Law Review*, vol. 99, no. 4, February 1986, pp. 713.

Recebido/Received: 08.07.2020.

Aprovado/Approved: 21.11.2020.

REFLEXÕES SOBRE O DESENVOLVIMENTO DOS ESTADOS SOB A PERSPECTIVA DA CAPTAÇÃO DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

REFLEXIONS ON THE DEVELOPMENT OF STATES
UNDER THE PERSPECTIVE OF FOREIGN INVESTMENTS

JOICE DUARTE GONÇALVES BERGAMASCHI¹

TANIA LOBO MUNIZ²

ELVE MIGUEL CENCI³

RESUMO

O fenômeno da globalização e expansão dos mercados, acentuado a partir da propagação de ideais neoliberais, possibilitou que a atuação dos agentes econômicos transpusesse fronteiras estatais com enorme facilidade, o que implicou num grande desafio à governança dos Estados, tendo em vista que o conceito tradicional de soberania se mostrou insuficiente a regulamentar as relações que ocorriam em nível transnacional. A fluência e vultuosidade das atividades comerciais viabilizou o extraordinário crescimento das chamadas empresas transnacionais, cujo potencial econômico se tornou determinante para a atuação dos Estados, que passaram a competir entre si, com a formalização de acordos internacionais e com a flexibilização de normas internas, a fim de se tornar solo atrativo para investimentos estrangeiros. Assim, por intermédio do método dedutivo, o estudo analisará as consequências provocadas pela desregulamentação, de modo a concluir que, para repercutir em desenvolvimento dos Estados, a intervenção estatal nas atividades de mercado por meio do Direito é a grande chave para promover ações econômicas que revertam em bem-estar social.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento. Desregulamentação. Globalização. Investimentos estrangeiros. Soberania.

1 Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, com Bolsa CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR/PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7558439735579054>. E-mail: joicedto@hotmail.com.

2 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Docente titular do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4840316454306635>. E-mail: lobomuniz@gmail.com.

3 Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ-RJ. Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Graduado em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo – UFF/RS. Graduado em Direito pelas Faculdades Metropolitanas de Londrina – FML/PR. Coordenador e Docente titular do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL/PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0007556022902547>. E-mail: elve@uel.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

BERGAMASCHI, Joice Duarte Gonçalves; MUNIZ, Tania Lobo; CENCI, Elve Miguel. *Reflexões sobre o desenvolvimento dos estados sob a perspectiva da captação de investimentos estrangeiros*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 157-174, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8029>.

ABSTRACT

The phenomenon of globalization and market expansion, accentuated by the propagation of neoliberal ideals, made it possible for the economic agents to transpose state borders with great ease, implying a great challenge to the governance of states, considering that the traditional concept of sovereignty was not sufficient to regulate the relations that took place at the transnational level. The fluency and voltuosity of the commercial activities enabled the extraordinary growth of the activities of the so-called transnational companies, whose economic potential became decisive for the actions of the States, which began to compete with each other, with the formalization of international agreements and with the flexibilization of internal rules, in order to become attractive ground for foreign investment. Thus, through the deductive method, the study will analyze the consequences of deregulation, in order to conclude that the investments made will not always have an impact on the development of States.

KEYWORDS: Development. Deregulation. Globalization. Foreign investments. Sovereignty.

INTRODUÇÃO

Em meados da década de 80 do Século XX a sociedade contemporânea passou por profundas transformações, com consequências que atingiram diversas dimensões da existência humana. A partir do fortalecimento de ideais neoliberais, ocorreram processos de reestruturação da economia, desregulamentação dos mercados e flexibilização da soberania dos Estados. Estes eventos provocaram abertura econômica e intensa utilização de novas tecnologias, mas também repercutiram em concentração de capital, enfraquecimento de direitos e exclusão social.

Neste contexto de expansão dos mercados para áreas internacionais, o avanço das atividades de empresas transnacionais ganhou destaque, impulsionado pela intensificação da publicidade que estimulava a proliferação do consumismo exagerado. Noutra banda, o crescimento exponencial destes conglomerados econômicos fez com que o seu poderio e influência passassem a ditar as normas para atuação dos Estados a cujas legislações deveriam se submeter.

De posse da convicção de que a operação de empresas transnacionais pode alavancar a economia e incrementar a inovação tecnológica dos meios de produção, os Estados passaram a duelar entre si para atrair investimentos estrangeiros, com a sujeição de sua soberania à organismos internacionais e a formalização de acordos que oferecem garantias aos investidores, além de frequentemente também se obrigarem a realizar a flexibilização de normas internas ambientais, trabalhistas, tributárias e outras mais, de forma a criar um ambiente nacional que favoreça a entrada de capital estrangeiro.

A partir daí, por meio de metodologia pautada em revisão bibliográfica e análise de documentos legais relevantes, o estudo contempla de maneira crítica a postura dos Estados de flexibilizar normas internas no objetivo de atrair investimentos estrangeiros, pois a referida desregulamentação tende a ferir diretamente direitos que o Estado tecnicamente deveria proteger. A investigação tem relevância porque aponta a regulação estatal por intermédio do Direito como fator central à indução de condutas econômicas que deem ênfase a proveitos sociais, no propósito de impedir que a incrementação da economia interna em termos numéricos se sobreponha ao bem-estar dos indivíduos e da sociedade nacional.

1. O DESENVOLVIMENTO E A ECONOMIA

De modo geral, os primeiros estudos que ligaram o desenvolvimento e a economia consideravam o desenvolvimento como o estágio mais elevado do crescimento econômico, quando conciliado com políticas de distribuição de renda e melhoria das condições de vida da população. Estudos mais recentes, entretanto, apontam para o entendimento de que o crescimento dentro de uma noção quantitativa representa apenas uma parcela do desenvolvimento, com delimitações que não podem se confundir.

Com efeito, o conceito do termo “desenvolvimento” não encontra delimitação pacífica, tendo evoluído com o passar dos anos. Norbert Rouland (1991, p. 186) discorre que, no seu surgimento, que se deu entre os séculos XII e XIII, a palavra “desenvolvimento” tinha como sentido “revelar, expor”, passando a significar a progressão de estágios mais simples para outros mais complexos apenas por volta de 1850. Desde então, o desenvolvimento passou a ser ligado à efetivação de diversas e complexas perspectivas, a depender do contexto em que analisado, envolvendo aspectos sociais, jurídicos, políticos, econômicos e culturais.

Em se tratando da economia e o processo de desenvolvimento, importante destacar os estudos do economista brasileiro Celso Furtado (1980, p. 17), que identifica o desenvolvimento em dois sentidos: o primeiro, relativo ao aumento da eficácia do sistema de produção por meio da acumulação e do progresso das técnicas; o segundo, relativo ao grau de satisfação das necessidades humanas.

Celso Furtado (1980, p. 20) entende que o grau de eficácia do sistema de produção não constitui condição suficiente para aferir o desenvolvimento como melhoria das condições de vida da população, havendo, pois, necessidade de substituir os indicadores clássicos, como o produto nacional global, o Produto Interno Bruto (PIB) ou a renda *per capita*, por outros indicadores que se ajustem melhor à noção de desenvolvimento como instrumento de satisfação das necessidades humanas.

Em Celso Furtado (2000, p. 102-107), a ideia de desenvolvimento compreende o crescimento, mas vai muito além dele, pois o desenvolvimento estaria ligado à elevação do nível material de vida das pessoas que compõem a sociedade, por intermédio de uma escala de valores que reflete o equilíbrio das forças ali existentes e prevaletentes.

A importância do elo entre a economia e o desenvolvimento fez com o arcabouço jurídico constitucional também se voltasse à tutela dos direitos e deveres que envolvem esta relação. Neste sentido, Gilberto Bercovici (2004, p. 24), discorre que a intrínseca relação entre a economia e a efetivação do processo de desenvolvimento pode ser verificada por meio da análise das constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial, como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que inauguraram o constitucionalismo social e institucionalizaram os direitos econômicos e sociais.

Tais constituições se caracterizaram por trazer, ao lado dos tradicionais direitos individuais, a declaração dos direitos sociais ou direitos de prestação, que, ligados ao princípio da igualdade material, têm a sua concretização dependente de prestações diretas ou indiretas do Estado. “As concepções sociais ou socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico, são, assim, consideradas fundamentos do novo constitucionalismo social” (BERCOVICI, 2004, p. 25).

De posse do entendimento de que o Estado é o principal agente promotor do desenvolvimento como bem-estar social, Gilberto Bercovici (2005, p. 52-53), ainda cuida de destacar que o subdesenvolvimento não é uma etapa do desenvolvimento, mas sim uma condição específica, que pode ser superada mediante transformação nas estruturas econômicas, produtivas, sociais, institucionais e políticas vigentes, acompanhado de um planejamento adequado e abrangente direcionado pelo Estado.

Em prol de uma economia de bem-estar ainda é importante destacar os estudos do economista indiano Amartya Sen, cuja abordagem define o desenvolvimento como um processo de ampliação da capacidade dos indivíduos terem opções e fazerem escolhas, numa ideia de ampliação do horizonte social e cultural da vida das pessoas. Dentro desta concepção, a liberdade é um componente do desenvolvimento, mas não apenas isso: a liberdade é o principal meio e o principal fim do desenvolvimento (SEN, 2000, p. 17-18).

Amartya Sen (2000, p. 17-18) diverge de visões mais restritas do desenvolvimento que o identificam com o Produto Interno Bruto e o simples aumento de rendas pessoais, discorrendo que o desenvolvimento pode ser encarado como um processo de expansão das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas. A partir da correlação entre desenvolvimento e liberdade, o estudioso aponta para a necessidade de remoção das principais fontes de privação da liberdade, como a pobreza e a tirania, a carência de oportunidades econômicas, a destituição social sistemática, a negligência dos serviços públicos e a intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.

Para Amartya Sen (2000, p. 32), o êxito de uma sociedade pode ser avaliado de acordo com as liberdades substantivas de que seus membros desfrutam, pois a liberdade não é apenas base de avaliação para o êxito e para o fracasso, mas também um determinante da iniciativa individual e da eficácia social. Neste entendimento, o indivíduo é visto como membro do público e participante de ações econômicas, sociais e políticas, deixando de lado a noção do ser humano como paciente de um processo inexorável, no qual ele não influencia em nem pode tomar parte.

A expansão da liberdade tem o papel de constituir e intermediar o desenvolvimento, já que prima pelo enriquecimento da vida humana numa expressão de prerrogativas que deem ao indivíduo condições de evitar privações como a fome, a subnutrição ou a morte prematura. Deste modo, as instituições são meios eficazes para garantir e consolidar liberdades importantes para o processo de desenvolvimento (SEN, 2000, p. 25-52).

Portanto, levando-se em conta os estudos mais recentes sobre a importância da economia como vetor propulsor do processo de desenvolvimento, é possível pensar nas instituições como instrumento de promoção do desenvolvimento, não apenas na esfera econômica, mas também social, política e jurídica. No seio desta concepção está o Estado e toda a sua estrutura jurídica, que deve ter as bases necessárias a permitir que os indivíduos possam ter condições reais de desenvolver todas as suas potencialidades.

2. GLOBALIZAÇÃO DOS MERCADOS, SOBERANIA ESTATAL E DIFICULDADES REGULATÓRIAS

O fenômeno da globalização dos mercados foi intensificado em razão do avanço de tecnologias de publicidade e de informação. Desde então, a atuação dos agentes econômicos ganhou enorme força porque a oferta de produtos e serviços não vislumbrava mais fronteiras. A ação dos mercados, entretanto, fez surgir questionamentos a respeito do papel do Estado na contenção das consequências nocivas que tal processo infligia às sociedades humanas.

A este despeito, Gilberto Dupas (2005, p. 33) discorre que "o capitalismo global se aposou por completo dos destinos da tecnologia, orientando-se exclusivamente para a criação de valor econômico", numa lógica em que a liderança tecnológica passou a determinar os padrões gerais da acumulação, pressionando valores éticos e normas morais estabelecidas pela sociedade.

Com efeito, se por um lado as novas tecnologias permitem a expansão da fragmentação geográfica das cadeias produtivas, por outro lado elas também viabilizam a utilização em larga escala de mão-de-obra barata em muitos países, bem como a deterioração de seu poder de troca em relação aos recursos naturais ali oferecidos, em função da maior velocidade de incorporação tecnológica aos serviços e produtos industrializados. Estas grandes corporações, que combinam disponibilidade de força de trabalho e de matérias-primas estratégicas num cenário que despreza fronteiras, sustentam as taxas de acumulação do sistema capitalista e introduzem imensos desafios à política mundial, sobretudo no tocante à atuação dos Estados (DUPAS, 2005, p. 35-36).

Ulrick Beck (1999, p. 30) define a globalização como um fenômeno irreversível, caracterizado pela ampliação geográfica e crescente interação do comércio internacional, bem como a conexão global dos mercados financeiros e o crescimento do poder das companhias transnacionais. O fenômeno implica processos em razão dos quais os Estados veem sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais.

Não obstante, a universalização e o acirramento da concorrência em escala planetária, a concentração do poder empresarial e a consolidação de um sistema de corporações mundiais implicam na formação de redes de negócios que tendem a enfraquecer progressivamente o poder dos Estados. Isso porque, a figura de delimitação fronteiriça dos Estados vai cedendo lugar à geografia econômica, em que empresas transnacionais vão operando aleatoriamente, integrando e interligando os mercados, nos quais o que se busca, primordialmente, são regimes tributários e trabalhistas favoráveis, ou seja, um ambiente em que o econômico se sobrepõe ao político, o que faz com que os Estados percam o controle de sua soberania interna e externa (ACCIOLY, 2006, p. 70).

Com efeito, enquanto o conceito de soberania está ligado à ideia de territorialidade, a atuação dos agentes econômicos ultrapassa as fronteiras estatais quase sem nenhum controle, o que implica a necessidade de regulação do comércio internacional por intermédio de diretrizes que também sejam internacionais. Em consequência, espaços tradicionalmente

reservados ao Direito e à política tendem a não mais coincidir com o espaço territorial, o que levanta questões sobre o alcance e efetividade da soberania dos Estados.

Em face do caráter extraterritorial dos problemas surgidos, José Eduardo Faria (2010, p. 37-38) sustenta que os Estados tendem a perder autonomia para o mercado, enquanto instância de coordenação da vida social, pois, na dinâmica do comércio internacional, os países não são os agentes que ditam as regras, mas aqueles que buscam normativas que possam lhes socorrer dos interesses de forças econômicas privadas.

Cumprir analisar que, em princípio, qualquer governo nacional poderia recusar-se a abrir sua economia com o objetivo de tentar preservar uma relativa independência na definição de sua agenda decisória e, igualmente, negar-se a vincular decisões internas à lógica operacional dos mercados transnacionalizados (FARIA, 2010, p. 38). Entretanto, esta opção significaria correr o risco de fuga em massa de capitais e dificuldades subsequentes de acesso a fontes de crédito e de inovação tecnológica, o que acaba determinando a conduta de subordinação dos governos nacionais aos mercados.

Desta forma, a noção de soberania tem sido modificada a fim de melhor adequá-la à ordem jurídica internacional, que se encontra em profunda transformação. Neste sentido:

[...] o antigo conceito de soberania absoluta do Estado – e de seu poder de dispor como bem entender de suas fronteiras – foi superado pela evolução da ordem internacional, cada vez mais integrada com as ordens internacionais e com valores consagrados pela humanidade como um todo. Ignorar tratados, sob o pretexto de que as ordens internacional e interna são independentes e que o Estado, obrigando-se perante os outros países, não está obrigado a observar na esfera interna o compromisso soberanamente assumido, para usar termo tão do agrado dos que assim pensam, é ato que não mais se compadece com o mundo atual (MAGALHÃES, 2000, p. 62).

Com efeito, os novos contornos dados ao conceito de soberania estatal determinam a profunda interação entre as ordens interna e internacional, de modo que a adesão a documentos internacionais, bem como o respeito aos compromissos assumidos internacionalmente, são requisitos imprescindíveis ao completo reconhecimento dos Estados na ordem jurídica internacional.

Neste diapasão, atributos formais relacionados ao princípio da soberania, como supremacia, incondicionalidade, inalienabilidade, indivisibilidade, centralidade e unidade do Estado, são progressivamente relativizados e enfraquecidos não apenas pelo poder substantivo dos mercados, mas, igualmente, pela entrada em cena de novos atores locais ou regionais, reivindicando espaços de autonomia política, administrativa e fiscal cada vez mais amplos. (FARIA, 2010, p. 41).

Celso Duvivier de Albuquerque Mello (1993, p. 1987) enfatiza que a chamada "Nova Ordem Jurídica Internacional" é composta por "um conjunto de princípios, regras, e práticas privadas ou públicas que regem e organizam as relações econômicas entre os atores que hoje determinam a sociedade internacional: Estado, organizações internacionais e grupos transnacionais", de modo que o que é relevante do conceito de soberania está relacionado à autodeterminação dos povos sobre o uso de recursos naturais, que lida diretamente com o próprio Direito do desenvolvimento e espelha, neste sentido, conflitos de interesses entre os países exportadores e importadores de capital.

Neste contexto, José Eduardo Faria (2010, p. 42) discorre que há justças e normatividades postas em prática em espaços supranacionais, com a formação de redes de atores e instituições com funcionalmente regional ou global, que demandam a harmonização das legislações nacionais, a padronização técnico-organizacional e a unificação burocrática decorrente da formação de grandes blocos comerciais e das experiências de integração regional.

Além disso, a dinâmica do mercado globalizado submete os Estados a mecanismos fiscalizadores e controladores oriundos dos mais diversos órgãos e organismos multilaterais. As inúmeras instituições deste gênero exercem funções que se entrelaçam e flexibilizam a soberania dos Estados, das quais são exemplo o Banco Mundial (BM), o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), e, ainda, órgãos de integração econômica regional, como a União Europeia (UE), o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) e o Mercado Comum do Cone Sul (MERCOSUL).

E se, por um lado, o conceito de soberania prevalece, carregado do preceito jurídico-político que lhe é ínsito, a necessidade de adaptação à realidade econômica mundial de interdependência fez evoluir a noção de soberania para a de competência territorial, em que cada Estado, como membro da comunidade internacional, exerce sua autoridade dentro de seu território (MAGALHÃES, 2006, p. 262). No âmbito internacional, a fim de bem desenvolver relações econômico-internacionais, os Estados optam por submeter a sua atuação ao controle de institutos e organismos internacionais.

A análise, então, faz constatar que a livre circulação de mercadorias, a formalização de acordos internacionais, bem como internacionalização de decisões políticas, demonstra uma perda do núcleo duro de poder dos Estados, qual seja a sua soberania, que na esfera internacional não tem a mesma preponderância valorativa que impera no âmbito interno dos países.

Não obstante, mesmo internamente, o papel tradicionalmente intervencionista dos Estados passou por grandes transformações, pois a velocidade exigida pelo consumo globalizado impôs uma dinâmica intensa de substituição dos bens e serviços oferecidos. O fenômeno levou os agentes econômicos a adotarem estratégias especialmente concebidas para pressionar os governos em relação à redução de barreiras, a fim de atribuir aos Estados o papel de garantia da estabilidade da ordem jurídica e a facilitação do funcionamento dos mercados (FARIA, 2010, p. 24).

A atuação das empresas transnacionais tem grande destaque dentro deste movimento que afeta o papel dos Estados. Isso porque a principal característica de uma empresa transnacional é a sua capacidade de orientar, centralizadamente, suas operações em diversos pontos do mundo, por meio de um planejamento global para aumento de sua influência e expansão de seu mercado de consumidores. Operando como se existisse um mercado mundial, estes conglomerados relativizam interesses locais, já que os mercados nacionais são considerados menos importantes (BAPTISTA, 1987, p. 25-26).

Do ponto vista jurídico, as empresas transnacionais estão sujeitas às jurisdições nacionais, contudo, em razão do seu poderio econômico, estes novos atores internacionais terminam por impor sobre os países uma série de pressões por desregulamentação, relacionadas

à flexibilização de leis ambientais, benefícios tributários e regimes de trabalho (DUPAS, 1999, p. 113). Os Estados tendem a ceder às pressões destes conglomerados, pois o principal instrumento das corporações transnacionais é a capacidade de dizer “não”, num contexto em que o poder da economia mundial diante dos Estados nacionais consiste em “não investir” (DUPAS, 2005, p. 41).

Nesta nova dinâmica imposta pelo mercado globalizado, os países veem-se dentro de um ciclo vicioso de submissão dos interesses estatais aos interesses dos agentes econômicos, num processo que coloca a capacidade de atrair investimentos estrangeiros como condição para o desenvolvimento econômico dos Estados.

3. OS ESTADOS E OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Um dos efeitos mais intrigantes advindos do fenômeno de globalização e expansão dos mercados é a constatação de que os Estados caminham numa competição para atrair capitais oriundos de investimentos estrangeiros, o que incide em queda de sua original capacidade de coordenação, controle e regulação do mercado.

Os investimentos estrangeiros são uma das principais fontes de entrada de financiamento externo nos países em desenvolvimento (FONSECA, 2008, p. 31) e consistem em transferência de ativos tangíveis e intangíveis de um país para o outro, com o propósito de utilizá-los gerando riqueza por meio do controle total ou parcial do proprietário dos ativos (SORNARAJAH, 2004, p. 7).

Mesmo Estados com forte indústria tendem a admiti-los, pois veem no investimento estrangeiro a suplementação do capital e tecnologia de que necessitam, além da possibilidade de fomentar a competição em seu próprio mercado interno (MAGALHÃES, 2006, p. 258). A entrada de capitais provenientes do exterior também é capaz de influenciar na fixação do índice de confiança internacional em relação à estabilidade econômica dos Estados.

No Brasil, a disciplina dos investimentos estrangeiros está prevista no artigo 172 da Constituição Federal, que determina que “A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros” (BRASIL, 1988).

Na esfera internacional, a Organização Mundial do Comércio realiza o amparo dos investimentos estrangeiros por intermédio do Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (*Agreement on Trade-Related Investment Measures – TRIMs*). O TRIMs entrou em vigor em 1995 e faz parte dos tratados multilaterais sobre o comércio de mercadorias inserido no “Anexo I A” dos Acordos de Marraquexe, que vincula todos os membros da OMC.

A finalidade do TRIMs é promover desembaraços ao comércio e prevenir o uso de medidas de investimento que sejam incompatíveis com as disposições básicas do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*Agreement on Tariffs and Trade – GATT*), como a discriminação contra produtos e investidores estrangeiros, o uso de medidas de investimento que possam levar

a restrições quantitativas ou medidas que exijam quantidades específicas de conteúdo local (OMC, 1995).

Ainda na esfera multilateral de tutela dos investimentos estrangeiros, importante também destacar a atuação Banco Mundial, por meio do sistema do Centro Internacional para Solução de Disputas sobre Investimentos (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID) e da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (*Multilateral Investment Guarantee Agency* - MIGA), que foram criados em 1966 e 1988, respectivamente, dentro da perspectiva de alavancar os investimentos estrangeiros nos países em desenvolvimento (ITAMARATY, 2020).

Os Tratados Bilaterais de Investimento (*Bilateral Investment Agreements* – BITs), contudo, constituem o conjunto mais significativo de regras sobre promoção e proteção de investimentos no exterior. Os BITs “são instrumentos através dos quais dois países, geralmente um país desenvolvido e um país em desenvolvimento, procuram regular relações em matérias de investimento, com a finalidade de aumentar o seu fluxo” (PERRONE-MOISÉS, 1998, p. 24).

Os BITs preveem o conceito de investimento e os setores cobertos, dispendo sobre o desejo de promover maior cooperação econômica entre as partes e encorajar o fluxo de capital privado, além de criar condições propícias para tanto. Os BITs também procuram deixar claro que a entidade, estrangeira ou controlada por nacionais da outra parte, terá direito à proteção estabelecida pelo tratado independentemente de haver sido constituída no país receptor do investimento (LOWENFELD, 2011, p. 555).

É de se ressaltar que os BITs, de forma geral, costumam conter obrigações e regras claras concentradas no campo da proteção dos investimentos estrangeiros, com uma estrutura jurídica bastante forte e sistemas eficientes de execução e aplicação de sanções. As regras sobre padrões ambientais e trabalhistas dentro destes acordos, entretanto, costumam ser bastante flexíveis, apresentando pouca precisão, clareza e conformação de obrigações concretas. De igual modo, a solução de controvérsias costuma estar limitada às regras de proteção de investimentos e investidores (COSTA, 2006, p. 70).

Não obstante, o reconhecimento de regras internacionais sobre investimentos estrangeiros “contribui para melhorar o ambiente de negócios, aumentando a segurança jurídica para o investidor e reduzindo o risco em investir” (THORSTENSEN; MESQUITA; GABRIEL, 2018, p. 8-9).

A força econômica de empresas transnacionais investidoras ficou evidente ainda no início do século XXI, quando levantamento promovido pela UNCTAD, no ano de 2001, apurou que entre as 100 maiores economias mundiais, 71 eram países e 29 eram conglomerados transnacionais (FARIA, 2010, p. 34). Estes dados confirmam, portanto, que a corrida entre Estados para atrair investidores estrangeiros não é desarrazoada, já que os números obtidos podem maximizar o desempenho final de suas economias.

Noutra banda, a facilidade de transferir plantas industriais e unidades de trabalho, conforme seus interesses, confere às empresas transnacionais um extraordinário poder para negociar o local de expansão de suas atividades com qualquer Estado, independente do continente onde esteja localizado. E quando tais empresas não têm suas exigências atendidas,

retiram seus investimentos dos países que lhes oferecem obstáculo e tão logo os realocam em outros Estados (FARIA, 2010, p. 34).

Com efeito, o que determina a operação de uma empresa transnacional nos países hospedeiros é o suporte econômico oferecido. Assim, novas localidades tornam-se atrativas em detrimento de outras, porque oferecem vantagens competitivas, como incentivos fiscais e mão-de-obra qualificada (NETO, 2006, p. 100). O poder empresarial cresce diante dos Estados e, em lugar de as empresas competirem por novos territórios de consumo, são os Estados que competem entre si oferecendo incentivos na busca por capitais provindos do exterior.

Esta constatação torna inevitável a proliferação de questionamentos contra os acordos de investimentos firmados, que tendem a não se preocupar com os interesses da comunidade internacional ou do país receptor e, a menos que estes documentos passem a refletir um equilíbrio entre os direitos dos investidores estrangeiros e os interesses regulatórios dos países receptores de investimentos, terão sua viabilidade futura constantemente contestada, pois tendem a conter normas que geram desequilíbrio numa relação que se pretendia ser recíproca (SORNARAJAH, 2004, p. 267-208).

Assim, embora se verifique que a atuação dos países para atrair investimentos estrangeiros esteja relacionada ao objetivo de promover o desenvolvimento de sua economia interna, não é de se deixar à margem a constatação não menos importante de que as forças de mercado, representadas por grandes empresas e conglomerados transnacionais, veem nesta condição a própria fragilidade dos Estados, que ao competirem entre si por meio da oferta de incentivos, terminam por atender a interesses privados que, quase sempre, não coadunam com os ideais de promoção do bem-estar social.

4. OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

A admissão de recursos provindos do exterior está ligada à necessidade de desenvolvimento do Estado receptor, que tem a convicção de que poderá alcançá-lo por intermédio da transferência de capitais e de tecnologias provindas de empresas transnacionais que optarem por instituir atividades em seu território.

A partir das ligações do desenvolvimento com aspectos sociais, jurídicos, políticos, econômicos e culturais, a sua importância fez com que o termo transpusesse a esfera da economia e passasse a ser objeto de tutela pelo Direito, tanto na esfera internacional quanto no âmbito interno dos Estados.

Outrossim, a origem do “desenvolvimento” enquanto direito normativamente assegurado remonta à Carta da Organização das Nações Unidas de 1945, que no preâmbulo e no artigo 1.3, já destacava que os Estados componentes se comprometiam a preservar a igualdade de direito das nações grandes e pequenas e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do Direito internacional pudessem ser mantidos, a fim de promover o progresso social e melhores con-

dições de vida dentro de uma ampla liberdade, bem como promover uma maior cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário (ONU, 1945).

Já no ano de 1986, esse direito foi conclamado em caráter mundial em declaração própria, designada "Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento", adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, cujo preâmbulo cuidou de dispor que:

[...] o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes (ONU, 1986).

O desenvolvimento depende, então, da promoção de vários aspectos, com a finalidade de propiciar bem-estar à população e justa distribuição dos benefícios advindos da exploração das atividades econômicas fomentadas. Assim, o desenvolvimento de um Estado depende do seu crescimento econômico, mas também perpassa pela criação de estruturas necessárias para que os povos possam melhorar seus níveis básicos de vida em campos que vão desde educação e saúde até o consumo, lazer e informação.

Uma vez que são necessários recursos financeiros para efetivar o vulto de direitos exigidos pelo desenvolvimento, este fato determina o intenso fomento às atividades de comércio pelos Estados, bem como a busca por investimentos estrangeiros no cenário globalizado da economia mundial.

Segundo José Eduardo Faria (2010, p. 34), como condição para atrair ou reter investimentos, que são geradores de empregos e permitem a elevação dos níveis locais de atividade econômica dos Estados, os conglomerados econômicos não hesitam em exigir desde isenções tributárias a adaptações em legislações trabalhistas, previdenciárias e ambientais, além de outras inúmeras garantias estatais, financeiras e jurídicas.

Para José Eduardo Faria (2010, p. 35), a assunção dos países a estas exigências faz com que os governos abdicuem de parcelas significativas de sua autonomia decisória e regulamentar, favorecendo a exploração da força de trabalho nas condições que mais interessam ao capital. Isso faz com que os indivíduos passem a viver sem leis protetoras efetivamente garantidas em sua universalidade, numa lógica em que o avanço da desregulamentação da economia está aprofundando a desigualdade e a exclusão (FARIA, 1997, p. 48-50).

Por conta disso, Eduardo Saldanha (2009, p.14) discorre que é essencial a imposição de uma dimensão ética ao instrumento jurídico que, a seu turno, municia a economia com um "caráter reflexivo sobre os fins últimos da atividade jurídica e econômica em uma sociedade, interrompendo o isolamento dos métodos de análise essencialmente quantitativos e dogmáticos", a fim de inserir a necessidade de avaliação dos processos de geração e divisão da riqueza a partir do concurso entre o raciocínio ético e o raciocínio jurídico. Esta abordagem coloca o Direito numa posição que realmente tenha condições de responder questões relacionadas à distribuição de riqueza e ampliação de liberdades humanas, de forma a conciliar amplitude social com aos ditames da eficiência econômica.

A este despeito, Flávia Piovesan (2006, p. 389), discorre que há necessidade de acentuar a responsabilidade social das empresas, na medida em que elas são as grandes beneficiá-

rias do processo de globalização, exemplificando a importância de encorajá-las, por meio de normas jurídicas, a adotarem códigos de direitos humanos relativos à atividade do comércio, bem como impor-lhes sanções comerciais quando violarem direitos, dentre outras medidas, para exercer o controle dos investimentos financeiros internacionais.

Não obstante haja necessidade de atrair investidores, isso não pode significar a supressão de direitos à sociedade nacional que procura expansão econômica, tendo em vista que o desenvolvimento vai muito além de expressões numéricas, traduzindo-se, principalmente em respeito a direitos e promoção do bem-estar social.

A promoção desta dimensão ética exige dos Estados a adoção de posturas e estratégias que possam promover políticas públicas que tenham por objetivo não apenas captar investimentos, mas inseri-los numa dinâmica que permita sejam transformados em capital produtivo para os indivíduos, de modo a pôr fim na distribuição desigual de direitos e repartir de maneira sustentável os ganhos do capitalismo. Flávia Closs Fonseca (2008, p. 196-197) discorre neste sentido:

O investimento estrangeiro direto (IED) é uma das principais fontes de financiamento para o desenvolvimento dos países e é fundamental para a promoção do chamado desenvolvimento sustentável, uma vez que são necessários bilhões de dólares para melhorar os padrões de vida e reduzir a pobreza mundiais, bem como para substituir práticas insustentáveis por sustentáveis, seja em âmbito industrial, energético, ambiental entre outros.

[...] Faz-se necessário, neste sentido, estabelecer regras que não apenas atraiam investimentos estrangeiros, mas sejam capazes de promover o desenvolvimento dos países. O investimento estrangeiro pode produzir efeitos positivos e negativos no processo de desenvolvimento dos países, desde que corretamente administrado.

Desta maneira, a promoção de proteção a investimentos estrangeiros oriundos da atuação de empresas transnacionais sem a sua respectiva contrapartida na promoção do desenvolvimento dos países receptores não se mostra razoável, porque contraria os próprios fins perseguidos pelos Estados, além de dar ensejo a políticas negativas de supressão e violação de direitos humanos, como se depreende da análise do caso "*Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*".

O caso "*Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*" envolveu a empresa americana *Shell* e sua atuação na Nigéria. A questão foi apresentada à Suprema Corte dos Estados Unidos pelo povo *Ogoni*, sob o argumento de que a *Shell* havia sido cúmplice na violação aos direitos humanos cometidos contra a população daquela região da Nigéria durante a ditadura de Abacha, entre 1992 e 1995. No feito em questão, ficou comprovado que a corporação auxiliou e proveu recursos para que o governo da Nigéria realizasse a repressão contra os protestantes contrários à *Shell*, que desde o início da exploração das atividades petrolíferas naquela região causava danos ambientais e sociais. As violações incluíam atos de tortura, execuções extrajudiciais e crimes contra a humanidade. Para pôr fim a longa batalha judicial, em 2009, a *Shell* concordou em pagar US\$15,5 milhões aos parentes das vítimas (RUGGIE, 2014, p.63-64).

O caso suscitado remete à reflexão sobre a necessidade de se adotar medidas normativas internacionais e nacionais mais eficientes, no sentido de vincular a atuação das empresas transnacionais ao respeito aos direitos humanos, para que o desempenho destes

conglomerados possa realmente reverter em desenvolvimento para os Estados que recebem os seus investimentos.

No âmbito internacional, ainda no ano de 1973, a Organização das Nações Unidas criou uma Comissão para discussão da temática "empresas transnacionais e direitos humanos", cuja pretensão de elaborar um "Código de Conduta da ONU sobre Empresas Transnacionais" restou frustrada em razão da forte resistência por parte dos Estados. Contemporaneamente, o assunto voltou a ser destaque após a elaboração do chamado "*Marco Ruggie*" (em homenagem ao seu idealizador, John Ruggie) aprovado por consenso no âmbito das Nações Unidas, em 2011, e reconhecido por fixar os "Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos" (ONU, 2011).

O denominado "*Marco Ruggie*" contém 31 princípios, que foram elaborados com a fixação de três pilares orientadores, quais sejam, "proteger, respeitar e reparar". A partir daí, atribuiu-se aos Estados a obrigação de proteger os direitos humanos, às empresas a responsabilidade de respeitar os direitos humanos e a necessidade de que existam recursos adequados e eficazes para reparar danos, em caso de descumprimento destes direitos pelas empresas (ONU, 2011).

Com efeito, apesar de não se revestirem de caráter vinculante, os princípios oriundos do "*Marco Ruggie*" representam grande progresso para a discussão internacional da temática "empresas transnacionais e direitos humanos". Acerca do avanço para obrigações vinculantes, cabe ressaltar que na 26ª Sessão da ONU, ocorrida em 26 de junho de 2014, foi aprovada a Resolução A/HRC/26/L, que criou uma comissão intergovernamental cuja finalidade é preparar um instrumento internacional juridicamente vinculante para regular as atividades das empresas transnacionais.

Assim, não existindo uma regulamentação internacional de cumprimento obrigatório que limite a atuação das empresas transnacionais, cabe ao próprio Estado, portanto, exigir que a prática de atividades empresariais respeite as instituições normativas que dão amparo aos direitos humanos no seu âmbito interno, de modo a direcionar os fins da atividade econômica ao atendimento dos pressupostos do desenvolvimento.

Jurgen Habermas (2001, p. 65), se destacou ao afirmar que não é possível utilizar de maneira efetiva a função de alocação e de descoberta de mercados autorregulados sem arcar com os custos sociais e com as divisões díspares que são incompatíveis com as condições de integração das sociedades compostas de forma liberal e democrática. Assim, é de se ressaltar a importância de intervenção normativa do Estado no domínio econômico no objetivo promover ações que revertam em respeito aos direitos humanos e promoção de bem-estar social, pilares de realização do desenvolvimento.

Neste sentido, os estudos de Calixto Salomão Filho (2008, p. 97-100) dão destaque ao Direito como fator preponderante para regulação da atividade econômica e indução dos agentes à realização de escolhas que visem o bem comum, já que regras bem elaboradas são capazes de criar um ambiente cooperativo, em que decisões acabam sendo tomadas de maneira natural e não coercitiva.

Com efeito, segundo o Autor, criar um ambiente propício à cooperação é a tarefa institucional mais importante dos Estados:

Em primeiro lugar, como já se viu, a cooperação, diversamente do comportamento individual, não aparece naturalmente na sociedade. Não há nessa afirmação qualquer concepção hobbesiana da natureza humana, mas simplesmente o reconhecimento de que existem condicionantes sociais a dificultar seu comportamento. Essa condicionante é, basicamente, o receio do comportamento estratégico da contraparte. Se assim é – e essa parece ser uma presunção no mínimo razoável –, então basta o Direito criar condições para que desapareça esse receio para que a cooperação encontre campo fértil (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 100).

Calixto Salomão Filho (2008, p.101) ainda cuida de assinalar pontualmente que a presença da cooperação em setores regulados é fundamental para o desenvolvimento, porque assegura maior grau de efetividade às normas e decisões do órgão regulador, bem como assegura às partes a possibilidade de descobrir os comportamentos de maior proveito social em meio à atuação dos agentes de mercado.

A devida regulamentação das atividades dos agentes econômicos, aí incluídas as atividades dos investidores estrangeiros, deve ser feita, em primeiro lugar, no âmbito interno dos Estados, por meio do seu Poder Legislativo, para que fins desenvolvimentistas qualitativos sejam atendidos.

A este despeito, cabe ressaltar que o desenvolvimento é objetivo perseguido pela República Federativa do Brasil, cujos fins podem ser encontrados no artigo 3º, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

O artigo 170 da Constituição Federal do Brasil também dispõe sobre os princípios que regerão a atuação na ordem econômica, que, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”. No mesmo sentido, o artigo 219 da Constituição Federal do Brasil enaltece a importância do mercado para promoção do bem-estar, dispondo que “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País [...]” (BRASIL, 1988).

Pela descrição dos dispositivos constitucionais citados, é possível constatar que o desenvolvimento perseguido pela República Federativa do Brasil não se limita ao incremento de valores numéricos no mercado, mas insere uma dimensão qualitativa de melhoria das condições de vida da população. Para atenção destes fins, o constituinte também assegura a intervenção do Estado no domínio econômico, dispondo, no artigo 174, que “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento [...]” (BRASIL, 1988).

Havendo como exemplo as normativas constitucionais do Brasil, é de se concluir que não cabe ao Estado se distanciar de suas normativas internas de proteção e promoção do desenvolvimento para fins de atrair capitais estrangeiros. O desenvolvimento é finalidade e não pode ficar à margem de negociações que possam flexibilizar direitos que lhes são ínsitos, como direitos ambientais, trabalhistas e fiscais. A intervenção do Estado por meio do Direito para regulação destas áreas em face de investidores estrangeiros é essencial.

Jurgen Habermas (2001, p. 73) enaltece a necessidade de formação de uma consciência quanto à obrigatoriedade de solidariedade cosmopolita nas sociedades civis e nas esferas públicas políticas dos regimes geograficamente amplos que estão se desenvolvendo, pois apenas uma modificação na consciência dos cidadãos, efetiva em termos da política interna, bem como a autocompreensão dos atores capazes de atuar globalmente, poderá fazer com que eles se compreendam cada vez mais como membros do quadro de uma comunidade internacional e que, portanto, se encontram tanto submetidos a uma cooperação incontornável bem como ao respeito recíproco dos interesses.

É certo que o objetivo de qualquer empresa é atingir o lucro. E a expansão de empresas transnacionais para os diferentes países é orientada sempre pela possibilidade de maximização desses lucros. Contudo, mesmo a atividade empresarial deve observar os objetivos públicos de responsabilidade para com a promoção de desenvolvimento dos Estados, e ainda que esta não seja a máxima a ser perseguida pelas corporações, é um ideal que pode ser direcionado por intermédio da intervenção regulatória estatal.

E para propiciar o verdadeiro desenvolvimento, a atuação dos Estados quando da tentativa de atrair investimentos estrangeiros não deve acontecer sem primazia dos direitos humanos, porque crescimento econômico, por si, apenas, não significa desenvolvimento, quando o país deixa a desejar itens relacionados à proteção do meio ambiente, das relações de trabalho e outros mais. Enfim, uma atuação estatal mais ativa é necessária, no âmago de lutar para que o bem-estar social não seja subtraído aos interesses das forças de mercado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço da globalização e expansão dos mercados, com ápice em razão da revolução tecnológica, incidiu em um enfraquecimento da capacidade de resposta dos Estados nacionais por meio da fiscalização, controle e intervenção sobre os fluxos internacionais de capitais. O processo desencadeou uma crise na soberania dos Estados, que para bem se adaptarem a nova realidade do mercado globalizado, se viram obrigados a firmar acordos internacionais para regulamentação das relações econômicas difundidas em âmbito transnacional.

O avanço de ideais neoliberais de desregulamentação dos mercados encontrou solo fecundo e cresceu a atuação de empresas transnacionais investidoras, com ramificações em diversas regiões do planeta. O poderio econômico destes grandes conglomerados empresariais passou a ditar os rumos mesmo de políticas estatais, já que a busca por investimentos estrangeiros ocasionou a disputa entre Estados pela atração de novos investidores, por

intermédio da oferta de incentivos que, muitas vezes, incidem em flexibilização de normas nacionais de proteção aos direitos dos indivíduos.

A busca dos Estados por investimentos estrangeiros é legítima, principalmente quando se fala em países pobres, que veem na entrada de capital provindo do exterior a chance de alavancar sua economia interna, com a promoção de transferência de tecnologia, aprimoramento dos meios de produção e alocação de novos postos de trabalho. Contudo, a flexibilização de normativas de regulação do mercado para atrair investimentos externos pode significar apenas a atenção aos interesses de forças de mercado, sem compromisso para com o desenvolvimento interno dos países.

Os princípios contidos no "Marco *Ruggie*", de 2011, configuram o grande patamar de orientação da atuação das empresas transnacionais investidoras da esfera internacional. Muito embora seus pilares "proteger, respeitar e reparar" não se revistam de caráter vinculante, ainda assim, representam grande progresso para a discussão internacional da temática "empresas transnacionais e direitos humanos".

Neste contexto, a intervenção regulatória das atividades de mercado no âmbito interno de atuação dos Estados é a maior resposta para superar este *déficit* de obrigatoriedade das normativas estabelecidas no âmbito internacional. É necessário que o Estado conduza a realização do desenvolvimento por intermédio da devida intervenção normativa no domínio econômico, de maneira a compatibilizar a atuação das forças de mercado com o respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente porque o desenvolvimento, em sua acepção contemporânea, abrange esferas qualitativas de bem-estar humano.

A partir daí, vê-se a importância da ação governamental por intermédio do Direito, para fins de constituir um sistema normativo regulamentar capaz de enfrentar desigualdades sociais e compensar os desequilíbrios causados pelas forças de mercado, de modo a possibilitar o verdadeiro desenvolvimento, que não está ligado apenas ao vulto de riquezas e investimentos inseridos na sociedade. Neste diapasão, a intervenção estatal é essencial à promoção de complementaridade entre crescimento dos mercados e desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Elizabeth. Globalização x soberania em blocos econômicos. In: *Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo*. Org. Sidney Guerra. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.
- BAPTISTA, Luís Olavo. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- BECK, Ulrich. *O que é a globalização? Equívocos do globalismo: resposta à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo, Malheiros, 2005.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Distrito Federal: Assembleia Nacional Constituinte, 1988.

- COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no MERCOSUL – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?. *Revista Brasileira de Política Internacional*. 49 (2): P. 60-77 [2006]. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v49n2/a04v49n2.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2020.
- DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DUPAS, Gilberto. *Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão*. Estudos Avançados 11 (30), 1997.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- FURTADO, Celso. *Pequena introdução ao desenvolvimento econômico: enfoque interdisciplinar*. São Paulo: Nacional, 1980.
- FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional – ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- ITAMARATY. *Banco Mundial*. Distrito Federal: Ministério das Relações Exteriores, 2020. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/120-banco-mundial>. Acesso em: 09 ago. de 2020.
- LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional*. 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- NETO, José Cretella. Empresas transnacionais e investimentos. In: *Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo*. Org. Sidney Guerra. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.
- OMC. *Acordo sobre medidas de investimento relacionadas ao comércio*. Marraquexe: Organização Mundial do Comércio, 1995. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-externor/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>. Acesso em: 23 mai. 2020.
- ONU. *Carta da ONU de 1945*. Nova York: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1945.
- OMC. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. Nova York: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1986.
- OMC. *Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos*. Nova York: Assembleia Geral das Nações Unidas, 2011.
- PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
- PIOVESAN, Flavia. Globalização de direitos humanos. In: *Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo*. Org. Sidney Guerra. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.
- ROULAND, Norbert. *Aux confins du droit*. Paris: Éditions Odile Jacob, 1991.
- RUGGIE, John Gerard. *Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos*. São Paulo: Abril, 2014.
- SALDANHA, Eduardo. *Desenvolvimento e comércio internacional: a América latina e o tratamento especial e diferenciado*. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/84/84131/tde-10102012-104428/pt-br.php>. Acesso em: 20 maio 2020.

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

SEN, Amartya. *O desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

SORNARAJAH. *The international law on foreign investment*. 2 ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2004.

THORSTENSEN, Vera; MESQUITA, Alebe Linhares; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *Regulamentação internacional do investimento estrangeiro: desafios e perspectivas para o Brasil*. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento LTDA, 2018.

Recebido/Received: 22.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: BOAS PRÁTICAS FISCAIS PARA ATINGIR JUSTIÇA GLOBAL

INTERNATIONAL COOPERATION: FISCAL
GOOD PRACTICES TO ACHIEVE GLOBAL JUSTICE

MARIANA PASSOS BERALDO¹

WAGNER MENEZES²

GERALDA CRISTINA DE FREITAS RAMALHEIRO³

RESUMO

Em 2019, apurou-se que 17% de toda a riqueza global, detida por, no máximo, 0,1% das pessoas no planeta é gerenciada por jurisdições de sigilo financeiro. Essa investigação buscou, após apresentar as limitações e as abrangências conceituais do conceito de justiça fiscal, identificar o mecanismo adequado para atingir a justiça fiscal, em patamar global. Isto porque é consenso que, em um momento de crescente desigualdade global de riqueza, o *tax avoidance* deve ser combatido, sendo esta uma luta que ultrapassa os limites territoriais dos Estados. Trata-se de uma pesquisa de natureza aplicada, que visa gerar conhecimento voltado à solução da problemática exposta, cujo problema foi abordado pela ótica qualitativa e com objetivo exploratório, viabilizado pelo estudo bibliográfico, cuja coleta de material focou na produção doutrinária internacional, escrita quase que na totalidade em língua inglesa e publicada, nos últimos 5 anos, amparado pelo método indutivo. O resultado apontou ser imprescindível a união das nações, adotando medidas de cooperação internacional, para atingir justiça fiscal, em patamar global. Ressaltou-se também a necessidade da ampliação de pesquisas sobre as percepções globais de justiça e a formulação de uma agenda, com a ampla participação pelos Estados, Organizações Internacionais e sociedade civil, para discutir a questão em debate.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Planejamento fiscal agressivo. Concorrência fiscal prejudicial. Cooperação fiscal internacional. Justiça fiscal global.

- 1 Mestranda em Direito Internacional e Europeu na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa - FDUNL e investigadora integrada no CEDIS - Centro de I&D sobre Direito e Sociedade da mesma Faculdade. Pesquisadora colaboradora do Curso de Mestrado Profissional em Direito da Universidade de Araraquara - UNIARA. Professora assistente da Universidade de Araraquara - UNIARA e Tutora de Ensino à Distância na mesma Universidade. Advogada. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0001-9268-9252>. E-mail: mariana@pss.adv.br.
- 2 Mestre (PUCPR). Doutor (USP) (2007). Pós Doutor (Università Degli Studi di Padova - Itália) (2008). Livre-docente em Direito Internacional, USP, 2012. Professor Doutor na USP desde 2009. É professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP - no programa de graduação e pós-graduação em Direito. Consultor da Organização das Nações Unidas - ONU no Programa de combate a pirataria no mar, tráfico de drogas e armas. ORCID id: <https://orcid.org/0000-0002-5850-9032>. E-mail: wm@wagnermenezes.org.
- 3 Doutoranda em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente na Universidade de Araraquara - UNIARA. Mestre em Gestão de Organizações e Sistemas Públicos pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCAR. Pesquisadora colaboradora dos Cursos de Mestrado Profissional em Direito e Mestrado em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente da Universidade de Araraquara. Analista na Incubadora de Empresas de Araraquara. ORCID id: <https://orcid.org/0000-0002-6699-8235>. E-mail: gee.cristina@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

BERALDO, Mariana Passos; MENEZES, Wagner; RAMALHEIRO, Geralda Cristina de Freitas. *Cooperação internacional: boas práticas fiscais para atingir justiça global*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 175-188, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8119>.

ABSTRACT

In 2019, it was found that 17% of all global wealth, held by a maximum of 0.1% of people on the planet is managed by financial secrecy jurisdictions. This investigation aimed, after presenting the limitations and conceptual scope of the concept of tax justice, to identify the appropriate mechanism to achieve tax justice, at a global level. The study is justified by the fact that there is a consensus that, in a moment of increasing global wealth inequality, tax avoidance must be combated, which is a struggle that goes beyond the territorial limits of the States. It is a research of an applied nature, which aims to generate knowledge aimed at the solution of the exposed problem, whose problem was approached from a qualitative perspective and with an exploratory objective, made possible by the bibliographic study, whose collection of material focused on the international doctrinal production, written almost that entirely in English and published in the last 5 years, supported by the inductive method. The result showed that the union of nations is essential, adopting international cooperation measures to achieve fiscal justice, on a global level. It also highlighted the need to expand research on global perceptions of justice and to formulate an agenda, with broad participation by States, International Organizations and civil society, to discuss the issue under debate.

Keywords: Globalization. Aggressive tax planning. Harmful tax competition. International tax cooperation. Global tax fairness.

1. INTRODUÇÃO

Os relatórios "Offshore Leaks", "Swissleaks", "Luxleaks" e "Panama Leaks" produzidos pela *International Consortium of Investigative Journalists* – ICIJ (2013; 2014; 2015; 2016) chegaram às manchetes a partir de 2013, deflagrando vazamentos sobre *offshore*, paraísos fiscais e escândalos envolvendo sonegação e esquemas tributário agressivo, atividades tributárias até então pouco conhecidas (BARANGER, 2017; VAN HORZEN, 2017).

Segundo o The Boston Consulting Group, no mundo, aproximadamente 9,6 trilhões de dólares, que representou 17% de toda a riqueza global em 2019, são gerenciados por jurisdições de sigilo financeiro, sendo a Suíça o principal destino, seguindo por Hong Kong e Cingapura. A empresa de consultoria destacou ainda que a pandemia do Covid-19 tende a levar a um aumento, a curto prazo, dos fluxos de capital transfronteiriços, devendo os investidores optar por movimentar seus ativos móveis para paraísos fiscais (ZAKRZEWSKI et al., 2020).

A maior parte da riqueza que é destinada para jurisdições com regimes tributários preferenciais e prejudiciais advém de uma rede opaca de empresas, fundos fiduciários e fundações, que pertencem, no máximo, a 0,1% das pessoas no planeta. Muito desse investimento deriva de sonegação de impostos, cleptocracia, lavagem de dinheiro, suborno e outras atividades criminosas. Como resultado, contribuintes pessoas físicas e grandes corporações transnacionais não materializam a *fair share* e deixam de recolher tributos que financiariam o custeio e a prestação de serviços essenciais dos Estados, especialmente no caso dos países em desenvolvimento.

Destaca-se que em um momento de crescente desigualdade global de riqueza, tolerar a *tax avoidance* é simplesmente inaceitável (HENRY, 2016). Para reverter este quadro, cresce o entendimento de que a tributação progressiva sobre o rendimento da pessoa coletiva pode representar o principal instrumento de promoção da justiça em uma democracia liberal (GRINBERG, 2016). Contudo, o cumprimento da *fair share* e a promoção da justiça na esfera fiscal, precisam ir além da mera coordenação dos sistemas fiscais que propicia cooperação

e troca de informações entre administrações tributárias, mas mantém lacunas e diferenças que possibilitam os comportamentos indesejáveis, tais como evasão e planejamento fiscal agressivo. Assim, em um mundo global, a justiça fiscal efetiva ultrapassa os parâmetros e limites do Estado, devendo ser pensada em termos globais e não mais na esfera doméstica dos Estados (DAGAN, 2017).

Diante do cenário exposto, o presente estudo busca responder a seguinte questão: como garantir justiça fiscal, em patamar global, diante da ausência de uniformidade das regras fiscais? O objetivo é discutir as limitações e as abrangências conceituais do termo justiça fiscal global frente ao mapeamento do desajustamento dos sistemas fiscais e identificar a ferramenta disponível mais adequada para atingir a justiça fiscal, em patamar global. A justificativa para o estudo proposto deve-se ao fato da concretização da justiça estar intimamente relacionada com a redução das desigualdades sociais e promoção da igualdade, que por sua vez, estão elencados como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). Ademais, a cooperação entre as nações está entre os propósitos da Carta das Nações Unidas, promulgada pelo Decreto Federal nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, disciplinados pelo artigo 1, que visa no item n. 3, "conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião" (BRASIL, 1945).

Para materializar tais objetivos, foi adotada a seguinte estratégia metodológica: pesquisa de natureza aplicada, pois visa gerar conhecimento voltado à solução da problemática exposta, cujo problema foi abordado pela ótica qualitativa e com objetivo exploratório, viabilizado pelo estudo bibliográfico, cuja coleta de material focou na produção doutrinária internacional, escrita quase que na totalidade em língua inglesa e publicada, nos últimos 5 anos, amparado pelo método indutivo. Em relação aos procedimentos metodológicos, adotou-se a revisão integrativa enquanto ferramenta analítica. A base de consulta escolhida foi *Kluwer Law Online* e as referências foram localizadas a partir das expressões: "*global tax justice*", "*global tax fairness*" e "*internacional tax cooperation*".

A partir da execução de tal estratégia, esse trabalho, dentro de um encadeamento lógico, foi organizado em quatro seções que se entrelaçam e se completam. Em termos práticos, ao longo do texto será constatado que a intensificação da cooperação dos Estados e a adoção de boas práticas fiscais se mostram como ferramentas adequadas para a promoção da justiça fiscal, em patamar global. Observa-se ainda a necessidade da ampliação de pesquisas sobre as percepções globais de justiça e a formulação de uma agenda, com a ampla participação pelos Estados, Organizações Internacionais e sociedade civil, para discutir a questão em debate.

2. O DESAJUSTAMENTO DOS SISTEMAS FISCAIS NACIONAIS FRENTE A REALIDADE ECONÔMICA GLOBAL COMO OBSTÁCULO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL

Nas décadas mais recentes, os sistemas fiscais nacionais foram seriamente abaladas pelos efeitos nefastos da globalização no âmbito da fiscalidade (TANZI, 1999; 2000). Com a intensificação da concorrência fiscal, indivíduos e empresas passaram a ter mais liberdade na escolha de como e onde investir, minando assim, criticamente a capacidade dos Estados de promover a redistribuição doméstica da justiça, razão pela qual, a visão de justiça fiscal em patamar global cada vez mais se fortalece (DAGAN, 2017).

O mercado econômico global, marcado pela globalização da marca e operações, impactou na forma como as empresas multinacionais (EMNs) são estruturadas e gerenciadas. A competição global, a pressão crescente nos custos de produção, operação e necessidade do investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D) resultam em uma pressão descendente nas margens e na lucratividade. Assim, as empresas precisam evoluir e se concentrar em maximizar as margens, inovando, melhorando a qualidade, concentrando-se em aumentar a eficiência operacional, reduzindo custos e gerenciando riscos. Mais do que nunca há necessidade de se traçar uma estratégia tributária adequada e eficaz, já que o elemento fiscal passa ser definidor na escolha de como e onde investir. Por consequência, a globalização tornou o planejamento tributário mais complexo e criando a necessidade de se alinhar a estratégia tributária com a realidade corporativa, estrutural e operacional (FINNERTY et al., 2007).

É consenso que no complexo ambiente de negócios de hoje, a estratégia tributária precisa ser global e tem como objetivo final alcançar e manter uma taxa de imposto efetiva mundial mais baixa. (FINNERTY et al., 2007) Contudo, todo esse movimento para obter melhor desempenho e superar a competitividade do mercado mundial, fez com que as EMNs se aproveitassem de esquemas e manobras empresariais, classificados como planejamentos fiscais agressivos, cuja a finalidade primeira e muitas vezes, única, seja reduzir ou eliminar a carga tributária decorrente de suas atividades (PASSOS; BERALDO, 2020).

Ainda no âmbito deste estudo, deve-se ser observado o impacto da globalização sob a ótica dos Estados. Referido fenômeno apresenta consequências contraditórias, pois o mesmo Estado que é, cada vez mais, dependente dos impostos para se financiar (finalidade fiscal), precisa também atuar de forma extrafiscal, com o objetivo de influenciar os comportamentos e/ou suprir as falhas de mercado, de justiça e de equidade (PIRES, 2018).

Nota-se que a mobilidade dos agentes econômicos, facilitada por elementos como comércio eletrônico, moeda digital, relações comerciais entre empresas do mesmo grupo, utilização de centros financeiros *offshore* e proliferação dos paraísos fiscais e regimes fiscais prejudiciais, reflete profundamente e negativamente na arrecadação das receitas fiscais, abalando os sistemas fiscais tradicionais (JOHANNESSEN, 2010; JOSEPH, 2004; TANZI, 2000).

Acrescenta-se a isso, o fato dos ordenamentos jurídicos domésticos não estarem coordenados quanto a identificação do sujeito tributável (quem tributar) e do objeto tributável (o que tributar), bem como, a identificação de diferenças mútuas na alocação da base tributável (onde tributar) acaba desencadeando, nas relações transfronteiriças, em lacunas e sobrepo-

sições, que refletem em situações de dupla tributação e outras de não tributação econômica, por exemplo descasamentos de entidades híbridas, de rendimentos híbridos e de alocação da base tributária ou jurídica, no caso de aplicações díspares dos princípios tributários internacionais de nacionalidade, residência ou fonte (DE WILDE, 2015).

Outro desafio atual está na efetiva tributação da economia digital, já que a renda oriunda dessa forma de se fazer negócios ainda não é satisfatoriamente tributada, o que afronta os princípios da capacidade de pagamento⁴ e o princípio da neutralidade, com consequente violação da estabilidade dos sistemas tributários (PIRES, 2017).

Todo o panorama narrado, tem resultado em Estados como atores cada vez mais estratégicos, já que diante da dificuldade de exercer sua soberania tributária, passaram a competir entre si com o objetivo de atrair investimento. Essa competição fiscal pode se dar de diversas formas, estando entre as principais medidas: (i) adoção de modelo de tributação territorial, com limitação aos lucros obtidos dentro do Estado de residência e exclusão dos lucros obtidos no exterior; (ii) isenção pelos Estados da fonte dos rendimentos oriundos dos serviços desmaterializados, tal como serviços financeiros e decorrente da economia digital; (iii) não tributação ou tributação significativamente mais baixa, visando atrair registro de patentes (DOURADO, 2019a). Verifica-se a partir da década de 60 a propagação de pequenos territórios com políticas de sigilo bancário e total falta de clareza quanto à identificação dos contribuintes e ausência de tributação (DOURADO, 2019a).

Desta forma, o desafio instituído a partir da realidade econômica e política global consiste na definição do âmbito e escopo da política pública (ADAM; KAMMAS; LAGOU, 2013; HAUPT; PETERS, 2005; SCHÖN, 2000). Isso porque as nações podem oferecer diferentes cestas de políticas, programas, projetos e ações públicas, de âmbitos fiscais, sociais e econômicos, as quais estão interligadas e mutuamente influenciáveis. Trata-se de uma rede de respostas mitigadoras que são implementadas para garantir a soberania e a capacidade de produzir a cidadania e o bem-estar social da população local, mas que acabam ocasionando espaços, lacunas e diferenças das legislações nacionais que podem ser aproveitadas pelo contribuinte em detrimento dos Estado tributante.

Portanto, a globalização provocou desajustes e conflitos políticos, econômicos e sociais e tem sido responsável por profundas implicações e alterações nos poderes e regras tributárias nacionais e internacionais, impactando no ordenamento fiscal soberano de cada nação (PIRES, 2017). Contribuintes pessoas físicas e grandes EMNs estão se aproveitando de um "sistema global de taxação transfronteiriça fragmentado e incoerentemente regulado para evadir e/ou elidir impostos" (OBENLAND, 2017, p. 03), dificultando o cumprimento da *fair share*, quebrando a neutralidade fiscal, aumentando a desigualdade e impedindo a concretização da justiça fiscal.

No contexto da justiça fiscal global, importantes considerações devem ser analisadas, tal qual indicado na sequência.

4 conhecido como *ability-to-pay principle*

3. APONTAMENTOS SOBRE AS PRINCIPAIS PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA FISCAL

Tradicionalmente, a justiça fiscal tem sido avaliada sob duas perspectivas principais. A primeira busca verificar como o sistema tributário deve ser usado para fornecer igualdade aos indivíduos, por exemplo a igualdade de oportunidades. Esta perspectiva fundamenta-se no escopo da justiça fiscal distributiva, que se refere à substância do sistema tributário e os respetivos impacto da alocação de recursos na dinâmica das interações pessoais. A segunda perspectiva é alicerçada na ótica processual da justiça fiscal, e se refere ao caráter legítimo e democrático das regras que envolvem o processo de tomada de decisão em questões tributárias.

No âmbito deste artigo, chama atenção a segunda perspectiva. Isso porque, em um contexto transfronteiriço, a justiça vista sob a perspectiva processual se preocupa com regras destinadas a permitir que os países façam por exemplo, escolhas fiscais sobre o tamanho do orçamento e o nível de redistribuição doméstica. Assim, a perspectiva processual poderia ser considerada um pré-requisito para se alcançar a justiça fiscal substantiva e distributiva (PIRLOT, 2020).

Para uma visão cosmopolita, a justiça distributiva deve ser global, e aplicada universalmente a todos os seres humanos em todo o mundo. Em contrapartida, os proponentes da justiça política sustentam a dualidade de um regime de justiça, distinguindo firmemente os níveis nacional e global. Contudo, cada vez mais tem prevalecido que a justiça será efetiva se pensada em nível global, isso porque, a competição fiscal na era da globalização mudou drasticamente a capacidade dos Estados de sustentar as condições necessárias para a provisão de justiça. Assim, a capacidade dos Estados (ricos e pobres) de sustentar unilateralmente as condições domésticas necessárias para à promoção da justiça, está sendo prejudicada (DAGAN, 2017).

Neste contexto, salienta-se que “a justiça pode ser utilizada para avaliar diferentes situações, desde o Direito Penal à economia de mercado e à capacidade contributiva” (DOURADO, 2019a, p. 464). Tradicionalmente, o principal instrumento para se assegurar a justiça é a lei, estritamente associada à soberania do Estado. Entretanto, não somente na área fiscal, mas em todos os ramos do direito, é possível verificar há algumas décadas, o crescimento das “influências recíprocas de diferentes legislações e ordenamentos estaduais, infraestaduais e supraestaduais na procura da melhor solução para determinados problemas comuns que podem designar problemas globais” (DOURADO, 2019a, p. 459), fato este que pode propiciar o enriquecimento da lei nacional, mas ao mesmo tempo, pode contribuir para o enfraquecimento da soberania tributária.

Justamente em razão do cenário de investimento e trabalho globalizado, com maior mobilidade dos agentes e bases de tributação, as Organizações Internacionais - OIs, como OCDE, FMI, Banco Mundial, Nações Unidas; as organizações supranacionais, como a EU; e organizações especializadas como a ATAF (*African Tax Administration Forum*) tem tratado do conceito de justiça fiscal, acentuando assim o pluralismo jurídico e dando um conteúdo supranacional para questões domésticas e internacionais, tais como transparência tributá-

ria, cooperação entre administrações tributárias, ações para minimização e combate a evasão e ao planejamento tributário agressivo (DOURADO, 2019a).

Essas organizações têm explorado o conceito de justiça fiscal, principalmente, de uma perspectiva econômica, na medida em que exigem o pagamento da parcela justa⁵ pelas EMNs e estimulam a concorrência justa⁶ entre Estados, além de demonstrarem uma preocupação com a necessidade de aumentar os níveis de arrecadação fiscal para possibilitar a prestação dos serviços públicos, buscando para isso, tornar as administrações tributárias mais eficientes e justas, exemplos no combate à corrupção e ao planejamento tributário agressivo (BURGERS; VALDERRAMA, 2017).

Ocasionalmente, outras perspectivas de justiça, além da econômica são exploradas nas medidas e posicionamentos das OIs. Alguns relatórios dessas organizações refletem uma perspectiva filosófica e política de justiça, tal como quando: (i) o FMI e o Banco Mundial se referem a questões de legitimidade, fundamentando ser injusto que as empresas locais não sejam competitivas e que os países em desenvolvimento devem ter voz no debate sobre a cooperação regional e global; (ii) a UE e a ATAF se referem ao acordos firmados entre contribuinte e Estado, sob uma abordagem filosófica; ou (iii) quando a OCDE menciona que os cidadãos se tornaram mais sensíveis às questões tributárias, o que mostra preocupação com a dimensão política da justiça (BURGERS; VALDERRAMA, 2017).

A dimensão política da justiça é aparente quando OCDE, FMI, Banco Mundial, Nações Unidas expressam preocupações sobre participação dos países em desenvolvimento na discussão do BEPS e cooperação internacional para estabelecer sistemas tributários justos nos quais os cidadãos possam confiar (BURGERS; VALDERRAMA, 2017).

A relevância da contribuição dessas OIs é verificada quando, em resposta à discussão global sobre justiça no contexto do Projeto BEPS, da G20/OCDE, alguns países mudaram sua legislação doméstica. Em 2015, o Reino Unido e a Austrália decidiram incluir um novo imposto com incidência sobre lucros desviados para garantir que as EMNs paguem sua parcela justa de impostos. A abordagem da Austrália e do Reino Unido concentra-se no pagamento de multinacionais da parcela justa, independentemente dessas multinacionais contribuírem de acordo com a lei. Na Austrália, o novo imposto visa impedir que EMNs que vendem bens e serviços a residentes australianos, evitem os impostos australianos por meio da limitação artificial da sua presença tributável na Austrália. No Reino Unido, o principal objetivo do imposto sobre lucros desviados é combater o planejamento tributário agressivo usado por muitas EMNs para transferir lucros da jurisdição do Reino Unido. Portanto, essas legislações nacionais visam impedir o planejamento tributário agressivo para que as EMNs cumpram com a *fair share* (BURGERS; VALDERRAMA, 2017).

Referidas iniciativas unilaterais são refutadas pela OCDE, que sustenta que sem uma abordagem global coerente, problemas como os que deram origem ao BEPS provavelmente ressurgirão (BURGERS; VALDERRAMA, 2017).

Desta forma, em um mundo globalizado, tem prevalecido a necessidade do emprego de políticas fiscais adequadas e eficazes para manutenção da soberania tributária nacional e propagação do bem-estar e justiça fiscal, sendo insuficiente que os Estados considerem uni-

5 cumprimento da *fair share*

6 *fair tax competition*

camente seus sistemas jurídicos domésticos para atingir a igualdade e proporcionar justiça, devendo haver cooperação na busca por soluções globais (DAGAN, 2017).

4. HARMONIZAÇÃO DAS REGRAS FISCAIS PARA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL GLOBAL

Os escândalos tributários retratados na introdução lançaram alguma luz sobre a importância da transparência tributária envolvendo não apenas fraudes fiscais, mas também evasão fiscal e planejamento tributário agressivo (BARANGER, 2017), além de terem intensificado os debates sobre a governança corporativa e fiscal, a cooperação entre administrações tributárias e o cumprimento da *fair share* ou *do ability-to-pay principle* como meios de maximizar o bem-estar global e distribuí-lo com justiça, de forma global.

Estudiosos da tributação internacional e os formuladores de políticas ao se envolverem substancialmente nos aspectos práticos da tributação sobre o rendimento no mundo globalizado, ressaltaram a erosão das bases tributárias dos Estados e se empenharam em explorar possíveis soluções, destacando dentre elas, a intensificação da cooperação internacional como tentativa de sustentar as bases tributárias, que por sua vez, possibilita melhor distribuição do bem-estar social (DAGAN, 2017). Contudo, sugere-se que retórica da justiça tributária ainda tem prevalecido em relação a adoção de uma verdadeira agenda substantiva sobre justiça tributária, que implicaria por exemplo, na adoção de políticas fiscais que pudessem oferecer oportunidades econômicas iguais aos cidadãos (PIRLLOT, 2020).

Uma série de projetos que incentivam a cooperação, visando o aumento da transparência fiscal e a redução da sonegação fiscal, tem sido objeto da OCDE/G20, desde 2012. Entre as ações apontadas estão: (i) a troca automática de informações sobre renda e ativos transfronteiriços entre autoridades fiscais; (ii) registro público dos verdadeiros beneficiários efetivos de empresas e trustes; (iii) relatório por país de lucros, ativos, vendas, emprego e unidades de negócios corporativos; (iv) regulamentos mais rígidos contra a lavagem de dinheiro; (v) repartir as receitas de impostos corporativos de acordo com a localização das atividades econômicas reais e não das empresas de fachada baseadas em paraísos artificiais; (vi) regulamentação mais rígida das jurisdições bancárias privadas transnacionais, lavagem de dinheiro e sigilo financeiro; e (vii) restringir os incentivos fiscais que investidores individuais e corporativos agora precisam se tornar "cidadãos do nada" para fins fiscais (HENRY, 2016).

Dentre exemplos de experiências bem-sucedidas neste sentido pode-se mencionar o *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*⁷ da OCDE que

7 O Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais é um trabalho multilateral sobre transparência e troca de informações para fins fiscais é realizado por membros e não-membros da OCDE desde 2000, atualmente 161 membros, juntamente com 19 observadores. Desde sua reestruturação em 2009, o Fórum Global tornou-se o principal organismo internacional que trabalha na implementação das normas internacionais sobre transparência tributária. O Fórum Global garante que esses altos padrões de transparência e troca de informações para fins fiscais estejam em vigor em todo o mundo por meio de suas atividades de monitoramento e revisão por pares. O Fórum possui um programa de assistência técnica para seus membros visando garantir os benefícios de maior transparência tributária e cooperação internacional para a comunidade mundial, bem como, garantir que os países em desenvolvimento se beneficiem do novo ambiente transparente de impostos. Para maiores informações acessar: <https://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/>

visa o combate aos paraísos fiscais e a concorrência prejudicial. Por outro lado, tentativas de implementação de *hard law* supranacionais não são garantia de uma abordagem comum dos Estados-Membros como pode ser verificado na iniciativa da *Caribbean Community and Common Market* - CARICOM⁸ (BURGERS, 2017; VAN HORZEN, 2017).

O sucesso desses projetos, que visam reduzir a evasão fiscal, aumentando a arrecadação das receitas tributárias com a transferência de riqueza de países mais ricos para os mais pobres permitindo com isso maximizar o bem-estar global e a distribuição deste com justiça, depende da maior cooperação entre os Estados. Contudo, a natureza descentralizada predominante da tributação internacional cria sérios entreves para tanto. Sendo assim é necessário que as nações se conscientizem quanto a necessidade da preservação das bases tributárias e trabalhem juntos para inibir a concorrência fiscal, a evasão fiscal e planejamentos fiscais agressivos, a corrupção local e cartéis governamentais.

Desta forma, o combate eficaz à essas práticas que minam as receitas fiscais dos Estados e impactam na prestação dos serviços sociais necessários para redução da desigualdade deve ser conjunto, por meio de medidas como ampla cooperação internacional e troca global de informações pode reforçar a concorrência eficiente (DAGAN, 2017).

No mesmo sentido acredita-se, também, que o conceito de *tax fair competition* deve ser melhor empregado e juntamente com o conceito crescentemente utilizado da *fair share* na tributação (PIRES, 2018). Em um discurso em 2016, o Comissário da EU Vestager explicou “por que a tributação justa é importante”, afirmando o seguinte:

Para mim, essa questão da justiça é a mensagem mais importante da aplicação das regras em matéria de auxílios estatais na forma fiscal e sendo meu dever, como Comissário da Concorrência, garantir que as regras sejam aplicadas de maneira justa a qualquer empresa que faça negócios no setor. (...) Os contribuintes não precisam pagar a conta deixada pelas empresas que evitam impostos. E o público deve confiar que há igualdade e justiça para todos, e não apenas para algumas empresas bem conectadas (VESTAGER, 2016, s.p).

A concorrência fiscal justa significa que um país terceiro não deve aplicar medidas fiscais prejudiciais na área da tributação das empresas (DOURADO, 2019b). Sendo assim, imprescindível a distinção de práticas fiscais justas e prejudiciais, apesar da ausência de consenso sobre o que é uma ‘taxa de imposto efetiva baixa’ ou ‘um nível efetivo de tributação significativamente mais baixo, incluindo tributação zero, do que os níveis que geralmente se aplicam no país terceiro’.

O conceito da *fair tax competition*, que conta com a exigência de um nível mínimo de tributação em países terceiros foi incluído no Pacote Antielisão da UE (COMISSÃO EUROPEIA, 2016) e faz parte da estratégia externa, com países terceiros, da UE sobre boa governança tributária. Ademais, a nível UE, o Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas (1997) representa um compromisso político dos Estados-Membros que visa combater a concorrência fiscal prejudicial.

8 Os Estados-Membros da CARICOM firmaram em 1 de junho de 1973 acordo para harmonização dos incentivos fiscais para a indústria. Essa iniciativa, ao contrário do que se esperava quando da assinatura, não resultou em na pacificação da abordagem sobre incentivos fiscais pelos Estados-Membros.

Assim, uma melhor coordenação dos Estados, a partir de harmonização das regras fiscais que visam inibir comportamentos nocivos para a maximização do bem-estar e justiça global, colaboraria ainda para uma governança global.

A governança global proposta pelas OIs cobre questões semelhantes: (i) preocupação e medidas para evitar concorrência prejudicial, sonegação e evasão fiscal e incentivos fiscais desnecessários; (ii) o mapeamento dos incentivos fiscais previstos; (iii) o mapeamento de vantagens e desvantagens de esquemas baseados em volume versus incrementais, bem como de esquemas direcionados; (iv) trabalhar na medição de custos e benefícios de incentivos fiscais e a eficácia de incentivos fiscais; (v) assessoria aos governos na avaliação do sucesso e / ou fracasso dos esquemas de incentivos fiscais; e (vi) assessoria aos governos na obtenção de transparência jurídica, econômica e administrativa (VAN HORZEN, 2017).

Outro exemplo de ação que envolve a harmonização de regras fiscais visando a preservação das receitas tributárias, trata-se da regra global anti-erosiva, intitulada GloBE, esboçada no primeiro semestre de 2019, no *OECD/G20 Inclusive Framework* (IF) do Projeto BEPS. A proposta consiste em um imposto mínimo global, que serviria como uma solução potencial de consenso global para os desafios da digitalização e os desafios remanescentes de Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros (BEPS) relacionados à economia dos digitais. A solução de consenso global poderia, compreensivelmente, compreender um padrão mínimo global de tributação dos rendimentos transfronteiriços e uma recomendação de melhores práticas, foi adotada apenas por um subconjunto de jurisdições do IF. Considera-se que o apoio expresso dos Ministros das Finanças do G7 ao imposto mínimo possa ser considerado um fator determinante para aumentar a adesão ao projeto GloBE, contudo resta saber se os países restantes que compõem o G20, bem como os outros membros do FI, irão, de fato, aderir a essa proposta audaciosa (HO; TURLEY, 2019).

Todas as medidas mencionadas, como a propagação da governança global, adoção de estratégias para observância da *fair share* e da *tax fair competition* poderiam levar a uma maior coordenação dos sistemas fiscais nacionais que, a longo prazo, poderia resultar em harmonização, não só em patamar regional, mas em termos globais das questões de governança, como transparência jurídica, econômica e administrativa, voluntariamente ou através de *hard law*. O papel de liderança do G20 nas ONU pode, a longo prazo, resultar em um consenso convincente em relação às normas formuladas, debatidas e implementadas por institutos internacionais, supranacionais e intergovernamentais (VAN HORZEN, 2017).

Uma opção mais extrema seria exigir, em nome da justiça fiscal global, a adoção de recomendação de melhores práticas fiscal em nível multilateral, por meio de uma convenção multilateral adotada em larga escala. Para alguns, os esforços cooperativos e a interdependência dos Estados em um regime multilateral seriam suficientes para dar origem a um dever supranacional de justiça.

Entretanto, os defensores da justiça política estrita afirmam que isso não é suficiente para justificar tal dever de justiça, pois apenas a instituição de um Estado fiscal global ou multilateral (ou algo próximo a ele) possibilitaria tal feito, já que certamente a cooperação multilateral que estabelecesse um Estado global ou Federação de Estados teria que aderir aos princípios de justiça no tratamento de seus constituintes, a fim de adquirir legitimidade. Tal regime poderia, de fato, ser a melhor resposta às preocupações de justiça de cosmopolitas e estatísticos; no entanto, não é apenas uma solução inviável, mas provavelmente

também uma solução injustificada. Um Estado global provavelmente não responderia particularmente às preferências de seus constituintes, sofreria uma concentração excessiva de poder e falta de prestação de contas, além de ter um sério problema de eficiência (DAGAN, 2017).

Assim, surge como alternativa para o regime multilateral, a criação de uma agência anti-truste multilateral que trabalharia para dissolver cartéis de estados que estão expulsando concorrentes, impedindo-os de aumentar os lucros do cartel dos Estados à custa de atores menos poderosos e reduzindo o desperdício do governo. Esse regime potencialmente aumentaria a promoção de bem-estar global, diminuindo os custos de transação, o uso indevido e outras falhas do mercado, além de distribuir mais justamente as receitas. Embora esse tipo de cooperação também se depare com desafios estratégicos, um desenho cuidadoso da governança desses mecanismos cooperativos poderia ajudar a garantir esse regime mais modesto, porém mais distributivo e justo (DAGAN, 2017).

Resumidamente, a verdade é uma só: as nações devem assumir que a justiça fiscal global precisa prevalecer sobre a rivalidade econômica. Portanto, a conscientização dos Estados e de seus contribuintes, a cooperação ampla regional, que deve ser combinada com o diálogo aberto com países terceiros promovidos pelas OIs, apoiadas por organizações supranacionais e intergovernamentais e o estímulo a boas práticas de concorrência fiscal e de cumprimento da *fair shair* e as iniciativas de governança é o caminho a ser seguido (BURGERS, 2017).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário atual clama pela cooperação internacional em questões tributárias globais a fim de diminuir ou até mesmo acabar com paraísos fiscais e regimes preferenciais que apenas visam atrair investimento estrangeiro, atingindo, em demasiado, a neutralidade do elemento fiscal. Atualmente, não somente as EMNs, mas também pessoas físicas se aproveitam da facilitada mobilidade das bases de tributação e utilizam a fragmentação e diferenças entre os sistemas fiscais nacionais para evadir e/ou elidir impostos. O impactado negativo dessas práticas evasivas é suportado por Estados em todo globo, já que as somas não tributadas atingem cifras de centenas de bilhões dólares todos os anos.

As OIs foram pioneiras na luta contra a evasão, introduzindo medidas para conter as perdas decorrentes da erosão da base tributária e transferências de lucros para paraísos fiscais e regimes preferenciais prejudiciais. Iniciativas como o BEPS - Base Erosion and Profit Shifting – da ONU/OCDE e a criação de uma Plataforma de Colaboração Tributária entre as instituições de Bretton Woods, a OCDE e a ONU foram largamente aceitas pelas nações, que reconhecem os efeitos nefastos da concorrência fiscal prejudicial e dos planejamentos fiscais prejudiciais. Embora há consenso que essas práticas prejudiciais dificultem a sustentabilidade fiscal internacional, questões diversas, como a soberania nacional, impedem que seja alcançado um nível mínimo para tributação direta ou uma harmonização completa dos tributos transfronteiriços.

Assim, sem haver uma harmonização total da tributação, a nível internacional, cabe precipuamente aos Estados a conscientização quanto a necessidade de enfrentar as deficiências persistentes para governança tributária global, a fim de conjuntamente, poderem implementar por meio de *soft* ou *hard law* internacional, medidas mais avançadas e melhor desenvolvidas, como por exemplo, uma convenção multilateral com ampla ratificação e completa adoção pelas nações, que vise garantir o cumprimento da *fair share*, da *fair tax competition* ou a criação de uma agência antitruste com atuação global, a fim de possibilitar uma distribuição de riqueza mais igualitária, atingindo com isso, a justiça fiscal global.

A partir dessa cooperação internacional viabilizada pelos Estados, deve-se fomentar uma mudança de mentalidade sobre a elaboração, aprimoramento e cumprimento das regras tributárias na sociedade em geral. Vale ressaltar que a legislação por si só não é suficiente, por esse motivo, tão necessária se faz a conscientização e interesse dos Estados em adotarem iniciativas de cooperação e governança internacional, visando a implementação das ferramentas necessárias de amplificação da governança fiscal global.

Por fim, é de extrema importância que todas as abordagens sobre justiça sejam levadas em consideração no design de um sistema tributário global sustentável, cabendo assim, a ampliação do campo de investigação sobre as percepções globais de justiça e a formulação de uma agenda, que conte com a ampla participação pelos Estados, OIs e sociedade civil, para discutir a justiça fiscal em patamar global.

REFERÊNCIAS

- ADAM, Antonis; KAMMAS, Pantelis; LAGOU, Athina. The effect of globalization on capital taxation: What have we learned after 20years of empirical studies? *Journal of Macroeconomics*, Amsterdam: Elsevier, v. 35, n. 1, p. 199–209, 2013.
- BARANGER, Séverine. Progress towards tax transparency: an overview. In: RIBEIRO, João Sérgio; ACOSTA, George Rosa (org.). *International Taxation: new challenges*. Amsterdam: IBFD Publi, 2017. p. 296.
- BRASIL. DECRETO No 19.841, DE 22 DE OUTUBRO DE 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 1 jul. 2020.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.
- BURGERS, Irene. Tax Incentives, Global Tax Fairness and the Development of Tax Law in DEveloped and Deve-
loping Countries: A Multi-Way Flow of Concepts? In: WEBER, Dennis (org.). *EU Law and the Building of Global
Supranational Tax Law: EU BEPS and State Aid*. Amsterdam: IBFD Publi, p. 324, 2017.
- BURGERS, Irene; VALDERRAMA, Irma Mosquera. Fairness: A Dire International Tax Standard with No Meaning? *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, v. 45, n. 12, p. 767–783, 2017.
- COMISSÃO EUROPEIA. *COM(2016) 24 final. COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO
CONSELHO sobre uma estratégia externa para uma tributação efetiva*, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0024&from=EN>. Acesso em: 15 jun. 2020.

CONSELHO EUROPEU. *RESOLUÇÃO DO CONSELHO E DOS REPRESENTANTES DOS GOVERNOS DOS ESTADOS-MEMBROS, REUNIDOS NO CONSELHO de 1 de Dezembro de 1997 relativa a um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas*, 1997. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41998X0106&from=PT>. Acesso em: 15 jun. 2020

DAGAN, Tsilly. *International Tax and Global Justice*. Berlim: Walter de Gruyter GmbH, v. 18, 2017.

DE WILDE, Maarten Floris. Sharing the Piee; Taxing Multinationals in a Global Market. *SSRN Electronic Journal*, Amsterdam: Elsevier, v. 43, n. 6, p. 438–446, 2015.

DOURADO, Ana Paula. Justiça tributária internacional. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, v. 41, p. 457–487, 2019a.

DOURADO, Ana Paula. The Priorities for EU Tax Policy. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, v. 47, n. 10, p. 808–810, 2019b.

FINNERTY, Chis; MERKS, Paulus; PETRICCIONE, Mario;; RUSSO, Raffaele. *Fundamentals of International Tax Planning*. Amsterdam: IBFD Publi, 2007.

GRINBERG, Itai. Bilding Institutions for a Globalized World - Automatic Information Exchange. In: POGGE, Tomas; MEHTA, Krishen (org.). *Global Tax Fairness*. Oxford: OXFORD University Press, p. 14–30, 2016.

HAUPT, Alexander; PETERS, Wolfgang. Restricting preferential tax regimes to avoid harmful tax competition. *Regional Science and Urban Economics*, Amsterdam: Elsevier, v. 35, n. 5, p. 493–507, 2005.

HENRY, James S. Let's Tax Anonymous Wealth. In: POGGE, Tomas; MEHTA, Krishen (org.). *Global Tax Fairness*. Oxford: OXFORD University Press, 2016.

HO, Khoon Ming; TURLEY, Conrad. Globe - overriding the value creation principle as alodestone of international tax rules? *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, v. 47, n. 12, p. 1070–1076, 2019.

ICIJ. *Who Uses the Offshore World*. Washington/DC, 2013. Disponível em: <https://www.ijc.org/investigations/offshore/who-uses-offshore-world/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ICIJ. *About This Project: Luxembourg Leaks*. Washington/DC, 2014. Disponível em: <https://www.ijc.org/investigations/luxembourg-leaks/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ICIJ. *About This Project: Swiss Leaks*. Washington/DC, 2015. Disponível em: <https://www.ijc.org/investigations/swiss-leaks/about-project-swiss-leaks/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

ICIJ. The Panama Papers: Exposing the Rogue Offshore Finance Industry: *About the investigation*. Washington/DC, 2016. Disponível em: <https://www.ijc.org/investigations/panama-papers/about-the-investigation/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

JOHANNESSEN, Niels. Imperfect tax competition for profits, asymmetric equilibrium and beneficial tax havens. *Journal of International Economics*, Amsterdam: Elsevier, v. 81, n. 2, p. 253–264, 2010.

JOSEPH, Ghislain T. J. Electronic Commerce and the United Nations Model Double Taxation Convention. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International , v. 32, n. 8, p. 387–401, 2004.

OBENLAND,Wolfgang. *Opções para fortalecer a governança tributária global*. FES, Fried ed. São Paulo: FES, Fried, 2017.

PASSOS, Fernando; BERALDO, Mariana. Fair Share Starbucks. In: SALEME, Edson Ricardo; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira (org.). *Desenvolvimento econômico sustentável, globalização e transformações na ordem social e econômica II organização CONPEDI/2020*. CONPEDI ed. Florianópolis. p. 155–171, 2020.

PIRES, Rita Calçada. Uncoverinh a brave new world on taxation: income from the digital economy. In: RIBEIRO, José Sérgio; ACOSTA, George Rosa (org.). *International Taxation: new challenges*. Amsterdam: IBFD Publi, p. 296, 2017.

PIRES, Rita Calçada. *Manual de Dirieto Internacional Fiscal*. Coimbra: Almedina, 2018.

PIRLLOT, Alice. The vagueness of tax fairness: A discursive analysis of the commission's 'fair tax agenda'. *Intertax*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, v. 48, n. 4, p. 402–415, 2020.

SCHÖN, Wolfgang. Tax competition in Europe - the legal perspective. *EC Tax Review*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, v. 9, n. 2, p. 89–104, 2000.

TANZI, Vito. *Is there a need for a world tax organization?*. The economics of globalization: policy perspectives from public economics. [essays based on lectures delivered at the 1996 Congress of the International Institute of Public Finance]. Cambridge [u.a.]: Cambridge Univ. Press, p. 173-186, 1999.

TANZI, Vito. *Globalization, Technological Developments, and the Work of Fiscal Termites*. IMF Working Papers, 2000.

VAN HORZEN, Fred. Go Tell It on the Mountain: Enhanced Transparency: Impact on Relations between Tax Authorities and Taxpayers? In: WEBER, Dennis (org.). *EU Law and the Building of Global Supranational Tax Law: EU BEPS and State Aid*. Amsterdam: IBFD Publi, 2017.

VESTAGER, M. *Why Fair Taxation Matters*. In: Discurso proferido na Copenhagen Business School, 9 de setembro de 2016. Copenhagen, 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/newsletter/15092016.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

ZAKRZEWSKI, Anna; CARRUBBA, Joseph; FRANKLE, Dean; HARDIE, Andrew; KAHLICH, Michael; KESSLER, Daniel; MENDE, Martin; TANG, Tjun; XAVIER, Andre. *The Future of Wealth Management – A CEO Agenda*. Boston, 2020. Disponível em: https://image-src.bcg.com/Images/BCG-Global-Wealth-2020-Jun-2020_tcm9-251066.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

Recebido/Received: 21.07.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IDOSOS: ANÁLISE DA TUTELA DA SAÚDE MENTAL DOS IDOSOS E A INTERFACE COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

INTER AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
PROTECTION OF ELDERLY PEOPLE:
ANALYSIS OF THE ELDERLY MENTAL HEALTH TUTELAGE
AND THE INTERFACE WITH PERSONALITY RIGHTS

DANIELA MENENGOTI GONÇALVES RIBEIRO¹

DENISE MARIA LOPES ZANUTTO²

JOSÉ CARLOS ALVES NASCIMENTO³

RESUMO

O presente artigo analisa o aumento do envelhecimento da população mundial e os novos desafios que advém desse crescimento; enfatiza a saúde da pessoa idosa, em especial, a sua integridade física, mental e social e resgata a preocupação da Organização Mundial da Saúde e da Organização dos Estados Americanos para que os países membros adotem políticas públicas adequadas à saúde da pessoa idosa. Objetiva-se, por meio de uma visão panorâmica acerca do tema, partindo do Estatuto do Idoso e da Convenção Interamericana de Proteção aos Idosos, de 2015, examinar a tutela da saúde psicofísica da pessoa idosa, a qual efetiva os seus direitos da personalidade. Esta pesquisa emprega como método de abordagem o dedutivo, promove por meio da revisão de literatura especializada, descritiva e exploratória uma reflexão à comunidade jurídica acadêmica sobre a temática. Conclui-se que há a necessidade latente de implementação de

1 Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNICESUMAR. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Doutora em Direito-Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, França. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-7621-8899>. E-mail: daniela.menengoti@gmail.com.

2 Mestranda em Ciências Jurídicas pela (UNICESUMAR) Universidade Cesumar. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-1697-7652>. E-mail: zanuttodenise@gmail.com.

3 Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Procurador municipal. Advogado. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesuma (UNICESUMAR) - Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina - Procurador municipal - Advogado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-5110-856X>. E-mail: jcanascimento44@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; ZANUTTO, Denise Maria Lopes; NASCIMENTO, José Carlos Alves. *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos: análise da tutela da saúde mental dos idosos e a interface com os direitos da personalidade*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 189-208, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8036>.

políticas públicas brasileiras adequadas à saúde dos sexagenários, respeitando os direitos da personalidade do idoso, favorecendo a sua dignidade, principalmente, no que tange a sua integridade e saúde mental.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos. Estatuto do Idoso. Direitos da Personalidade. Saúde Mental.

ABSTRACT

The present article analyzes the increase in the aging population around the world and the new challenges created by this increase, emphasizing the health of an elderly person, in special his/her physical, mental and social integrity. It brings forth the World Health Organization and the Organization of American States preoccupation in making member countries implement adequate public policies regarding the health of elderly people. The objective is to examine the tutelage of the psychophysical health of the elderly through a panoramic view of the theme, based on the Statute of the Elderly and the Inter American Convention on Protecting the Human Rights of the Older Person, which guarantees their personality rights. This research adopts the deductive approach and intends, through a specialized, descriptive and exploratory literature review, to promote a reflection on the theme by the academic legal community. Results from this study show the latent need for implementing Brazilian public policies adequate to the health of people over 60 years of age, respecting their personality rights and favoring their dignity, mainly in regards to their integrity and mental health.

KEYWORDS: Inter American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons. Statute of the Elderly. Personality Rights. Mental Health.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade pós-moderna tem apresentado um novo retrato populacional com o aumento dos idosos, por consequência, novos desafios sociais e jurídicos são suscitados e merecem a atenção dos operadores do direito. Destarte, o presente estudo é relevante para a pesquisa científica, uma vez que lança um novo olhar acerca da saúde do idoso.

Como problemática, analisa-se a importância do Estatuto do Idoso de 2003, doravante, denominado Estatuto, e da Convenção Interamericana de Proteção aos Idosos de 2015, a partir de agora, designada Convenção, no que esses dois diplomas legais tutelam a saúde psicofísica da pessoa idosa efetivando os seus direitos da personalidade. Esses, remetem a valores imprescindíveis como a vida, a integridade psicofísica e dignidade.

O presente artigo contando com a introdução, está dividido em mais cinco partes. O segundo tópico versa sobre novo retrato da população mundial e o aumento do envelhecimento. O terceiro, enfoca sobre a tutela da população idosa brasileira e a contribuição do Estatuto. O quarto, analisa os objetivos da Convenção enfatizando a saúde da pessoa idosa. Finalmente, o quinto, discorre sobre a saúde dos idosos e as políticas públicas brasileiras frente à conclamação da Organização Mundial da Saúde, doravante, nomeada OMS.

A pesquisa trata do lapso temporal compreendido a partir de alguns marcos internacionais cruciais relacionados à importância da saúde da pessoa idosa. Esses, são retratados desde a Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento de 1982, resgatando o Princípio das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas de 1991 e a Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento de 2002. Os marcos nacionais referem-se ao perí-

odo de análise situada entre o Estatuto de 2003, passando pela Convenção de 2015, a qual o Brasil se comprometeu, até a lei nº 13.819 de 2019 que instituiu a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio. Busca-se, nesses documentos, dispositivos legais que corroborem com a tutela da saúde psicofísica dos idosos brasileiros.

A presente pesquisa emprega como método de abordagem, o dedutivo. Para obter uma visão panorâmica acerca do tema, realiza-se uma ampla revisão de literatura especializada. As fontes empregadas foram o Estatuto; a Convenção; revistas jurídicas; jornais; livros; jurisprudência; artigos científicos; sites especializados de sindicato de hospitais, de psicologia, de enfermagem; sites jurídicos nacionais e internacionais que corroboraram com a temática. Firma-se, de tal modo, um conjunto de material dinâmico, quantitativo e qualitativo.

Para tanto, resgata-se estudo elaborado pela OMS, através do qual se constata o aumento de casos de depressão entre as pessoas idosas no mundo. Os resultados fazem as instituições internacionais como a OMS conclamar por mudanças aos países membros, incluindo o Brasil, exigindo novas alternativas para esses desafios. Por seu turno, a Organização dos Estados Americanos, daqui em diante designada (OEA), logra êxito na elaboração da Convenção, como um documento que vincula os Estados-membros. Ela compromete a maior parte dos países americanos, inclusive o Brasil, no engajamento de diversos direitos dos idosos, inclusive no que tange ao direito à saúde psicofísica desse grupo.

Na sequência, foca-se na legislação doméstica, nos dispositivos do Estatuto, da Constituição Federal de 1988 e dos direitos de personalidade no que se refere ao tema. Verifica-se na pesquisa que o aumento populacional dos idosos brasileiros e o crescimento de determinados problemas que envolvem a saúde desse grupo merecem especial atenção. Observou-se que muitas causas de depressão entre os sexagenários são ocasionadas pela falta de condições econômicas, discriminação, abandono, violência e ausência de um espaço adequado de convivência para muitos deles. Diante de tais constatações, conclui-se que o Brasil necessita de implementar políticas públicas efetivas à saúde integral do idoso, visando a promoção do seu bem-estar psicofísico e social.

2. NOVO RETRATO DA POPULAÇÃO MUNDIAL: O AUMENTO DO ENVELHECIMENTO

Hodiernamente, observa-se uma imensa transformação no processo demográfico mundial com o aumento da população idosa e, em contrapartida, uma acentuada diminuição da taxa de natalidade. Essa nova configuração ocorre em vários países e no Brasil não é distinto. Tal configuração é constatada através de dados divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela OMS.

A ONU adverte que o número de sexagenários deverá duplicar entre os anos de 2007 a 2050 e a perspectiva é de que esse número atual triplique, aproximando-se da média de dois bilhões. Não é por acaso que a ONU, OMS e o UNFPA têm apresentado diretrizes e foco em políticas públicas diante desse novo quadro demográfico. O número de pessoas idosas a partir da faixa etária de 60 anos, em todo o mundo, está estimado para chegar em 1,4 bilhão

em 2030, e aproximadamente a 2,1 bilhões em 2050 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019).

Devido ao aumento da população idosa no mundo, expandiu-se o embate sobre os direitos desse grupo. Em 1982, a Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento aprovou o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento. Esse Plano de Ação “contém 62 recomendações, muitas das quais têm uma relevância direta para o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que é a base da política para a pessoa idosa, no plano internacional” (ROBINSON, 2019).

Especificamente em 1991, a Assembleia Geral destacou o documento denominado “Princípio das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas e enumerou 18 direitos das pessoas idosas em relação à independência, participação, cuidado, autorrealização e dignidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019). Dando continuidade à referida política, no ano seguinte, a Conferência Internacional sobre o Envelhecimento reuniu-se para dar seguimento ao Plano de Ação, adotando a Proclamação do Envelhecimento. Seguindo a recomendação da Conferência, a Assembleia Geral da ONU, em 1999, declarou o Ano Internacional do Idoso (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019).

Em 2002, ocorreu a Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento, a qual fora realizada na cidade de Madrid, na Espanha e objetivou desenvolver uma política internacional para o envelhecimento no século XXI. A referida Assembleia adotou uma declaração política, que ficou conhecida como Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento de Madrid (2002) e suas recomendações específicas para ação foram as seguintes: prioridade às pessoas mais velhas, desenvolvimento objetivando melhorar a saúde, bem-estar na velhice, assegurando habilitação e ambientes de apoio (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019).

O Brasil, conforme divulgado no Jornal da Universidade de São Paulo, caminha para se tornar a quinta maior população de pessoas idosas no mundo e já contabiliza, aproximadamente, 27 milhões de pessoas com faixa etária acima dos 60 anos. Em 2050, calcula-se que esse número estará próximo de 64 milhões, representando quase 30% da população brasileira (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2018).

Ante ao cenário apresentado, faz-se necessário que a sociedade brasileira repense políticas públicas que levem em consideração a tendência do envelhecimento da população nacional e que atendam às necessidades dos idosos, respeitando a sua dignidade. Tal fato constitui-se um novo desafio à sociedade pós-moderna. O Brasil também necessita de buscar a implementação de políticas públicas adequadas à terceira idade para responder a essas novas exigências.

3. A TUTELA DA POPULAÇÃO IDOSA BRASILEIRA: A CONTRIBUIÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO

Após cinco anos de tramitação no Congresso Nacional, foi instituído o Estatuto que regulamenta os direitos dos idosos brasileiros. Ele funciona como instrumento jurídico pri-

mordial para trazer à tónica a dignidade que merece a terceira idade. Nesse sentido, deve ser examinado a fim de visualizar, nesse importante instrumento, a tutela da saúde integral dos sexagenários.

No Brasil, o idoso é protegido pela Constituição Federal de 1988 no capítulo que trata da família, mais especificamente no artigo 230, o qual prevê que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Ainda no artigo 229, do mesmo diploma está instituído o dever dos filhos maiores, em assistir os pais e cuidar deles na velhice, na carência e na enfermidade (BRASIL, 1988).

O Estatuto, cujo projeto nasceu com a organização e a mobilização dos aposentados, pensionistas e idosos, tramitou por anos no Congresso Nacional, foi aprovado em setembro de 2003 e instituído pela lei nº 10.741 de 2003. Esse Estatuto é destinado a regular os direitos assegurados às pessoas idosas e dispõe de normas e diretrizes para a formulação e a execução de políticas públicas e de serviços destinados ao idoso. Além da sua força normativa, o Estatuto ainda goza do prestígio que conquistou perante a sociedade, e, se tornou um marco na história da proteção à velhice. Resultando em mudanças significativas das relações com o idoso e aos espaços sociais destinados a esses (BRASIL, 2003).

O referido diploma legal é, ainda, entendido como um “dispositivo de Estado e também como parte de um conjunto de práticas discursivas que instaura a velhice como categoria de pensamento e significação a partir de imagens geradas, por meio das quais a realidade passa a ser apreendida e modelada” (JUSTO; ROZENDO, 2010). Vale lembrar que, conforme disposto no seu artigo 1º, é considerada idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, sendo essa população idosa protegida pelo Estatuto (BRASIL, 2003).

Apesar da Constituição Federal de 1988 já prevê o rol de direitos fundamentais, em seu artigo 5º, o Estatuto, objetivando dá maior ênfase, reproduziu tal norma constitucional em seu artigo 2º, o qual dispõe que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Assegurando-lhe por lei todas as oportunidades e facilidades para preservação de sua saúde física e mental, bem como ao seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003).

Outrossim, objetivando a preservação da saúde e da integridade física e psíquica, bem como, o bem-estar do idoso, o artigo 4º do Estatuto, estabeleceu a sua proteção contra qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão. Prevendo, ainda, que todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei. Por outro lado, a lei dispensou tratamento diferenciado ao idoso, garantindo a este, dentre outros direitos, o atendimento prioritário em órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais, etc. (BRASIL, 2003).

O Estatuto assegurou igualmente a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente a pessoa considerada idosa por essa lei, em qualquer instância ou Tribunal.

Ressalte-se, ainda, que em virtude do aumento da expectativa de vida do brasileiro, em 2017 foi editada a lei nº 13.466 garantindo a prioridade diferenciada aos idosos maiores de 80 (oitenta) anos, ou seja, a prioridade da prioridade (BRASIL, 2003).

Também há previsão no Estatuto de que o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, e que é obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa, a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade, e, ainda, de assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis (BRASIL, 2003).

No que tange ao direito à saúde, há disponível um capítulo inteiro para tratar do tema. O artigo assegura a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde, SUS. Garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo, a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. Ainda determinou que incumbe ao Poder Público o fornecimento gratuito de medicamentos aos idosos, especialmente os de uso continuado; assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação (BRASIL, 2003).

Dentre os diversos direitos relacionados à saúde do idoso, o Estatuto previu que os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante terão atendimento especializado. Ademais, incluiu a vedação da exigência do comparecimento do idoso enfermo perante os órgãos públicos, sendo assegurado ao idoso, nessas condições elencadas, o atendimento domiciliar pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pelo serviço público de saúde ou pelo serviço privado de saúde, contratado ou conveniado, que integre o SUS, para expedição de laudo de saúde necessário ao exercício de seus direitos sociais e para obtenção de isenção tributária (BRASIL, 2003).

Por último, o Estatuto assegurou ao idoso internado ou em observação o direito a acompanhante. Deve o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico, cabendo ao profissional de saúde responsável pelo tratamento conceder autorização para o acompanhamento do idoso ou, no caso de impossibilidade, justificá-la por escrito (BRASIL, 2003).

O Relatório Mundial sobre Violência e Saúde de 2002 define a violência contra a pessoa idosa como qualquer ato, único, repetitivo, omissão, que ocorra em qualquer relação supostamente de confiança, que cause dano ou incômodo a ela (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2002). A violência contra o idoso, por sua vez, também é conceituada, pelo Estatuto, como aquela praticada contra o idoso por qualquer ação ou omissão em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico (BRASIL, 2003).

Com relação à proteção contra a violência praticada contra o idoso, o Estatuto determina que, em casos de suspeita ou confirmação, serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária, bem como serão, obrigatoriamente, comunicados por eles a quaisquer dos seguintes órgãos: I – autoridade policial; II – Ministério Público; III – Conselho Municipal do Idoso; IV – Conselho Estadual do Idoso e V – Conselho Nacional do Idoso (BRASIL, 2003).

Objetivando a proteção do idoso contra o abandono, o Estatuto anteviu, ainda, que a assistência social aos idosos será prestada, de forma articulada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), no Sistema Único de Saúde e demais normas pertinentes. Augurando, também, o pagamento de um benefício mensal no valor de um salário mínimo aos idosos, que a partir de sessenta e cinco anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família (BRASIL, 2003).

Finalmente, visando coibir toda forma de violência contra o idoso, o Estatuto elencou uma série de condutas que passaram a ser consideradas crimes, tais como: discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso às operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento indispensável ao exercício da cidadania, por motivo de idade; deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública, etc. (BRASIL, 2003).

O Estatuto alterou o artigo 244 do Código Penal de 1940 para constar como crime de abandono material a conduta de deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de sessenta anos. Não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. E ainda, deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo (BRASIL, 2003).

Os Tribunais já estão aplicando o crime de abandono material praticado contra o idoso, nos termos do artigo 244 do Código Penal acrescentado pelo Estatuto, conforme decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em julgamento de recurso de apelação criminal nº 0201897.91.2011.8.19.0001, da 38ª Vara Criminal. Na ocasião, aquela Corte determinou a aplicação da pena prevista no Estatuto e ainda majorou a pena com base na agravante prevista para os crimes praticados contra a pessoa idosa (RIO DE JANEIRO, 2013).

Apesar da preocupação do legislador em proteger juridicamente o idoso, o que se presencia atualmente, em diversos lares do Brasil, é o abandono, violência contra o idoso e a falta de políticas públicas adequadas. Algumas vezes, constata-se que os principais perpetradores dos maus tratos contra os idosos são seus próprios familiares e vizinhos, configurando assim, um alto índice de agressores dentro das famílias. Conclusão que decorre no enfraquecimento do vínculo de solidariedade e afetividade entre seus membros, sendo, a sobrecarga do cuidador, a situação desencadeante desses abusos (BRASIL, 2017).

Segundo a Secretaria de Direitos Humanos, do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, ocorre um aumento de casos de abandono e violência contra os idosos. Em 2011, morreram 24.669 pessoas idosas por acidentes e violências no país, significando, por dia, 68 óbitos. Os homens foram 15.342 (62,2%) e, as mulheres, 9.325 (37,8%). Somente em 2017, a Secretaria de Direitos Humanos registrou mais de 33 mil casos de agressões a pessoas acima de 60 anos (BRASIL, 2017). Observa-se que os números são alarmantes, mormente, considerando o aumento do envelhecimento entre a população. A violência cometida contra o indivíduo idoso é considerada uma violação aos direitos humanos, consistindo em

uma das causas mais relevantes de lesões, doenças, perda da produtividade, isolamento, depressão e até suicídio.

As políticas públicas de saúde mental no Brasil, embora tenham alcançado avanço, em relação às propostas de tratamento de transtornos mentais, ainda carecem de atenção por parte dos gestores e autoridades públicas para garantir o direito ao tratamento adequado e digno aos pacientes com depressão ou algum distúrbio mental. (ALENCAR; RAIOL, 2020). Por isso, há urgência na articulação entre família, sociedade civil e o poder público para minimizar o índice de automutilações e de suicídios. Necessário se faz uma política pública com caráter multissetorial e integrador, objetivada na prevenção, apta para identificar em tempo hábil aqueles que desenvolvem a ideação-suicida, antes da tentativa se consumir, e assim, reduzir os números de suicídios (SANTOS; SCHMIDT, 2019).

Essa tendência ao suicídio entre a população idosa também é verificada no Brasil conforme estudo realizado pela professora da Escola Nacional de Saúde Pública da Fiocruz-RJ, a socióloga Maria Cecília Minayo. O estudo fora realizado entre os anos de 2010 a 2012 e publicado no Jornal Diário da Manhã, com o título "Violência contra o idoso provoca desejo de suicídio" (DIÁRIO DA MANHÃ, 2016).

No referido estudo, a professora esclarece que a condução da pessoa ao suicídio nunca tem uma só causa e que a influência da história de vida da pessoa, incluindo o sofrimento, a violência, o isolamento e muitas vezes maus-tratos, levam-na a praticar tal ato. "E aí quando a pessoa chega à última idade sente que sua vida não tem mais sentido". (MINAYO, 2016).

Nesse viés, é fundamental que a sociedade preste mais atenção à vulnerabilidade da pessoa idosa, conforme preceitua o Estatuto. Voltar a atenção para sua saúde de forma integral, particularmente, ao que se refere ao seu aspecto mental e emocional, ajudará a minimizar os números de depressão e conseqüentemente diminuirá os casos de suicídio entre as pessoas idosas. Os direitos da personalidade, conceituados como aqueles inerentes à própria pessoa humana, constituem prerrogativas ou faculdades que permitem aos indivíduos o desenvolvimento de suas aptidões, energias físicas e psíquicas. Essas devem ser respeitadas no cotidiano da população idosa, a qual, deve viver com dignidade.

4. ANÁLISE DOS OBJETIVOS DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IDOSOS: FOCO NA SAÚDE DA PESSOA IDOSA

Diante do cenário de envelhecimento da população mundial, o Brasil segue a mesma tendência e, por isso, torna-se crucial proteger os direitos fundamentais dos idosos brasileiros. Inclusive, conforme já salientado, essa população tem ganhado novo olhar perante os organismos internacionais como a OMS e OEA. Os países americanos também apresentam perfil semelhante em relação ao crescimento desse grupo específico.

Com a finalidade de apresentar respostas a essa nova realidade, as nações da América negociaram e aprovaram, em 15 de junho de 2015, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, concluída no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 2015, celebrada em Washington. Esse documento juridicamente vincula os Estados que se comprometeram sobre os direitos das pessoas idosas. Dentre esses, está incluso, o Brasil que o assinou (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2015). Nesse sentido, destaca-se que, “os Estados modernos não se limitam a garantir os direitos mínimos aos indivíduos, mas também atuam na promoção de implementação dos direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos” (REMEDIÓ; FARIA, 2019, p. 723).

A Convenção foi celebrada com o objetivo de promover, proteger e assegurar o reconhecimento, gozo e exercício, em condições de igualdade, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais do idoso. O referido documento reconhece as pessoas idosas como sujeitos de direitos, garantindo a sua inclusão, integração e participação na sociedade, em linha com as disposições do Estatuto, instituído no Brasil, pela lei nº 10.741 de 2003 (BRASIL, 2017).

O texto foi subscrito pelos Estados que fazem parte da OEA fundamentado na necessidade de se instituir um documento regional, juridicamente vinculante, que protegesse os direitos humanos dos idosos e fomentasse um envelhecimento ativo em todos os âmbitos. Todavia, houve o cuidado de se realizar um instrumento que não limitasse os direitos já adquiridos pela população idosa em suas nações (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2015).

O Projeto de Decreto Legislativo nº 863 de 2017, no âmbito da Câmara Federal, aprovou o texto da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos com 41 (quarenta e um) artigos. O texto é dividido em 7 (sete) capítulos e contém, ainda, ao final, notas de rodapé a respeito do conteúdo e dos limites quanto aos compromissos assumidos pelos Estados Partes (BRASIL, 2017).

O Capítulo I da Convenção, de 2015, delimita os objetivos, âmbito de aplicação e definições dos termos utilizados no texto convencional. Entretanto, o principal objetivo da Convenção é “promover, proteger, assegurar o reconhecimento e o pleno gozo e exercício, em condições de igualdade, de todos os direitos humanos, liberdades fundamentais do idoso, a fim de contribuir para sua plena inclusão, integração e participação na sociedade.” Destaque-se, porém, que o disposto neste diploma legal “não deve ser interpretado como uma limitação a direitos ou benefícios mais amplos ou adicionais reconhecidos pelo direito internacional ou pelas legislações internas dos Estados Partes em favor do idoso.” (BRASIL, 2017).

O Capítulo II apresenta os princípios gerais aplicáveis à Convenção. Tais princípios estão listados e apresentam 15 (quinze) direitos e prerrogativas que favorecem as pessoas idosas. São eles: a promoção e defesa dos direitos humanos e liberdades fundamentais do idoso; a valorização do idoso, seu papel na sociedade e sua contribuição ao desenvolvimento; a dignidade, independência, protagonismo e sua autonomia. Enfatiza a igualdade e não discriminação do idoso, sua participação, integração e inclusão efetiva na sociedade; direito ao bem-estar e cuidado, a auto realização; a solidariedade e o fortalecimento da proteção familiar. Frise-se ainda que deve ocorrer a participação da família, da comunidade, do Estado na integração ativa e produtiva do idoso, observando a legislação interna (BRASIL, 2017).

O Capítulo III elenca os deveres gerais dos Estados Partes, que se comprometem a salvaguardar os direitos humanos e as liberdades fundamentais do idoso, sem nenhum tipo de discriminação, conforme estabelecido nos termos do artigo 4º. Há o destaque para as medidas direcionadas a prevenir, punir e erradicar práticas, tais como, isolamento, abandono, sujeição física prolongada, aglomeração, expulsão da comunidade, negação de nutrição, infantilização, tratamentos médicos inadequados. Também deve-se erradicar práticas que constituam maus-tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes que atentem contra a segurança e integridade da pessoa idosa (BRASIL, 2017).

O Capítulo IV abrange os principais direitos referentes às pessoas idosas, que serão protegidas, mas cuja responsabilidade, quanto à garantia e observância, é atribuição dos Estados Partes. Os artigos 5 a 31, do referido capítulo, elencam esses direitos, a saber: igualdade e não discriminação por razões de idade; direito à vida e à dignidade na velhice; direito à independência e à autonomia; direito à segurança e a uma vida sem nenhum tipo de violência; direito a não ser submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; direito a manifestar consentimento livre e informado no âmbito da saúde; direitos do idoso que recebe serviços de cuidado de longo prazo; direito à liberdade pessoal; direito à liberdade de expressão e opinião e ao acesso à informação; direito à nacionalidade e à liberdade de circulação; direito à privacidade e à intimidade; direito à seguridade social; direito ao trabalho; direito à saúde; direito à educação; direito à cultura; direito à recreação, ao lazer e ao esporte; direito à propriedade; direito à moradia; direito a um meio ambiente saudável; direito à acessibilidade e à mobilidade pessoal; direitos políticos; direito de reunião e de associação; direito ao amparo em situações de risco e emergências humanitárias; direito a igual reconhecimento como pessoa perante a lei e o direito de acesso à justiça (BRASIL, 2017).

A Convenção, em seu Capítulo V, estabelece norma pela qual os Estados Partes comprometem-se a promover uma tomada de consciência sobre a condição da pessoa idosa, por meio de medidas que fomentem a divulgação e capacitação progressiva de toda a sociedade sobre a Convenção; gerem uma atitude positiva em relação à velhice; sensibilizem a sociedade e estimulem a participação desta e de suas organizações na formulação e estruturação de programas voltados à pessoa idosa; incluam o tema do envelhecimento ativo nos programas de ensino e na agenda acadêmica; bem como promovam o reconhecimento e a contribuição da experiência da pessoa idosa para toda a sociedade (BRASIL, 2017).

O Capítulo VI trata sobre o mecanismo de acompanhamento da Convenção constituído por uma Conferência de Estados Partes e por um Comitê de Peritos, bem como, com um Sistema de Petições Individuais, que prevê a possibilidade de apresentação de petições, que contenham denúncias ou queixas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (BRASIL, 2017). Já o Capítulo VII trata de questões relativas aos procedimentos de assinatura, ratificação, adesão, entrada em vigor, depósito, denúncia, formulação de reservas e apresentação de emendas ao texto constitucional (BRASIL, 2017).

Em suma, ao analisar o texto da Convenção, constata-se que, a iniciativa do referido documento é salutar e imprescindível, uma vez que, o envelhecimento populacional, no Brasil, exige políticas públicas, que assegurem os direitos da população idosa. Observa-se que, se por um lado, o Estado Parte tem o dever de tutelar ou proteger os direitos fundamentais por meio de normas, da atividade administrativa e da jurisdição, daí decorrendo as tutelas

normativa, administrativa e jurisdicional dos direitos, por outra parte, há direitos que também são tutelados por uma ordem supranacional, em decorrência de sua natureza de direitos mínimos fundamentais ou de prerrogativas advindas do direito internacional dos direitos humanos (GUERRA; TONETTO, 2018).

O Brasil assinou a referida Convenção, a qual veio para reforçar as legislações e programas nacionais já existentes sobre os direitos das pessoas idosas, a exemplo da Política Nacional do Idoso, do Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH-3), do Compromisso Nacional para o Envelhecimento Ativo e do Estatuto, bem como, contribui para reforçar as ações desenvolvidas no âmbito do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI). Impende ressaltar que, o Brasil, por meio da lei nº 16.646, de 9 de abril de 2018, instituiu o ano de 2018 como o “Ano da Valorização e Defesa dos Direitos Humanos da Pessoa Idosa”, isso ressalta a importância da presente Convenção (BRASIL, 2017).

A Convenção tratou de diversas normas que tutelam o idoso, mas deixou amplamente expresso o direito à saúde, no artigo 19, o qual transcreve-se, literalmente, o seu texto:

Os Estados Partes deverão formular e implementar políticas públicas inter-setoriais de saúde orientadas a uma atenção integral que inclua a promoção da saúde, a prevenção e a atenção à doença em todas as etapas, e a reabilitação e os cuidados paliativos do idoso, a fim de propiciar o desfrute do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. Para tornar efetivo este direito, os Estados Partes se comprometem a tomar as seguintes medidas:[...] letra b: formular, implementar, fortalecer e avaliar políticas públicas, planos e estratégias para fomentar um envelhecimento ativo e saudável[...] letra d: fortalecer as ações de prevenção por meio das autoridades da saúde e a prevenção de doenças [...] letra h:inclusive as enfermidades crônicas degenerativas, as demências e a doença de Alzheimer [...] (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2015).

Os direitos da personalidade remetem a valores imprescindíveis como a vida e a integridade psicofísica, desse modo, se colocados numa organização hierárquica, ocuparão o mais alto nível desta (BARLETTA, 2016). O caminho para reconhecer os idosos como sujeitos com direitos é o que garante sua inclusão em uma sociedade integrada. Nessa esteira de pensamento, a Convenção representa um conjunto de medidas cujo objetivo principal é oportunizar maior visibilidade internacional à pessoa idosa. Evidencia-se, portanto, claramente a necessidade de se buscar políticas adequadas que respondam aos desafios atuais, oriundos do envelhecimento populacional (OCA et al., 2019).

A Convenção constitui um passo relevante no reconhecimento dos direitos dos idosos, mas deve, após a ratificação do Congresso Nacional, vir acompanhada de medidas concretas para lograr êxito em relação à efetiva realização dos direitos nela reconhecidos. Será necessário um esforço significativo por parte do poder público para instrumentalizar as suas instituições objetivando oferecer tratamento adequado e preferencial às questões relativas aos idosos. (GOLDFARB, 2016).

Investigue-se, não obstante, que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, estabelece, ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se fundamenta a República, uma cláusula geral, a qual tutela todos os direitos da personalidade. Dessa forma, no ordenamento pátrio, o princípio da dignidade da pessoa humana “atua como uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade em suas mais diversas manifestações que,

portanto, não pode ser limitada em sua aplicação pelo legislador ordinário" (MORAES, 2008, p. 6).

Frise-se a importância do artigo 1º inciso III da Constituição Federal de 1988, Estabeleceu a dignidade humana como princípio fundamental. E ainda, em relação específica à tutela dos idosos, resgata-se o artigo 196 da Carta Magna, o qual, estabelece que

[...] 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 (BRASIL, 1988).

Destaque-se que a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, de 2015, a qual o Brasil assinou, encontra-se aprovada no âmbito da Câmara Federal e continuará seu trâmite legal até ser incorporada amplamente no ordenamento jurídico brasileiro. Percebe-se que, nesse documento, há diversos direitos, que tutelam a saúde do idoso, especialmente no que tange ao aspecto psíquico, prevenindo doenças mentais e diminuindo o número de suicídios.

5. SAÚDE DOS IDOSOS: POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS FRENTE À CONCLAMAÇÃO DA OMS

Um dos grandes desafios do século atual é a implementação de políticas públicas que visem diminuir o número de casos de depressão relativos à terceira idade. No Brasil, a situação não é diferente. Tal assunto engloba a saúde pública e é de extrema seriedade e intensa prioridade a fim de ser combatido. Conforme já salientado, constatou-se que a OMS divulgou alto número de suicídios no mundo, considerando que esses ocorrem em todas as faixas etárias. Porém, o número de suicídios entre os idosos, tem crescido no Brasil, merecendo atenção.

Segundo o Relatório da Organização Mundial de Saúde sobre Violência e Saúde, realizado em Genebra, em 2002, a nível global, constatou-se uma média de 800 mil suicídios por ano, revelando um problema mundial de saúde, destacando a urgência do assunto. Nesse sentido, faz-se necessário que a implementação e a efetivação de políticas públicas que tenham coibir ou diminuir esse quadro (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2010).

Os índices de suicídio não se apresentam igualmente em toda a população. Um marcador populacional importante para o risco de suicídio é a idade. No mundo todo, os índices de suicídio tendem a aumentar com a idade, embora alguns países, tenham recentemente apresentado um pico secundário entre pessoas jovens. No geral, os índices de suicídio entre pessoas acima de 70 anos são, aproximadamente, três vezes mais elevados do que entre pessoas mais jovens (MACIEL, 2017).

As mortes por suicídio referem-se apenas a uma parte desse grave problema. "Muitos ao realizar a tentativa efetivamente morrem, outros, porém, conseguem sobreviver aos atentados contra a própria vida. Todavia, as tentativas de ferir-se, que por si só, exigem bastante cuidados médicos". O comportamento suicida vai desde, simplesmente, pensar em

exterminar a vida até “o desenvolvimento de um plano para cometê-lo, conseguir os meios de realizá-lo, ou seja, tentando se matar até finalmente realizar o ato ‘suicídio completado’. Enfim, o termo ‘suicídio’ traz, em si, uma referência direta à violência e à agressividade” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2002).

As mortes por suicídio referem-se apenas a uma parte desse grave problema. “Muitos ao realizar a tentativa efetivamente morrem, outros, porém, conseguem sobreviver aos atentados contra a própria vida. Todavia, as tentativas de ferir-se por si só, exigem bastante cuidados médicos”. O comportamento suicida vai desde, simplesmente, pensar em exterminar a vida até “o desenvolvimento de um plano para cometê-lo, conseguir os meios de realizá-lo, ou seja, tentando se matar até finalmente realizar o ato ‘suicídio completado’. Enfim, o termo ‘suicídio’ traz, em si, uma referência direta à violência e à agressividade” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2002).

Desde 2003, o dia 10 de setembro foi instituído como o “Dia Mundial da Prevenção ao Suicídio pela Associação Internacional para a Prevenção do Suicídio e pela OMS (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2002). No dia 1º de outubro de 2017, comemorou-se o “Dia Internacional da Pessoa Idosa”, sendo que, a OMS conclamou por políticas públicas mundiais de atendimento mais efetivo para os sexagenários. Destacou-se que, até 2050, o número de pessoas idosas atingirá 2 bilhões. A referida organização internacional criticou os sistemas de saúde do mundo, os quais, na sua concepção, não estão aptos para atender essa população específica. Lembrou também que, os idosos são mais propensos a ter problemas crônicos de saúde e, muitas vezes, múltiplos concomitantemente. Contudo, os atuais sistemas de saúde, geralmente, se concentram no tratamento de doenças agudas individuais. Dessa forma, a articulação das diferentes áreas da saúde, ainda, é um desafio no atendimento aos idosos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019).

Uma das diretrizes pontuais da OMS é o documento *Guidelines on Integrated Care for Older People*, o qual visa aprimorar o atendimento por meio de iniciativas como planejamento, avaliação integral dos pacientes e melhorar a integração dos setores que cuidam dos sexagenários. Segundo o organismo internacional, alguns países já adotaram estratégias, que vão ao encontro das recomendações da referida organização. É o caso do Brasil, que implementou algumas modificações nos serviços com os idosos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2017).

A Organização Pan-Americana da Saúde lembra, ainda, que a OMS está desenvolvendo uma Estratégia Global e um Plano de Ação sobre Envelhecimento e Saúde. Ela será elaborada e aprovada em consulta com os Estados-membros. Já foram estabelecidas como ações prioritárias, a criação de ambientes *age-friendly* e melhorias no monitoramento e adaptação dos sistemas de saúde às necessidades e ao bem-estar dos sexagenários (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2019).

O aumento no número de suicídios inquieta, cada vez mais a OMS e outros órgãos internacionais. Dessa forma, a saúde mental é um dos alvos a ser alcançado nos “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, especificamente na “meta 3.4” até 2030, cujo fim é reduzir em um terço a mortalidade prematura por doenças crônicas não transmissíveis via prevenção, tratamento e promoção da saúde mental e do bem-estar”. Firmou-se, a partir desse raciocínio, o entendimento que “o suicídio é um indicador de mortes evitáveis e isso mostra o

comprometimento dos países em trabalhar cada vez mais esse tema" (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2017).

Nesse sentido, a importância de uma estratégia global de atenção à saúde do idoso é observada, além do mais, é fundamental o envolvimento e a participação dos países na identificação das situações de risco, as quais contribuem para o aumento do número de suicídios, objetivando a sua prevenção. Por isso, uma das preocupações da OMS é que, os Estados-membros implementem políticas públicas, que contribuam para melhorar a qualidade de vida dos sexagenários, focando, principalmente, na saúde mental.

Conforme as estatísticas da OMS, o Brasil está em quinta posição no mundo e em primeiro lugar no *ranking* latino-americano da depressão. Ademais, os números de suicídios tendem a aumentar, proporcionalmente, às taxas de ansiedade e depressão. A advertência da referida OMS é que "a cada 45 minutos há um suicídio no Brasil, ou seja, 32 pessoas se suicidam por dia no país. A cada 40 segundos há um suicídio no mundo e que a cada 3 segundos há uma tentativa de suicídio" (FEDERAÇÃO DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS, CASAS DE SAÚDE, LABORATÓRIOS DE PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS E DEMAIS ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2017).

Contudo, há de se destacar, no Brasil, o trabalho do Ministério dos Direitos Humanos. Como exemplo, cita-se que, a partir de 2015, o Centro de Valorização da Vida (CVV) Conselho Federal de Medicina e a Associação Brasileira de Psiquiatria realizaram a campanha "Setembro amarelo", conclamando a sociedade a participar da prevenção ao suicídio. Entre as diretrizes, houve a disponibilização para todo o Brasil de um canal de acesso telefônico, pelo Centro de Valorização da Vida, juntamente com o Ministério da Saúde. O atendimento é desenvolvido por voluntários e a ligação é gratuita para o número 188 (BRASIL, 2019).

Em 2017, o Ministério da Saúde divulgou o primeiro Boletim Epidemiológico de Tentativas e Óbitos por Suicídio no Brasil. A partir deste, comprovou-se que é alta a taxa de suicídio entre idosos com mais de 70 anos. Nessa faixa etária, foram registradas a média de 8,9 mortes por 100 mil, nos últimos seis anos. A média nacional é de 5,5 por 100 mil. Tal diagnóstico forneceu uma nova direção na assistência em saúde mental da nação. Constatou-se também que, o risco de suicídio reduz em até 14%, nos locais onde existem Centros de Apoio Psicossocial (CAPS), os quais, foram uma iniciativa do Sistema único de Saúde (SUS), sendo que, o diagnóstico inédito orienta a expansão e qualificação da assistência em saúde mental no país. O Ministério da Saúde, com base nos dados do boletim, lança uma agenda estratégica para atingir meta da OMS de redução de 10% dos óbitos por suicídio até 2020. Entre as ações, destacam-se a capacitação de profissionais, orientação para a população e jornalistas, a expansão da rede de assistência em saúde mental nas áreas de maior risco e o monitoramento anual dos casos no país e a criação de um Plano Nacional de Prevenção do Suicídio (MACIEL, 2017).

Estima-se que, nos próximos 20 anos, a depressão se tornará a doença mais conhecida no mundo, prejudicando mais pessoas do que qualquer outro problema de saúde e será a que mais trará despesas para os governos por causa dos gastos com o tratamento dos pacientes. Os países mais pobres são os que mais são avassalados pelo problema. No Brasil, 23 milhões de pessoas necessitam de tratamento mental. As doenças mais graves estão ligadas à depressão e ansiedade (MENDES, 2013).

Os idosos ocupam posição de destaque, necessitando atenção especial, principalmente, em relação à saúde mental. Um dos grandes desafios da política pública é identificar os fatores, que envolvem o risco de suicídio, especialmente entre os sexagenários, a fim de desenvolver uma política nacional de prevenção e combate. Analisando um perfil em relação aos fatores de risco, que envolvem o suicídio, há “os transtornos mentais, como depressão, alcoolismo, esquizofrenia; questões sócio demográficas, como isolamento social; psicológicos, como perdas recentes, e, condições clínicas incapacitantes, como lesões, dor crônica, neoplasias malignas” (BRASIL, 2017).

Na idade senil, quando há perda de laços referenciais, o idoso fica mais vulnerável. Em média, o jovem faz 20 tentativas para um efeito, o suicídio. No idoso, são quatro tentativas. Muitas vezes, não há tentativa, é única. Eles usam métodos definitivos. De acordo com o Ministério da Saúde, na faixa etária dos 75 anos, ocorrem de oito a 12 suicídios masculinos por um feminino. A depressão tem grande influência. Verifica-se que, por trás do desejo de antecipar o fim da vida, estão as questões relativas à terceira idade, as perdas de saúde, autonomia, produtividade, não se sentir mais útil, etc. Ressalta-se, ainda, que, a aposentadoria faz o idoso ficar mais tempo dentro de casa, prejudicando os relacionamentos sociais e aumentando o isolamento (OLIVETO, 2019).

Desde 2015, o CVV, em parceria com o Conselho Federal de Medicina e a Associação Brasileira de Psiquiatria lançaram a campanha “Setembro amarelo”, convocando cada brasileiro a apoiar e participar da prevenção ao suicídio. Foi disponibilizado para todo o país, um canal de acesso telefônico, o 188, pelo Centro de Valorização da Vida, em parceria com o Ministério da Saúde. A ligação é gratuita e a importância de pessoas depressivas terem acesso a esse canal, é fundamental, pois a estratégia é acolher e compreender a dor dos que se encontram em depressão. Ouvir, pode ser mais importante do que orientar, por isso, investir tempo nesse canal de atendimento possibilita a construção de vínculos, que auxiliam na reabilitação. Na realidade, o tema suicídio deve ser concebido como uma questão de saúde pública, que depende da mobilização de todos os brasileiros. Essas e outras diretrizes fundamentam a política nacional de combate ao suicídio e, principalmente, de ações do Ministério de Direitos Humanos para promoção da proteção e dos direitos dos idosos (BRASIL, 2018).

Atualmente, a lei nº 13.819 de 2019 instituiu a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio no Brasil. Tal lei prevê notificação compulsória, que deverá ser sigilosa e será utilizada para os casos, que apresentarem tentativa de suicídio e automutilação. “Incluiu a criação de um sistema nacional, envolvendo estados, municípios, prevenindo a automutilação e suicídio, bem como um serviço telefônico gratuito para atendimento ao público” (BRASIL, 2019).

A referida política é uma importante ferramenta para compreender a origem dos problemas relacionados a perda de tantas vidas. Objetivou-se através do estudo, criar políticas mais apropriadas para contribuir na melhoria dessa situação. Até pouco tempo, esse problema era tratado como tabu e muitos não queriam tocar no assunto, optava-se pelo silêncio, acreditando que evitaria estímulo a novos casos (BRASIL, 2019). Porém, hoje, os estudiosos destacam a importância da informação a respeito deste delicado tema.

No Brasil, o Estatuto contribuiu para a garantia da tutela do idoso brasileiro, regulando os direitos assegurados às pessoas a partir dos sessenta anos. Convém destacar que, o Estatuto estabelece as oportunidades e facilidades atribuídas à pessoa idosa e constam

como direitos fundamentais, portanto, como alicerces em que se edifica sua proteção integral (BARLETA, 2016).

Atualmente, tem crescido a demanda por serviços de atendimentos especializados para os sexagenários. No Brasil, surgiram as *Instituições de Longa Permanência, os Centros de Convivência e os Centros-Dia para idosos*. Os primeiros oferecem domicílio coletivo para os senis em situação de vulnerabilidade. Os segundos oferecem atividades de cultura e lazer aos que possuem autonomia, independência. Os terceiros se caracterizam como um espaço para atender idosos que possuem algumas limitações para a realização das atividades diárias, mas não comprometimento severo, na maioria das vezes, residem com suas famílias, mas não dispõem de atendimento em tempo integral em seus domicílios, é um serviço destinado às atividades diurnas (FREITAS, 2019).

Na maioria das vezes, não é tarefa fácil, mas é possível buscar opções de convivência, como aulas, academias, vizinhança e outros espaços sociais. Não olvidando que é comum ao passar dos anos reduzir as redes de relações sociais (VALADARES, 2019). Ressalte-se a importância dos idosos em manterem suas amizades, além da família pois, a convivência social evita o isolamento e é fundamental para ajudar a evitar a depressão.

Impende ressaltar que o objetivo do Centro Dia, deve incluir não apenas a proteção, mas a melhoria da qualidade de vida e a autonomia do idoso, favorecendo também as condições de vida dos familiares que passam a ter auxílio no cuidado de seus parentes, sem que isto represente a perda de vínculos. Ao conviver com outras pessoas, eles fazem atividades para passar o tempo de forma prazerosa e construtiva, além de construir e aumentar vínculos sociais e afetivos. Nos municípios que possuem as *Instituições de Centros Dia* para sexagenários, o encaminhamento para esse serviço é realizado através dos Centros de Referência Especializados da Assistência Social (CREAS), relacionados às respectivas Secretarias Municipais de Assistência Social. O problema é que nem sempre há vagas disponíveis para demanda. Urge investimentos públicos para aumentar a oferta destas nos municípios, pois, muitos idosos ficam excluídos desta assistência social que é extremamente salutar. (FREITAS, 2019).

Ante aos dados revelados, a OMS conclama os Estados-membros para o bem-estar social, considerando a saúde psicofísica dos idosos e suscita que os mesmos desenvolvam políticas públicas adequadas a solucionar ou o problema suscitado. O Brasil dispõe de algumas políticas públicas direcionadas nessa área, conforme ficou evidenciado, porém, ainda há muito por fazer pela pessoa idosa para que a mesma seja tutelada nas suas necessidades e sua dignidade seja respeitada.

6. CONCLUSÃO

Enfatizou-se no decorrer do presente trabalho que há uma pertinente preocupação da OMS e da OEA direcionada ao novo quadro demográfico mundial, visto o crescente número de pessoas idosas. Por conseguinte, ocorre o surgimento de novas demandas para atender as necessidades desse público, especialmente, ao que se refere à saúde integral e o bem estar social da pessoa idosa.

Quanto ao Brasil, evidenciou-se que na literatura jurídica já havia, previamente, um anseio para atender e proteger a terceira idade. Note-se, a saber, o Estatuto que regula os direitos assegurados a esse grupo vulnerável. Observou-se que falar sobre suicídio, até pouco tempo era considerado um imenso tabu. Porém, atualmente, devido às atuais políticas públicas, esse tema, passou a ser amplamente debatido pela sociedade e também através do Centro de Valorização da Vida (CVV), Ministério da Saúde e do Conselho Nacional de Medicina.

A partir da análise dos aportes teóricos como o Estatuto, a Convenção, sites jurídicos nacionais, internacionais e governamentais pertinentes à pesquisa, bem como, sites especializados de sindicato de hospitais, de psicologia, de enfermagem; revistas jurídicas e jornais; Ministério de Direitos Humanos e Família verificou-se várias políticas públicas brasileiras que corroboram para a melhoria da situação apresentada e se sobressaíram nesse artigo quatro delas. A primeira, é o canal de acesso telefônico, pelo CVV, juntamente com o Ministério da Saúde. A segunda, refere-se a importância do trabalho dos Centros de Apoio Psicossocial (CAPS) reduzindo o risco de suicídio nos locais disponíveis. A terceira, é a lei nº 13.819 de 2019 direcionada à Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio no Brasil. Ela prevê a notificação compulsória que deverá ser sigilosa para os casos que apresentarem tentativa de suicídio e automutilação. Dessa forma, os dados levantados formam uma importante ferramenta para compreender as causas desse problema.

A quarta política, enfatiza as Instituições de Longa Permanência, os Centros de Convivência e os Centros-Dia, espaços de convivência social com atendimento especializado para atender as necessidades do idoso com opções de convivência, lazer e participação social. Faz-se indispensável investimentos para ampliação e para a disponibilização desse serviço em todo o território nacional. Esses são exemplos de políticas públicas brasileiras que têm contribuído na melhoria e na qualidade de vida de muitos idosos brasileiros, corroborando para diminuir as doenças mentais como a depressão e o risco de suicídio.

Nessa seara, o Brasil em 2015 assinou a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, documento juridicamente vinculante aos Estados Partes. Ela deverá ser incorporada ao ordenamento jurídico pátrio e contribuirá efetivamente com a proteção do idoso, principalmente no que se refere a saúde mental. Tal análise partiu da interpretação devidamente expressa no artigo 19 do referido diploma. Apesar das legislações nacionais que protegem o idoso brasileiro, esse documento colaborará intensamente com a saúde e o bem-estar social do idoso ao ser incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em relação à saúde psicofísica da pessoa idosa.

Constatou-se após a revisão bibliográfica que, atualmente, a discriminação, a falta de condições econômicas, o abandono e a violência cometida contra o indivíduo idoso, consideradas como violação aos direitos humanos e, essencialmente, a falta de políticas públicas adequadas para a prevenção de saúde mental do idoso no Brasil, carecem de particular atenção por parte dos gestores públicos. Diante dessa realidade, apurou-se que há urgência na articulação entre família, sociedade civil e o poder público para minimizar o índice de suicídios entre idosos. Verificou-se que há muito ainda por fazer a favor desse grupo vulnerável.

Por todo o exposto, é fundamental que a sociedade e o poder público prestem mais atenção à vulnerabilidade da pessoa idosa e implementem políticas públicas eficientes e adequadas, direcionadas, particularmente, ao seu aspecto mental e emocional. Nesse viés, deve ocorrer um engajamento por parte da sociedade, pois, é imprescindível que o idoso

como elemento integrante de um grupo vulnerável, tenha assegurado amplamente os seus direitos de personalidade e respeitada a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Evandro Luan de Mattos; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. Uma análise do caso Ximenes Lopes versus Brasil: o debate sobre políticas públicas, Saúde mental e direitos humanos no Sistema interamericano de direitos Humanos. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*. Santo Ângelo. V. 20, n. 36, p. 129-155, 2020. Disponível em: http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2982/0. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL Ministério de Direitos Humanos. *Sancionada a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio*. 2019. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/abril/sancionada-a-politica-nacional-de-prevencao-da-automutilacao-e-do-suicidio>. Acesso em: 14 ago. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de decreto legislativo 863/2017*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWebprop_mostrarintegra?codteor=1629742&filenamePDC+863/2017. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%202.8481940?OpenDocument. Acesso em: 15 ago. 2020.
- BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BRASIL. Governo Federal. *MDH alerta para Dia Mundial de Prevenção ao Suicídio e cita pessoas idosas*. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/setembro/mdh-alerta-para-dia-mundial-de-prevencao-ao-suicidio-e-cita-pessoas-idosas>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- BRASIL. Lei 10.741/2003. *Estatuto do Idoso*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. Lei 13.819/2019. *Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13819.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Violência intrafamiliar: orientações para prática em serviço*. Secretaria de Políticas de Saúde, Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2001.
- BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. *MDH alerta para Dia Mundial de Prevenção ao Suicídio e cita pessoas idosas*. 2018. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/setembro/mdh-alerta-para-dia-mundial-de-prevencao-ao-suicidio-e-cita-pessoas-idosas>. Acesso em: 12 ago. 2020.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Brasil: manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É possível prevenir. É necessário superar*. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.
- FEDERAÇÃO DOS HOSPITAIS, CLÍNICAS, CASAS DE SAÚDE, LABORATÓRIOS DE PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS E DEMAIS ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Brasil lidera ranking de depressão e suicídio na América Latina*. Disponível em: <https://fehoesp360.360.org.br/sindhop>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- FREITAS, Raquel; RIBAS, Fabio. *Centro Dia do Idoso: espaço de proteção e cuidado*. Disponível em: http://prattein.com.br/home/index.php?option=com_content&view=article&id=855:centro-dia-do-idoso-espaco-de-protacao-e-cuidado&catid=100:programas-de-atencao-ao-idoso&Itemid=190. Acesso em: 19 ago. 2020.

GOLDFARB, Maurício. *Los adultos mayores como sujetos vulnerables* (a propósito de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores). Disponível em: http://repositorio.unne.edu.ar/bitstream/handle/123456789/9055/RIUNNE_AR_Goldfarb_M_10.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 17 ago. 2020.

GUERRA, Sidney; TONETTO, Fernanda Figueira. O direito de ação como instrumento de tutela dos direitos humanos. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*. Santo Ângelo, v. 18, n. 31, p. 85-102, 2018. Disponível em: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2685. Acesso em: 26 fev. 2020.

https://digital.csic.es/bitstream/10261/196077/3/Older_Persons_Human_Rights.pdf. Acesso em: 16 ago. 2020

INTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Idosos indicam caminhos para uma melhor idade*. 19 março 2019. Disponível em: <https://censo2020.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html>. Acesso em: 17 ago. 2020.

JUSTO, José Sterza; ROZENDO, Adriano da Silva. A velhice no Estatuto do Idoso. *Periódicos Eletrônicos em Psicologia*. Rio de Janeiro n. 2, p. 471-489, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1808-42812010000200012&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 Ago. 2020.

MACIEL, Victor. Taxa de suicídio é maior em idosos com mais de 70 anos. *Ministério da Saúde*, 21 Setembro 2017. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/29691-taxa-de-suicidio-e-maior-em-idosos-com-mais-de-70-anos>. Acesso em: 18 ago. 2020.

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direitos da Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Centro Latino-americano de Estudos sobre Violência e Saúde Jorge Careli. Inserção do tema violência contra a pessoa idosa nas políticas públicas de atenção à saúde no Brasil. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol.15, n°6, 2010.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Pesquisa Social: Teoria, método e criatividade*. Editora Vozes, Petrópoles, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Ampliando os direitos da personalidade*. In.: 20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional. Org.: José Ribas Vieira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 18 ago. 2020.

OCA, Verônica Montes de et al. *Older persons and human rights in Latin America and the Caribbean*. 2018. Disponível em: https://digital.csic.es/bitstream/10261/196077/3/Older_Persons_Human_Rights.pdf. Acesso em: Acesso em: 16 ago. 2020.

OLIVEIRA, Simone Camargo, et al. Violência em idosos após a aprovação do Estatuto do Idoso: revisão integrativa. *Revista Eletrônica de Enfermagem*. v.14, 2012. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/fen/article/view/12919>. Acesso em: 18 ago. 2020.

OLIVETO, Paloma. Crescem os casos de suicídio entre idosos no Brasil. *Correio Braziliense*. Disponível em: <https://especiais.correiobraziliense.com.br/crescem-os-casos-de-suicidio-entre-idosos-no-brasil>. Acesso em 16 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. A ONU e as pessoas idosas. *Nações Unidas Brasil*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>. Acesso em: 12 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. OMS cobra melhorias no atendimento aos idosos. *Nações Unidas Brasil*, 02 outubro 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-cobra-melhorias-no-atendimento-aos-idosos/>. Acesso em: 18 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Plano de ação internacional contra o envelhecimento, 2002*. Organização das Nações Unidas, tradução de Arlene Santos, Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. Disponível em: http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_manual/5.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Plano de ação internacional sobre o envelhecimento, 2002*. Tradução Arlene Santos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. Título original: Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, 2002. Disponível em: http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_manual/5.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos de 2015*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso/Textos/Convenção%20Interamericana.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Relatório mundial sobre violência e saúde. Genebra (Suíça)*. Organização Mundial de Saúde, 2002. Disponível em: <https://opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *No Dia Internacional da Pessoa Idosa, OPAS chama atenção para envelhecimento saudável*. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5515:no-dia-internacional-da-pessoa-idosa-opas-chama-atencao-para-envelhecimento-saudavel&Itemid=820. Acesso em: 16 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Suicídio é grave problema de saúde pública e sua prevenção deve ser prioridade*. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5674:suicidio-e-grave-problema-desaudepúblicaesuaaprevencaodeveserprioridadeafirmaopasoms&Itemid=839. Acesso em: 18 ago. 2020.

REMÉDIO, José Antonio; FARIA, Cássio Henrique. *Convenção da Apostila de Haia: Incorporação e Integração ao ordenamento jurídico nacional e interface com os direitos fundamentais*. 2019. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 14, n. 2, p. 708-726, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/7050>. Acesso em: 18 ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Apelação Criminal nº 0201897.91.2011.8.19.0001 – 38ª Vara Criminal*. Apelante: Ministério Público. Apelada: Elisângela Rodrigues da Silva. Relatora Juíza Marcia Perrini Bodart, Rio de Janeiro, julgamento em 19 de Fevereiro de 2013. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/385389540/apelacao-apl-2018979120118190001-rio-de-janeiro-capital-38-vara-criminal?ref=feed>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ROBINSON, Mary. *O Marco legal internacional e nacional dos direitos da pessoa idosa*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/cc/3/idoso/marco.htm>. Acesso: 15 ago. 2020.

SANTOS, Cristiano Lange dos; SCHMIDT, João Pedro. *Juventude e suicídios: exame da política de prevenção do suicídio no município de Porto Alegre*. 2019. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 14, n. 2, p. 238-260, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/7330>. Acesso em: 19 ago. 2020.

UNITED NATIONS. *Second World Assembly on Ageing*. Political Declaration and Madrid International plan of action on ageing. Madrid, Spain, 2002. Disponível em: https://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/Madrid_plan.pdf. Acesso em: 16 ago. 2020

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2020). *World Population Ageing 2019*. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/files/documents/2020/Jan/un_2019_worldpopulationageing_report.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Em 2030, Brasil terá a quinta população mais idosa do mundo*. *Jornal da USP*, 07 junho 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/em-2030-brasil-tera-a-quinta-populacao-mais-idosa-omundo/>. Acesso em: 14 ago. 2020.

VALADARES, Carolina. *Convivência social ajuda a prevenir depressão entre os idosos*. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/promocao-da-saude/53632-convivencia-social-ajuda-prevenir-depressao-entre-os-idosos>. Acesso em: 13 ago. 2020.

VIOLÊNCIA contra o idoso provoca desejo de suicídio. *Diário da Manhã*. Goiânia /GO, 05 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.dm.jor.br/cotidiano/2016/07/violencia-contra-o-idoso-provoca-desejo-de-suicidio/>. Acesso em: 14 ago. 2020.

Recebido/Received: 22.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

DIREITO À SAÚDE E OS PROBLEMAS DO DISCURSO CONSEQUENCIALISTA

RIGHT TO HEALTH AND THE PROBLEMS OF CONSEQUENTIALIST DISCOURSE

ILTON GARCIA DA COSTA¹
ANTONIO CYRO VENTURELLI²

RESUMO

O direito à saúde está assegurado na Constituição da República de 1988 como um dos direitos fundamentais do ser humano, sendo dever do Estado garanti-lo através da execução de políticas públicas, consubstanciadas no denominado mínimo vital. Todavia, a aplicação, errônea, da teoria da reserva do possível, para esse fim, produz um vínculo entre a efetivação dos direitos e a capacidade financeira do Estado. A EC 95/2016 implementou o denominado teto de gastos. Não bastasse a adoção enviesada da mencionada teoria e da questão orçamentária, a recente alteração legislativa à LINDB passou a exigir, na esfera judicial, que o magistrado aponte as consequências práticas de sua decisão. Em razão disso, o presente estudo, através do método dialético, partiu do seguinte problema: é dado aos juízes entrever um leque completo das consequências possíveis resultantes de sua decisão, perfazendo-se um verdadeiro exercício de futurologia? Conclui-se que houve, a bem da verdade, uma flagrante tentativa de mitigação da força normativa dos princípios, com o objetivo inconfessável de frear o ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Mínimo existencial. Reserva do possível. LINDB. Consequencialismo.

ABSTRACT

The right to health is affirmed in the Constitution of the Republic of 1988 as one of the fundamental rights of the human being, being the duty of the State to guarantee it through the execution of public policies, embodied in the so-called vital minimum. However, the erroneous application of the theory of the reserve of the possible for this purpose produces a link between the realization of rights and the financial capacity of

- 1 Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Avaliador de IES e Curso do MEC INEP, Membro do Comitê de Área da Fundação Araucária de Apoio a Pesquisa do Estado do Paraná, líder do Grupo de Pesquisa em Constitucional, Educacional, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS da UENP, Mestre em Administração pelo UNIBERO, ex Vice-Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB SP, ex Presidente da Comissão de Estágio da OAB SP, membro da Comissão de Direito Constitucional e Com. de Liberdades Religiosas, ex Diretor de Planejamento e Controles de Banco, Especialista em Formação Profissional – Alemanha, Especialista em Finanças, Matemático, Advogado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-0093-161X>. E-mail: iltoncosta@uenp.edu.br e iltongcosta@gmail.com.
- 2 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP; Especialização em Direito Constitucional; graduação em Direito e em Administração de Empresas, é professor de Direito Civil do curso de Direito da Faculdade Eduvale – Avaré, é Chefe de Seção Judiciário 2º Ofício da Comarca de Piraju/SP servidor do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP cyrotjsp@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

COSTA, Ilton Garcia da; VENTURELLI, Antonio Cyro. Direito à saúde e os problemas do discurso consequencialista. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 209-223, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.7988>.

the state. EC 95/2016 implemented the so-called spending cap. Not only was the skewed adoption of the aforementioned theory and the budget issue sufficient, the recent legislative amendment to the LINDB now required the magistrate to point out the practical consequences of his decision. Because of this, the present study, through the dialectical method, started from the following problem: Are judges given a full range of possible consequences resulting from their decision, making a real exercise in futurology? In conclusion, there was, in fact, a flagrant attempt to mitigate the normative force of the principles, with the unmistakable objective of curbing judicial activism.

KEY WORDS: Right to health. Existential minimum. Reservation of the possible. LINDB. Consequentialism.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tem como um dos seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais dispõem-se que são direitos sociais, dentre outros, o direito à saúde (art. 6º). Diz mais ainda que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196 e 197) (BRASIL, 1988).

A estrutura tridimensional das normas constitucionais está disposta em três círculos concêntricos. No primeiro, tem-se o denominado “núcleo essencial” – que consiste no princípio da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88). Depois, a chamada “parte ponderável” – que abarca o princípio da concordância prática ou da proporcionalidade. Por fim, a “área metajurisdicional” – caracterizada pelo princípio da separação de poderes.

Observa-se que a ponderação é o processo pelo qual se resolverá a tensão entre princípios contrapostos. Com rigor, existem dois caminhos muito bem definidos como resultado de um processo ponderativo, sendo: a) a ponderação harmonizante, que busca conciliar os princípios em tensão, mediante a aplicação da concordância prática (concessões recíprocas dos valores em colisão); e, b) a ponderação excludente que escolhe um princípio vencedor, com sacrifício dos demais princípios em conflito, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

No que tange a essa ponderação excludente, há de se aplicar a tríade subprincipal, que envolve a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Em uma colisão de direitos, a aplicação dessa tríade dar-se-ia nos seguintes termos: i) Analisar a possibilidade da medida levar à realização pretendida (adequação); ii) A medida tem que ser a menos restritiva aos direitos e interesses envolvidos (necessidade); e, iii) A finalidade pública buscada a ponto de justificar a restrição imposta (proporcionalidade em sentido estrito).

O desafio do jurista do século XXI é justamente emprestar cientificidade às teorias da argumentação jurídica, de modo a respaldar as decisões judiciais que inovam a ordem jurídica. Portanto, o grande dilema do juiz hodierno será sempre o enquadramento da sua norma-decisão: núcleo essencial, zona de ponderação de valores ou espaço normativo metajurisdicional (GOES, 2018, p. 166).

O artigo tem por objetivo discorrer sobre os princípios da aplicabilidade imediata (mínimo existencial) e da concordância prática ou da proporcionalidade (reserva do possível), ante às possibilidades e limitação da atuação do Estado no cumprimento do direito à saúde e no fornecimento de medicamentos, que está “subordinado” à existência de recursos públicos

disponíveis, aí se incluindo a atuação do Poder Judiciário, levando-se em consideração a EC 95/2016 e as recentes alterações na LINDB, com o advento da Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, notadamente, quanto ao art. 20, que obriga o magistrado, no âmbito da esfera judicial, a considerar as “consequências práticas” de sua decisão.

2. O MÍNIMO VITAL

As teorias do núcleo essencial envolvem a capacidade de gerar um direito subjetivo *de per si*, sem depender de um processo de ponderação de valores, nem de atuação superveniente do legislador democrático, podendo, tudo superar, o que inclui as reservas do possível, fática e jurídica, e a própria dificuldade contramajoritária do poder judiciário.

A teoria dos direitos fundamentais sociais, atualmente, hospeda uma crescente discussão em torno do que se convencionou chamar de mínimo vital. Essa teoria impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração da sociedade como uma questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal. O texto constitucional claramente se orienta nesse sentido, como por exemplo: ao fixar como um dos seus objetivos a cidadania, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 71)

Oportuna a transcrição dos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet acerca dos direitos fundamentais sociais:

[...] cremos ser possível afirmar que os direitos fundamentais – de modo particular os sociais – não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade (...) no contexto de um constitucionalismo dirigente “fracassado e superado”, mas sim, premente necessidade, **já que a sua desconsideração e ausência de implementação fere de morte os mais elementares valores da vida e da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações**, além de conduzir – tal como com lucidez adverte Paulo Bonavides – a uma lamentável, mas cada vez menos contornável e controlável, transformação de muitos Estados Democráticos de Direito em verdadeiros “estados neocoloniais”. (com destaques acrescentados) (SARLET, 2010, p. 315)

O atendimento a direitos como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (CF, art. 6.º) exige dos poderes públicos, na maior parte dos casos, prestações positivas (direitos de promoção ou direitos prestacionais).

A implementação de tais direitos ocorre mediante políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna (NOVELINO, 2011, p. 459).

Importa anotar que o STF, após o advento da constituição cidadã, tem se posicionado no sentido de que o Poder Judiciário deve sim, intervir nas políticas públicas, o que pode ser conferido nas explicações de RUSSO e LEHFELD (2016, p. 324):

O Supremo Tribunal Federal vem consolidando o entendimento, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1.988, no sentido que o Poder Judiciário deve intervir nas políticas públicas com vistas a concre-

tizar o direito à saúde, com supedâneo nos artigos 6º e 196 da Carta Magna, no núcleo básico constitucional que qualifica o mínimo existencial e das legislações ordinárias em consonância com a reserva do possível. (RUSSO; LEHFELD, 2016, p. 324).

No mesmo sentido, os dizeres de Bruna Geovana Fagá Tiessi e Ilton Garcia da Costa:

Nesse contexto, o mínimo existencial passou a ser estudado levando-se em consideração à própria questão da pobreza e das condições mínimas de existência digna. Daí entender-se que não há possibilidade de se efetivar os direitos fundamentais sem que ao mesmo tempo seja resguardado o mínimo necessário a cada indivíduo (TIESSI; COSTA, 2013, p. 174).

3 A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível originou-se em 1972, por meio de um julgamento realizado pelo Tribunal Federal Alemão, em uma decisão conhecida como "*numerus clausus*", estabelecendo que o direito postulado pelo cidadão deve estar sujeito à reserva do possível, em relação à sociedade.

É o que ensina Vidal Serrano Nunes Junior:

A teoria em análise parte do pressuposto de que as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais ingênitos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder Público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidades orçamentárias para tanto. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 172)

Quanto a essa escassez, Ingo Wolfgang Sarlet pontua que:

Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais (...) É justamente em virtude desses aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma "reserva do possível", que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma. (SARLET, 2010, p. 254)

Como se vê, a teoria da reserva do possível faz referência a orçamentos e recursos, além de observar com razoabilidade, requisitos que o administrador deverá considerar dentro do que é economicamente possível, respeitando os princípios da administração pública.

Constata-se que a existência do princípio do mínimo existencial, combinado com a reserva do possível, requer equilíbrio, em situações onde o Estado tem o dever de garantir o mínimo necessário, e.g., a saúde do cidadão, mas, em contrapartida, não há recursos financeiros suficientes.

Com a escassez de recursos, o Estado se propõe a realizar somente o que está dentro de seus limites orçamentários e ao se deparar com um direito fundamental que possui respaldo no mínimo existencial alega que os recursos disponíveis são finitos.

Sob o entendimento de que a escusa é inaceitável, resta ao prejudicado tomar as providências cabíveis para garantir seu direito constitucionalmente assegurado, não podendo o Estado apenas esquivar-se do dever, ante à carência de recursos.

4. O CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL, NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Não resta dúvida de que o direito à saúde é um dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal (art. 6º, 196 e 197), o que significa dizer que deve ser efetivado de maneira ampla e irrestrita pelo Estado.

Nesse sentido, a lição de Marcelo Novelino:

O atendimento a direito como educação, **saúde**, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (CF, art. 6.º) exige dos poderes públicos, na maior parte dos casos, prestações positivas (*direitos de promoção ou direitos prestacionais*). A implementação de tais direitos ocorre mediante políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a **reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna.**" (NOVELINO, 2011. p. 525, com destaques acrescentados)

O mínimo existencial abarca os direitos sociais, necessários a uma vida permeada pelos direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, constitucional e internacionalmente, reconhecidos.

Em face dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, e a situação financeira do Estado, ocorrem conflitos justamente em situações tais em que o cidadão necessita da assistência para garantir sua saúde, como, *e.g.*, no fornecimento de medicamentos. Esse cidadão, a partir da recusa do Estado em lhe prestar atendimento, recorre ao Judiciário, buscando a satisfação desse direito.

A partir daí, surgem indagações acerca de uma eventual violação do princípio da separação dos poderes, sob o argumento de que o Judiciário estaria se imiscuindo nas questões afetas ao Executivo. Esse, contudo, não parece ser um argumento factível, à vista da aplicação da doutrina da efetividade. Em que pesem as normas programáticas não possuírem eficácia plena, é indubitável que elas se prestam a garantir o mínimo existencial, aí se incluindo o dever de "prestar" saúde. Ora, caso o direito à saúde não possa encontrar sua plenitude, de outro lado, compete ao Estado traçar as diretrizes para alcançar o bem comum, o que significa dizer que ele tem o dever de garantir o seu núcleo – leia-se, o direito à vida – razão pela qual, o Judiciário estaria sim, autorizado a determinar ao Executivo o cumprimento desse dever, já que a Constituição da República, a esse respeito, possui densidade normativa suficiente para tanto.

Cabe ao Juiz, quando provocado, proferir sentido concreto à lei e comedir a juridicidade do ato administrativo, com o intuito de que este não impugne a consumação da ordem social.

Todavia, é imperioso debruçar-se sobre a origem do princípio da reserva do possível, a fim de que se possa observar com clareza meridiana que há séria distorção na importação e aplicação do modelo alemão em nosso ordenamento, notadamente quando se tratam de direitos fundamentais.

O argumento da reserva do possível, em seu nascedouro, não atina com direitos integrantes do mínimo vital, como o acesso à assistência à saúde ou à educação básica, mas ao ensino público superior. Esse é o ponto.

Nas palavras de Nunes Junior (2009, p. 172), outra não é a conclusão: *“as condições jurídico-positivas nas quais a teoria nasceu não se reproduzem no Brasil.”*

Na mesma esteira, é o sentir de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 255):

[...] não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET, 2010, p. 255).

Oswaldo Canela Junior (2011), ao discorrer sobre “O papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais”, traz a lume o orçamento como instrumento para a realização do Estado social. Não é demais repetir. Em sua visão, o orçamento deve ser supedâneo para a implementação de políticas públicas, e não o contrário. Por mais paradoxal que possa ser, essa é justamente a construção doutrinária formulada pelo exegeta. É o orçamento a serviço do bem-estar social e não como óbice a direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata e sem delongas, repelindo, assim, a lógica da aplicação do princípio da reserva do possível. Vale a transcrição:

Constata-se que o fenômeno econômico tem sido invocado para impedir a concessão de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário. Alega-se, em geral, que o Poder Judiciário não pode conceder direitos cuja satisfação demandará receitas não disponíveis pelo Estado. Tal fundamento, contudo, traz em si a desconsideração de que o Estado brasileiro possui objetivos a serem efetivamente atendidos de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização, e não como óbice. Com efeito, um dos argumentos mais utilizados para justificar a ausência de efetividade dos direitos fundamentais sociais é o seu impacto econômico-financeiro. A percepção de que a satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais causa vinculação econômica no orçamento do Estado suscitou o tema da “reserva do possível”, amplamente difundido na doutrina e na jurisprudência, a ponto de ser utilizado como justificativa para eventual inércia do Poder Judiciário na tutela daqueles direitos. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 102)

E arremata, com severa crítica à teoria da reserva do possível, expondo que a fundamentação dos argumentos de seus defensores está calcada sob a égide de um Estado liberal, distante do que preconiza a Constituição brasileira de 1988:

Verifica-se, pois, que a teoria da "reserva do possível" traz em si o espírito estritamente liberal - ou neoliberal -, incompatível com a realidade da Constituição brasileira, porquanto pretende uma inatingível estabilidade orçamentária, afastada dos postulados programáticos do Estado social. (...) O pressuposto da "reserva do possível", ao considerar o orçamento como peça estanque de equilíbrio econômico-financeiro, desalinha-se da realidade principiológica do Estado social, causando a paralisação da atividade jurisdicional, em conduta que se mostra frontalmente contrária ao disposto no art. 3º da Constituição Federal. (Ibid, p. 108-111)

Nesse passo, quando há conflito de princípios entre si um não derroga o outro, mas sim deve ser feita a sua ponderação, por meio da análise da proporcionalidade, conforme se extrai dos apontamentos de Robert Alexy:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. (...) Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008. p. 117-118)

Demais disso, o STJ (Resp 1.657.156-RJ) fixou requisitos para que o Judiciário possa examinar as demandas que pleiteiam o fornecimento de medicamentos que não constam do anexo I da Portaria n.º 2.982/2009 do Ministério da Saúde, quais sejam: i) imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira do paciente; e, iii) registro do medicamento na Anvisa.

Como se vê, também o Judiciário tem agido no sentido de que haja coerência e objetividade na concessão do bem da vida.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Oportuno salientar que a separação de poderes na obra de Montesquieu deve ser analisada ponderando o ativismo judicial e a figura do legislador democrático. Nesse sentido, é salutar, desde logo, clarificar a discussão em torno da impossibilidade de se invocar o princípio da separação dos poderes com o intuito da não efetivação dos direitos fundamentais sociais, aí se incluindo o direito à saúde.

Canela Junior enfrenta a questão, enaltecendo a independência do Poder Judiciário:

Não é possível a invocação do princípio da separação dos poderes para a não apreciação da pretensão do titular do direito fundamental social. Como já ressaltado, o Poder Judiciário, durante o exercício do controle de constitucionalidade, não interfere na esfera exclusiva de atribuição das demais formas de expressão do poder estatal por que atua exclusivamente no âmbito jurisdicional. (...) Por outro lado, o princípio da separação de poderes não pode ser utilizado para justificar a violação dos objetivos do Estado, aos quais todas as formas de expressão do poder estatal estão vinculadas. (...) Considera-se imparcial um Poder Judiciário que, não influenciado pelas vicissitudes político-partidárias, vincula-se completamente aos objetivos do

Estado. Como um dos objetivos fundamentais do Estado é a efetivação da igualdade substancial, ex vi do disposto no art. 3º da Constituição Federal, o Poder Judiciário demonstra toda a sua imparcialidade e Independência ao efetivar, mediante prestação jurisdicional, os direitos fundamentais, em especial os sociais. (...) Ao contrário do que reza a lógica da "reserva do possível", é a sentença judicial transitada em julgado que integrará o orçamento, obrigando o Estado a reajustar receitas e despesas, a fim de que os seus objetivos fundamentais sejam efetivamente atingidos. Este é, sem dúvida, o melhor alcance social que o Poder Judiciário poderia dar às suas decisões, na esteira do comando contido no art. 5º da LINDB, em especial no caso de países subdesenvolvidos, em relação aos quais a opressão econômica e a miséria dos povos atingem patamares alarmantes. (CANELA JUNIOR, 2011, 94/95, 98, 109)

Diante da pretensão resistida, em relação à efetiva prestação estatal dos direitos sociais básicos, principalmente ao direito à saúde, e da recusa por parte do Estado, o caminho que resta para atender às suplicas do cidadão é o ingresso no Judiciário, e.g., para a disponibilização de leitos nos hospitais, realização de tratamentos ou intervenções cirúrgicas, ou fornecimento gratuito dos medicamentos. Situações essas que fazem parte do cotidiano dos operadores do direito.

Ademais, há de se reconhecer que a especificidade do sistema político está no tipo de comunicação que ele produz, ou seja, a comunicação do poder. De acordo com a teoria luhmanniana, a política é um sistema de comunicação operacionalmente fechado, autorreferente e autopoietico. O sistema político, bem como o do direito produzem operações sociais específicas, operações essas que promovem sua diferenciação social, cujo acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico se dá através da Constituição Federal.

Nesse sentido:

A partir da dicotomia comunicativa (governo/oposição), o sistema político pode distribuir alternativas de decisão entre o governo e a oposição, em que as decisões políticas coletivamente vinculantes são tomadas pelo governo, ao passo que as ideias sobre alternativas possíveis de decisão passam a ser consideradas pela oposição (LUHMANN, 2005, p. 487). Assim, o governo decide e a oposição serve como referência reflexiva sobre essa decisão, mostrando outras possibilidades que o governo poderia tomar, possibilitando refletir sobre a decisão tomada pelo governo. A oposição, ao contrário do que acredita o senso comum, não deve se opor a toda decisão tomada pelo governo, ela deve mostrar as alternativas que não foram tomadas com o intuito de gerar reflexão sobre a decisão tomada pelo governo. (ROCHA; BAHIA, 2016, p. 75/76)

A partir das citações acima, pode-se observar que a atuação do magistrado é das mais difíceis, no que se refere aos requerimentos de efetivação do direito social fundamental, porquanto a realidade de determinadas administrações públicas poderá resultar num óbice material para a concretização da própria decisão judicial. O que não deveria ocorrer, a bem da verdade.

6. A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA

Os Instrumentos de Planejamento e Orçamento, nos termos da CF/88, consistem em PPA, LDO e LOA.

O PPA, com vigência de quatro anos, tem como função estabelecer as diretrizes, objetivos e metas de médio prazo da administração pública. Cabe à LDO, anualmente, enunciar as políticas públicas e respectivas prioridades para o exercício seguinte. Já a LOA tem como principais objetivos estimar a receita e fixar a programação das despesas para o exercício financeiro.

Dito isso, a Carta Magna indica o caminho a ser percorrido, ou seja, o legislador constituinte estabeleceu que as normas fundamentais têm aplicabilidade imediata e eficácia plena, de modo que o orçamento se presta, exatamente, a dar cumprimento a esse comando constitucional. Qualquer postura diversa do administrador público é pura tergiversação.

Nesse sentido:

[...] o princípio da dignidade humana é aquele que qualifica o homem como o único ser dotado de valor não-relativo. Bem por isso, na esfera do mínimo vital, porquanto inerente à noção de dignidade humana, não há como mitigar-se, vale dizer, relativizar-se a noção de dignidade com base em previsões orçamentárias. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 190)

Anote-se que a Constituição Federal é pródiga em assentar disposições sobre o direito à saúde. À guisa de exemplificação, cite-se o artigo 6º, que estabelece que a saúde compõe um direito social. No artigo 7º, outros dois incisos referem-se à saúde: o IV, determina que o salário mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básica do trabalhador e às de sua família, inclusive a saúde; já o inciso XXII, prescreve a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Os artigos 23, e 24, XII, tratam da competência comum e concorrente que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios detêm para garantir a defesa e efetivação do direito à saúde, legislando sobre ela. O artigo 34, inciso VII, alínea "e" e 35, inciso III, abordam a possibilidade de a União intervir nos Estados e Municípios quando não for aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Depreende-se do artigo 196 que a saúde é considerada 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.

Dessa forma, o direito à saúde, tanto física quanto mental, é essencial ao direito à vida que deve ser ofertado por todos os entes federativos através de políticas de tratamento e de prevenção, assistência médica, psicológica e jurídica, garantindo à sociedade a efetividade desse direito. Noutras palavras, o direito à saúde deve observar o princípio da igualdade material, que considera o caso concreto, bem como o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

Todavia, erroneamente, invoca-se a necessidade de se fazer escolhas – trágicas, aliás, como se diz –, a fim de que o princípio da reserva do possível, que se pauta na necessidade-

-possibilidade (repita-se – que não guarda relação alguma entre o preconizado pelo ordenamento brasileiro e o pedido de acesso universal ao ensino público superior – no caso alemão), respeite os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando que, para um medicamento de alto custo, a justiça não o conceda à apenas um indivíduo, em detrimento de um sem número de outros.

Nos termos da Lei 8.080/1990 e da 8.142/1990, o Sistema Único de Saúde deve ser o garantidor do direito à saúde, por meio da criação de uma política descentralizada e solidária, bem como disponibilizar hospitais e postos de saúde e outros meios que promovam o atendimento populacional, priorizando as ações preventivas, nos moldes da Magna Carta de 1988, devendo informar a população acerca de seus direitos e dos riscos à saúde.

Ora, feitas essas considerações, não se pode admitir que o órgão julgador seja benevolente com o devedor – no caso, o próprio Estado, definitivamente, não. Deixar de condenar, porque o demandado carece de patrimônio para satisfazer a obrigação é, no mínimo, agir por sentimentos benignos, como se disse.

Osvaldo Canela Junior dá um bom exemplo do que essa prática representaria, acentuando que o Poder Judiciário deve sim interferir no orçamento público:

Durante a fase declaratória do direito, portanto, não é dado ao órgão jurisdicional absorver a questão econômico-financeira para paralisar sua atividade. **Isto representaria, em comparação com o plano privado, a esdrúxula figura na qual o devedor não seria condenado à reparação do dano, porque não dispõe de patrimônio suficiente para o adimplemento futuro do título executivo judicial.** Se o patrimônio do Estado não é suficiente para o adimplemento completo de suas obrigações constitucionais, abre-se o caminho para duas soluções possíveis: a) aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes, no caso de concessão de tutelas de urgência; ou, b) o ajuste orçamentário para o cumprimento da sentença transitada em julgado. (...) Orçamento, assim como qualquer ato estatal, deve estar estritamente vinculado aos objetivos inscritos no art. 3º da Constituição Federal. Tal afirmação é consentânea com o pressuposto inarredável de que os fins do Estado somente poderão ser efetivamente atingidos por meio da utilização dos dinheiros públicos. (...) Do ponto de vista do Estado social, o orçamento não pode ser óbice à concessão dos direitos fundamentais sociais, mas seu instrumento de realização. (...) Conclui-se, pois, que a interferência do Poder Judiciário no orçamento público não somente é permitida, como igualmente obrigatória nas hipóteses de violação dos direitos fundamentais sociais. (destaques acrescentados) (CANELA JUNIOR, 2011, 103, 107/108, 111)

Observe-se com agudeza de detalhe, conforme assevera o autor, que jamais o aplicador da lei deverá se abster de sancionar o Estado inadimplente, sob o infeliz fundamento de que o devedor se encontra com seu passivo a descoberto e, por isso, não reúne condições de adimplir a obrigação.

Por certo que os mais incautos defenderão posicionamento contrário, sob o argumento de que a peça orçamentária serviria justamente para delimitar os gastos públicos. Todavia, a Constituição da República, de 1988, a esse respeito, ou seja, quando se trata de direitos fundamentais, não deixa margem para discricionariedades. Noutras palavras: cumpra-se a Lei Maior, sem delongas. O resto é resto.

Todavia, oportuno salientar que o legislador constituinte, sob o discurso de um rigoroso ajuste fiscal levou a efeito o que se tornou a EC 95/2016 – a famigerada PEC do teto de gastos – trazendo nefastos cerceamentos aos direitos fundamentais, que não podem (ou não poderiam) estar à mercê de contingências políticas e econômicas, notadamente aos da saúde, tão sublime e expressamente consagrados no art. 196 do texto constitucional.

Ricardo Antunes (2018, p. 293) nos dá a exata dimensão da verdadeira razão de ser da norma: “garantir o superávit primário necessário para a remuneração do sistema financeiro por meio dos juros da dívida pública, esse sim um dos verdadeiros flagelos que assolam o país”. Naturalmente, não se tem a pretensão de se debruçar sobre a questão econômica que envolve a emenda, mas tão somente abordá-la com o propósito de demonstrar o quanto foi maculado o dirigismo constitucional.

Como se vê, a imposição de limite de gastos na área da saúde e a chancela do descumprimento da Constituição, calcado no modelo germânico, sob a rubrica da “reserva do possível” que, como já se disse, nada tem de relação com a situação aqui exposta e debatida é, no mínimo, infidelidade às opções do legislador constituinte. Seria o equivalente a garantir direitos fundamentais sociais, desde que a burra esteja cheia, o que significa dizer, na prática, sem qualquer vinculação jurídica.

7. OS CONTRATEMPOS DO DISCURSO CONSEQUENCIALISTA

Decorridos 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, não bastassem as intempéries que rondam os direitos fundamentais, urge trazer à baila a recente publicação da Lei n.º 13.655/2018 que, dentre outras alterações legislativas à LINDB, impôs ao magistrado (art. 20, LINDB)³ – excerto que nos interessa no presente estudo – a obrigatoriedade de considerar as “consequências práticas” ao proferir sua decisão, o que nos leva a fazer indagações no seguinte sentido: i) qual seria essa análise prévia das consequências jurídicas práticas da decisão? ii) estaria o julgador obrigado a avaliar, e.g., qual o impacto da decisão no SUS? Há de se arriscar em dizer que seria um verdadeiro exercício de futurologia, enfim.

Naturalmente que esse novo dispositivo não proíbe que se decida com base em valores jurídicos abstratos. No entanto, todas as vezes em que se decidir com base em valores jurídicos abstratos, deverá ser feita uma análise prévia de quais serão as consequências práticas dessa decisão, em outras palavras, o art. 20 da LINDB introduz a necessidade de o órgão julgador considerar um argumento metajurídico no momento de decidir.

Indubitavelmente, verifica-se uma flagrante tentativa de mitigar a força normativa dos princípios. Ora, a própria Constituição da República é repleta de “valores abstratos”. São inúmeros os exemplos, eis alguns deles: “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III); “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV); “moralidade” (art. 37, caput); “bem-estar e a justiça sociais” (art. 193); “meio ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225).

3 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Com base na força normativa dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário, nos últimos anos, condenou o Poder Público a implementar uma série de medidas destinadas a assegurar direitos que estavam sendo desrespeitados, conforme se depreende do RE 429.903/RJ, que condenou a Administração Pública a manter estoque mínimo de determinado medicamento, a fim de que se evitasse novas interrupções no tratamento de doenças graves. De igual maneira, pelo RE 592.581/RS, o Poder Público foi condenado a realizar obras emergenciais em estabelecimento prisional.

Como se vê, essas decisões foram proferidas com fundamento em princípios constitucionais, ou seja, com base em “valores jurídicos abstratos”. O que o legislador pretendeu, portanto, foi, indiretamente, tentar tolher o ativismo judicial em matérias envolvendo implementação de direitos.

É como se o legislador introduzisse uma condicionante para a força normativa dos princípios: eles somente podem ser utilizados para fundamentar uma decisão se o julgador considerar “as consequências práticas da decisão”. Trata-se, portanto, de uma reação retrógrada à força normativa dos princípios constitucionais.

Souza (2018, p. 126/127) faz severa crítica às inovações trazidas pela Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, justamente por entender que a regra insculpida no art. 20 da LINDB mal esconde uma certa forma de idealismo, como se ao juiz fosse dado entrever um leque completo das consequências possíveis resultantes de sua decisão, o que significa dizer que teria de fazer um verdadeiro exercício de futurologia:

Quando se diz que o juiz não deve decidir com base em valores abstratos (artigo 20), busca-se colocar um freio na argumentação retórica, discurso que se vale de lugares comuns (topois) e fórmulas consagradas pelo uso. Isto explica, aliás, as recentes inovações do Código de Processo Civil (LF no 13.105/15), mais particularmente a razão de ser da norma do artigo 489, § 1º, I a III (SOUZA, 2016). (...) é certo que cada julgador tem sua cosmovisão, de forma que o responsável pelo “controle judicial do controle administrativo” fará estimativas que se põem de acordo com sua visão de mundo, enquanto que o responsável pelo controle administrativo valorará a necessidade e adequação da invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas, tanto quanto das medidas impostas, de acordo com uma visão de mundo própria. (SOUZA, 2018, 126/127)

Morais e Zolet demonstram preocupação com o advento das alterações inseridas na LINDB, notadamente em relação à (in)segurança jurídica:

Sabe-se, com base nas disposições normativas da LINDB, da possibilidade de tomada de decisão por meio da consideração das consequências práticas da decisão. Contudo, resta saber qual o volume certo, necessário ou suficiente de considerações a serem levadas em conta pelos julgadores no âmbito das suas decisões. Em decorrência disso, espera-se que o consequencialismo não seja apenas um novo traje para vestir um velho hábito: arbitrariedade. (MORAIS; ZOLET, 2018, p. 518),

Marçal Justen Filho de outro lado, faz um mea-culpa:

Toda decisão fundada em normas gerais e abstratas pressupõe um processo de ponderação relacionado de modo inafastável com o universo fático existente. Isso exige considerar as consequências práticas de uma decisão,

inclusive para evitar a consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento para decidir. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 23),

Não obstante entendimento contrário, não seria demais salientar que a nova LINDB traz, implicitamente, margem para que direitos sejam afastados, com fundamento em consequências de caráter puramente econômico, batizado de "consequências práticas". Em suma, um verdadeiro ataque aos direitos fundamentais.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos à saúde seguem precários, frágeis e cambaleante, São alvos de constantes ataques e achaques – à vista da aplicação enviesada da teoria da reserva do possível, cujo modelo alemão em pouco se assemelha aos direitos fundamentais aqui debatidos.

A EC 95/2016, por sua vez, instituiu novo regime fiscal, impactando direta e negativamente as ações e serviços públicos de saúde. Não bastasse isso, o legislador ordinário, em recente alteração legislativa à LINDB – notadamente com a inclusão do art. 20 –, fez materializar uma nova investida contra os direitos fundamentais, ao estabelecer que não se decidirá sem levar em conta as consequências práticas da decisão, numa flagrante tentativa de mitigação da força normativa dos princípios, com o objetivo inconfessável de frear o ativismo judicial. Ora, não se pode olvidar de que a área de eficácia inconcretizável pelo Poder Judiciário é tão somente a metajurisdicional, que está sob os holofotes dos Poderes Legislativo e Executivo, cuja atuação do Judiciário é a de emprestar [ou não] mera validade jurídica à norma. De outro lado, o núcleo essencial – aí se incluindo os direitos fundamentais à saúde –, é justamente aquela área em que o Poder Judiciário age pela efetiva realização do direito, almejando a eficácia social da norma.

A efetivação dos direitos fundamentais, no que tange ao direito à saúde, nos paradigmas da Constituição da República de 1988, deve ser assegurada pelo Estado, sendo o Poder Público responsável pela implementação da norma.

Na resolução desses impasses entre o direito à saúde, à vida, à dignidade da pessoa humana e a realidade financeira do Estado, há um conflito entre normas constitucionais, tornando-se necessário recorrer aos princípios previstos na própria Constituição Federal.

Pode-se inferir que a imposição legal de que os juízes deverão predizer uma gama de consequências advindas de suas decisões e diminuir a força normativa dos princípios. É frear a atuação do juiz quando, na verdade, a própria constituição determina e espera que se faça justamente o contrário.

Cabe ao exegeta, de maneira acurada, ter em conta os fundamentos inerentes à teoria do mínimo existencial, ou seja, aquilo que está relacionado à parte nuclear dos direitos – de aplicação imediata – bem como da ponderação entre os princípios, adequando o caso concreto às atuais necessidades sociais, os ditames constitucionais e as prementes necessidades daqueles que postulam pelo cumprimento de seus direitos essenciais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: O novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.
- BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. *Decreto-lei 4.657*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. Lei Ordinária nº 13.655, de 25 de abril de 2018. *Lei 13.655*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. Lei Ordinária nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Lei 8.080*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. Lei Ordinária nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. *Lei 8.142*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. Portaria nº 2.982, de 26 de novembro de 2009. *Portaria 2.982*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982_26_11_2009_rep.html. Acesso em: 26 nov. 2019.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, Ilton Garcia da; PIEROBON, Flavio; SOARES, Eliane C. A Efetivação do Direito ao Saneamento Básico no Brasil: Do Planasa ao Planasb. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 13, n.2, p. 335-358, 2018.
- COSTA, Ilton Garcia; GOES, Winnicius Pereira. A Diretiva 2014/24/UE como Guia de Contratualizações Sustentáveis de Políticas Públicas Sociais. *Novos Estudos Jurídicos* (ONLINE), Itajaí SC, v. 21, p. 656-690, 2016.
- COSTA, Ilton Garcia; GONÇALVES, Aline M. Da Sociedade Antiga à Sociedade Política e a Funcionalidade do Direito. *Nomos Fortaleza*, v. 36, p. 205-224, 2016
- COSTA, Ilton Garcia; MERHEB, Marcos P. S. B.; SANTOS, Sandra F. B. Derecho a la Salud y Suministro de Medicamentos - Desafíos del Estado Democrático y Social de Derecho ante las Garantías Constitucionales. *Revista de Derecho y Cambio Social*, Lima Peru v. 49, p. 1-30, 2017.
- COSTA, Ilton Garcia; ZOLANDECK, Willian Cleber. A Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário. *Revista Jurídica (FIC)*, Curitiba. v. n28. v1, p. 210-229, 2012.
- GOES, Guilherme Sandoval. *Direito Constitucional Avançado*. Rio de Janeiro: Seses, 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p.13-41, 23 nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648/74311>. Acesso em: 23 out. 2019.
- MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. A nova Lindb e os Problemas da Argumentação Consequencialista. *Revista Jurídica - Unicuritiba*, Curitiba, v. 53, n. 4, p.497-523, out./dez. 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3229/371371745>. Acesso em: 23 out. 2019.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- ROCHA, Paulo Henrique Borges da; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Sistema Político Municipal: um estudo sobre as eleições legislativas em Divinópolis a partir de Niklas Luhmann. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 23, p.71-94, jan. 2016. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/622>. Acesso em: 06 nov. 2019.

RUSSO, Thiago Nogueira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. Controle jurisdicional das políticas públicas que visam concretizar o direito à saúde. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 23, p.313-331, jan. 2016. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/628>. Acesso em: 11 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Delmo Mattos; RAMOS, Edith M. B. O princípio do resgate e a questão do seguro hipotético em Dworkin no âmbito do direito à saúde: possibilidades e limites do livre mercado e a aplicação da justiça. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 263-281, 2018.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 14, n. 2, p.123-132, jul./dez. 2018. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/366/340340384. Acesso em: 23 out. 2019.

TIESSI, Bruna Geovana Fagá; COSTA, Ilton Garcia da. Relação fiscal e sua efetivação a partir dos princípios constitucionais que garantem os direitos fundamentais. *Revista Jurídica - Unicuritiba*, Curitiba, v. 3, n. 32, p.163-180, 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/683/509>. Acesso em: 06 nov. 2019.

Recebido/Received: 08.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS E DIREITO À SAÚDE: VALOR DA CAUSA, COMPETÊNCIA ABSOLUTA E A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

SPECIAL CIVIL FEDERAL
JUDGES AND THE RIGHT TO HEALTH:
VALUE OF THE CASE, ABSOLUTE COMPETENCE, AND
THE CONSENSUAL SOLUTION OF CONFLICTS

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS¹

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS²

JÉMINA GLAÚCIA SERRA ARAUJO DA SILVEIRA³

RESUMO

A presente pesquisa teve por escopo discutir o valor da causa envolvendo o direito à saúde e a questão da competência absoluta nos Juizados Especiais Federais Cíveis (JEFs). Tencionou-se, ainda, refletir de forma inicial sobre controle judicial de políticas públicas de saúde e a solução consensual de conflitos envolvendo a saúde pública. A pesquisa utilizou método dedutivo e para o levantamento das informações, os principais procedimentos foram bibliográficos e documentais. À guisa de conclusão, buscou-se alertar para a importância da correta definição da expressão econômica pretendida com a causa ajuizada no âmbito dos juizados, bem como para a possibilidade legal da utilização de perícia técnica e para os benefícios da utilização de meios alternativos de solução de conflitos. Por fim, destacou-se que a competência absoluta dos

- 1 Pós-Doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Brasília/DF. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora do Departamento de Direito e do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário (NEDISA/UFMA). Professora e Pesquisadora da Universidade do CEUMA. Membro Convidado da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário e da Associação Lusófona de Direito da Saúde - ALDIS. E-mail: edithramosadv@yahoo.com.br.
- 2 Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (1992), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997), Doutorado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Granada - Espanha (2010/2011). Foi presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Idosas - AMPID (2004/2007), Vice-Presidente e Presidente do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso da SEDH da Presidência da República (2004/2007) e Promotor de Justiça de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa em São Luís/ MA (1998/2015), ex-coordenador do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA (2012/2018). É Professor Titular do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão, Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional dessa mesma instituição, Professor Pesquisador do Centro Universitário do Maranhão e Promotor de Justiça de Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público do Estado do Maranhão.
- 3 Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Piauí - UFPI, especialização em Direito Previdenciário pela Universidade Norte do Paraná. Atualmente é Analista Judiciária - Área Judiciária na Seção Judiciária do Maranhão.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

RAMOS, Edith Maria Barbosa; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; SILVEIRA, Jémina Glaúcia Serra Araujo da. *JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS E DIREITO À SAÚDE: valor da causa, competência absoluta e a solução consensual de conflitos*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 224-249, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.7894>.

JEFs e o alto índice de judicialização de demandas de saúde nesse microsistema indicam a necessidade de verticalização da questão a fim de propiciar maior previsibilidade quanto à interpretação e aplicação das respectivas normas processuais nessa realidade específica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Controle Judicial de Políticas Públicas. Juizados Especiais Federais Cíveis. Políticas Públicas de Saúde.

ABSTRACT

This research aimed to discuss the value of the case involving the right to health and the issue of absolute competence in the Special Federal Civil Courts (JEFs). It was also intended to reflect initially on judicial control of public health policies and the consensual solution of conflicts involving public health. The research used a deductive method and for collecting information, the main procedures were bibliographic and documentary. As a conclusion, we sought to warn of the importance of the correct definition of the desired economic expression with the cause filed in the courts, as well as the legal possibility of using technical expertise and the benefits of using alternative means of solution conflict. Finally, it was emphasized that the absolute competence of the JEFs and the high rate of judicialization of health demands in this microsystem indicate the need for verticalization of the issue in order to provide greater predictability regarding the interpretation and application of the respective procedural rules in this specific reality.

KEYWORDS: Right to health. Special Federal Civil Courts. Public Health Policies. Judicial Control of Public Policies.

INTRODUÇÃO

Diversas circunstâncias e fatores sociais, políticos e culturais do século XX têm proporcionado a ampliação da judicialização de conflitos e do próprio direito, fortalecendo a atuação do Judiciário enquanto “[...] instituição privilegiada de efetivação de direitos no Brasil.” (ASENSI, 2013, p. 192).

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao trazer novos direitos substantivos e garantias processuais individuais e coletivas, ampliou consideravelmente as formas individuais e coletivas de acesso ao Judiciário, realçando o papel político desse Poder na democracia brasileira, ao incumbir-lhe a importante missão de zelar pelos direitos constitucionais do cidadão (SADEK, 2010).

Dessa forma, com o processo de redemocratização e com a garantia constitucional de direitos fundamentais e sociais, incluindo o direito à saúde, começou a ganhar destaque a expressão “judicialização da saúde”, de forma que, constatada a ineficiência estatal na implementação desse direito, diversas demandas começaram a chegar aos tribunais, almejando obrigar o Estado a fornecer determinados bens materiais como medicamentos, tratamentos, internações, dentre outros (FALAVINHA; MARCHETTO, 2016).

Diante disso, além dos casos emblemáticos das jurisprudências dominantes que têm ajudado a nortear julgamentos envolvendo a matéria, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem procurado liderar e estimular a atuação do Judiciário, buscando estabelecer uma política judiciária para a saúde, por meio de estratégias que envolvem desde a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, até Comitês Estaduais de Saúde e recomendações

sobre como os juízes podem decidir as demandas que lhes são apresentadas, no intuito de oferecer parâmetros e diretrizes para a atuação judicial em saúde (ASENSI; PINHEIRO, 2015).

Isso porque, diante do fenômeno da judicialização da saúde pública, constata-se uma aparente desuniformidade quanto às decisões que enfrentam o tema, ora prevalecendo uma fundamentação mais teórica e genérica, ora destacando-se dados fáticos diversos que possam influenciar o direito aplicável à espécie (ALVES, 2017).

Nessa seara, tem-se observado, ainda, dentre outros fatores, que a antecipação da tutela judicial, eminentemente de caráter excepcional na lei processual brasileira, transformara-se em ato de rotina no âmbito da demanda judicial de saúde, com significativos impactos para a efetividade do direito à saúde no Brasil (VENTURA *et al.*, 2010).

Suscita-se, com isso, debates não somente sobre a extensão do direito social à saúde, como também acerca dos limites e das possibilidades do controle judicial sobre as políticas públicas a ele referentes. Nesse contexto, o Poder Judiciário tem procurado desdobramentos para cada vez mais atender essas crescentes demandas, destacando-se a importância e atuação dos Juizados Especiais Federais (JEFs), os quais, conduzidos por valores mais modernos e práticos, introduziram uma nova concepção aos meios de resolução de conflitos (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011).

Acerca do direito à saúde, o STF já reafirmou jurisprudência sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no dever de prestar assistência à saúde, conforme decisão proferida na análise do Recurso Extraordinário (RE) 855.178⁴, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que teve repercussão geral reconhecida, por meio do Plenário Virtual.

Nesse cenário, destaca-se que o manejo de uma demanda de saúde que possua a União no polo passivo é fato principiator da competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109 da Constituição Federal (CF) de 1988 (BRASIL, 1988). Importante frisar, contudo, a competência absoluta dos juizados especiais federais, ou seja, havendo juizado federal na seção ou subseção judiciária, as causas que não superem o limite da alçada previsto (sessenta salários mínimos), serão necessariamente propostas nos juizados, e não nas varas, ainda que especializadas em matéria de saúde (ZEBULUM, 2017).

A partir dessas considerações precedentes, o presente artigo pretendeu analisar algumas peculiaridades de demandas em matéria de saúde que tramitaram na realidade específica dos Juizados Especiais Federais Cíveis (JEFCs). Em razão disso, a presente pesquisa utilizou o método dedutivo, com a apropriação histórica de conceitos como direito à saúde, juizados especiais federais cíveis e controle judicial das políticas públicas de saúde. Para o levantamento de informações, os principais procedimentos de coleta de dados foram bibliográficos e documentais. Para o levantamento bibliográfico foram utilizados artigos obtidos em diferentes bancos de dados e indexadores, publicados na íntegra em português, acessados de forma gratuita. Ademais, foram selecionados livros e revistas científicas na área do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil com extratos elevados, tendo como descritor de buscas, os termos: Direito constitucional; Direito Processual Civil; Direito à Saúde; Controle Judicial de Políticas Públicas de Saúde e Juizados Especiais Federais Cíveis. Destaque-se que se procurou superar posturas metodológicas rígidas, demarcando a análise

4 Vide RE 855178 RG, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 05.03.2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-050, Divulg.13.03.2015, Public. 16.03.2015.

em diversas variáveis contextuais, quais sejam, jurídica, social, econômica e política, a fim de que se evitasse considerações maniqueístas e sem objetivação científica e se conseguisse empreender uma investigação socialmente situada.

Diante da metodologia apresentada, o presente artigo foi estruturado da seguinte maneira: No primeiro capítulo e seus desdobramentos analisou-se o valor de uma causa envolvendo o direito à saúde e a questão da competência absoluta dos juizados especiais federais. Posteriormente, no segundo capítulo, foram analisadas possíveis ações para o controle judicial de políticas públicas de saúde nos juizados especiais federais. Na sequência, no terceiro capítulo, abordou-se a possibilidade de produção de prova pericial em demandas de saúde no âmbito dos juizados especiais federais, por fim no último capítulo do presente artigo discutiu-se a possibilidade da atuação do poder público na solução consensual de conflitos envolvendo a saúde pública.

1. VALOR DA CAUSA ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE E A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA DOS JEFs

A temática do valor da causa é matéria fundamental quando se trata de refletir sobre o direito de acesso à saúde. Diante do abismo entre o direito positivado e o direito concretizado, e, da necessidade inevitável de alocação de recursos nessa área, a realização da sua distribuição de maneira justa se coloca como um grande desafio, exigindo, ainda, considerações morais adicionais, diante do fato de o mercado continuar sendo o seu principal critério de distribuição, por remanescer a correlação entre a classe social e a saúde e, conseqüentemente, a pobreza continuar sendo um obstáculo para o acesso a esse direito (RAMOS, 2014).

Na teoria de Rawls, a saúde é mencionada como um bem natural, ao lado do vigor, da inteligência e da imaginação. Tais bens naturais compõem, juntamente com os bens sociais primários, os bens primários em geral, presumidos pelo autor como aqueles desejados por todos, tendo um uso independente do plano racional de cada um (RAMOS, 2014).

Apresentados em categorias amplas, os bens sociais primários correspondem aos direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza, e assim são considerados em virtude de sua ligação com a estrutura básica da sociedade: “[...] as liberdades e oportunidades são definidas pelas regras das instituições mais importantes, e a distribuição de bens e riqueza é por elas regulada.” (RAWLS, 1997, p. 98).

No arranjo hipotético de Rawls, os bens primários sociais são distribuídos igualitariamente na sociedade, enquanto os bens naturais não são definidos em escala de importância, nem definida a forma como deveriam ser tratados ou distribuídos na sociedade. Nessa perspectiva, o autor esclarece que, conquanto estes últimos possam sofrer influência da estrutura básica, eles não estão sobre seu controle direto (MARIO, 2014).

Aos bens naturais seria aplicado o princípio do interesse comum, por meio de medidas adotadas pelas instituições, capazes de promover os objetivos de todos de forma semelhante (PARANHOS *et al.*, 2018).

A partir da formulação de Rawls, Mario (2014) entende que a ausência da saúde não impactaria injustiças sociais, uma vez que, embora possa ser afetada pela estrutura básica de uma sociedade, não é preocupação de distribuição em uma sociedade bem ordenada (em conformidade com os princípios da justiça), sendo "[...] muito mais responsabilidade do indivíduo do que das instituições da estrutura básica, pois, há de se considerar que renda, riqueza, oportunidades e liberdade já foram igualitariamente distribuídos." (MARIO, 2014, p. 5-6).

Outrossim, a idealização de Rawls permite a construção de uma teoria da justiça para o caso mais simples e idealizado, que apenas posteriormente se preocupa com extensões a contextos mais realistas, em que nem todas as pessoas são normais. Idealizada, assim, para membros ativos e plenamente cooperantes da sociedade, sua abordagem não inclui uma teoria distributiva para os cuidados de saúde, por não considerar ninguém doente (DANIELS, 1985).

Apesar disso, Norman Daniels busca na teoria de Rawls a justificativa do porquê a saúde deve ser compreendida enquanto uma questão de justiça, propondo a extensão da sua teoria para a saúde (MARIO, 2014). Para fundamentar um direito à saúde no esquema de Rawls, Daniels (1985) argumenta que poderia simplesmente adicionar os cuidados de saúde à lista dos bens sociais primários. Contudo, tal solução levantaria novos problemas como (DANIELS, 1985):

- a) forçaria a fazer comparações interpessoais da utilidade, que Rawls esperava evitar;
- b) a classificação ou peso desses bens em comparação com renda e riqueza dependeria de fatos sobre o período histórico e a sociedade;

abandonaria a generalidade útil da noção de bem social primário, arriscando gerar uma longa lista de necessidades importantes.

Dessa forma, Daniels (1985) conclui que a melhor estratégia para estender a teoria de Rawls seria incluir as instituições e as práticas de assistência médica entre as instituições básicas envolvidas em proporcionar uma justa igualdade de oportunidades.

Daniels argumenta que se, de acordo com a teoria de Rawls, devem ser tomadas medidas positivas para aumentar a oportunidade das pessoas desfavorecidas e fornecer uma igualdade justa de oportunidades – eliminando as barreiras formais ou legais, por fatores sociais como o histórico familiar, ou vantagens da loteria natural –, deve ser igualmente relevante usar recursos para combater as desvantagens naturais induzidas pela doença, apesar de ressaltar que a doença não é apenas um produto do componente natural da loteria, uma vez que "[...] as condições sociais, que diferem por classe, contribuem significativamente para a etiologia da doença [...]"⁵ (DANIELS, 1985, p. 46, tradução nossa).

Percebe-se, que a consecução de instituições mais simples e céleres para a garantia do acesso à saúde apresentam-se com elemento importante e fundamental no processo de consecução da justa igualdade de oportunidades. Cumpre constatar que no Brasil os juizados especiais, entre outras instituições, desempenham esse importante papel.

5 No original: "[...]social conditions, which differ by class, contribute significantly to the etiology of disease [...]" (DANIELS, 1985, p. 46).

Desde 2004, o número de demandas ajuizadas no âmbito dos Juizados Especiais Federais Cíveis - JEFCs ultrapassou a metade dos processos distribuídos na Justiça Federal, o que demonstra a importância de estudos em torno das peculiaridades dessa atividade jurisdicional diferenciada, a fim de auxiliar os operadores do Direito na compreensão de fatores inerentes ao novo microsistema de jurisdição (ROCHA, 2012).

Nos termos do art. 3º da Lei 10.259/2001, os Juizados Especiais Federais Cíveis - JEFCs possuem competência para processar, conciliar, mediar e julgar as causas de competência da Justiça Federal com valor econômico de até sessenta salários mínimos, ressalvadas as hipóteses expressamente excluídas (BRASIL, 2001).

Em 07 de novembro de 1984 foi instituído o Juizado Especial de Pequenas Causas (JEPC), por meio da Lei 7.244/1984, a primeira a dispor sobre o julgamento de causas de menor valor econômico, inserindo expressamente os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Até então, todos os processos eram obrigatoriamente ajuizados na Justiça Ordinária, o que acabava por desestimular muitos cidadãos a procurar o Judiciário para a solução de conflitos (GONÇALVES, 2007).

Posteriormente, em cumprimento ao art. 98 da Constituição Federal/1988⁶, foram criados os Juizados Especiais Cíveis - JECs, por meio da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, revogando a Lei 7.244/1984 (GONÇALVES, 2007). No âmbito federal, editou-se a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, após a inclusão do §1º no art. 98 da CF/1988⁷, inicialmente por força da Emenda Constitucional 22/1999 e atualmente conforme a Emenda Constitucional 45/2004, aplicando-se lhes subsidiariamente a Lei nº 9.099/1995 e o Código de Processo Civil (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Tratando-se de instrumento hábil de ampliação de acesso à ordem jurídica, essa nova forma de prestar jurisdição constitui um avanço legislativo de ordem constitucional, ao amparar antigos anseios da sociedade, notadamente os da população mais carente, por uma Justiça capaz de proporcionar uma “[...] prestação de tutela jurisdicional de maneira informal e muito mais célere e verdadeiramente efetiva.” (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2018, p. 63).

Diferentemente do que estabelece a Lei 9.099/1995, a Lei dos Juizados Especiais Federais - JEFs expressamente dispõe que a competência da Vara do Juizado Especial, no foro em que instalada, é absoluta, conforme art. 3º, §3º, da Lei 10.259/2001 (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Com isso, não é possível a modificação de sua competência por meio de conexão ou continência, não havendo a possibilidade de reunião de processos conexos e em trâmite simultâneo, por exemplo, na Justiça Federal Comum e no JEFC. Nesses casos, em havendo a prejudicialidade de uma demanda frente à outra, uma alternativa seria a suspensão do processo, com amparo no art. 313, V, a, do CPC/2015 (CUNHA, 2009 *apud* WAMBIER; TALAMINI, 2018).

6 “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]” (BRASIL, 1988, n. p.).

7 “Art. 98. [...] § 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.” (BRASIL, 1988, n. p.).

Ressalta-se, ainda, que nas localidades onde não houver Vara de Juizado Especial Federal Cível - JEFC instalada, o postulante pode acionar a Justiça Federal comum do foro competente ou o JEF do foro mais próximo, não podendo a causa ser ajuizada perante Juizado Especial Estadual (JEE), consoante art. 20 da Lei 10.259/2001 (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Ademais, como consequência dessa competência absoluta dos JEFCs, a parte não pode optar por ajuizar uma demanda de saúde que não supere o limite de sessenta salários mínimos (ressalvadas as exceções previstas no art. 3, §1º, da Lei 10.259/2001) em uma Vara Comum, ainda que especializada em matéria de saúde (ZEBULUM, 2017). Como implicações processuais da imposição legal de competência absoluta, destacam-se, ainda:

- a) necessidade de se observar a regra de competência, sob pena de o juízo que recebeu os autos, de ofício, declarar-se incompetente e remeter os autos para o corretamente competente; e b) possibilidade de controle efetivo, pelo juiz, do valor da causa atribuído pela parte. (GONÇALVES, 2007, p. 97).

Apesar de a competência ser tida como "absoluta" na lei dos JEFs, tal característica difere da forma como o processo civil clássico aborda a questão, o qual, "[...] entre outras peculiaridades, chancela a impossibilidade de modificação do juízo, seja pela qualidade da parte – *ratione persone* (v.g. infância e juventude) –, seja em razão da matéria – *ratione materiae* (v.g. família)." (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2018, p. 118).

Enquanto no processo civil tradicional a competência em razão do valor é relativa e passível de prorrogação, o mesmo não ocorre nos JEFs nos casos das demandas que não sejam da sua competência. Com maior razão ainda, a exclusão expressa da competência dos JEFs, seja pela natureza da matéria, seja pela qualidade da parte, torna juridicamente impossível a prorrogação da competência (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2018). Assim, nos JEFs há diversas circunstâncias em que a denominada "competência absoluta" poderá ser modificada, alterando-se a competência previamente estabelecida.

Em matéria de saúde, muitas vezes surge dúvida acerca do juízo competente para processar e julgar demanda que busque o fornecimento de medicamento de uso contínuo e por tempo indeterminado, valendo ressaltar a impossibilidade de renúncia para fins de limitação do proveito econômico ao teto dos JEFs, tendo em vista a indisponibilidade do bem da vida que se pretende proteger nesses tipos de demandas (BOCHENEK; DALAZOANA, 2017).

Nesses casos, a Lei dos JEFs expressamente prevê no seu art. 3º, §2º, que o valor da causa deve corresponder a soma de 12 (doze) parcelas vincendas com as eventuais parcelas vencidas, não devendo o total ultrapassar o limite de 60 (sessenta) salários mínimos. Assim, no caso do fornecimento de um medicamento de uso contínuo, seu custo mensal não deve ultrapassar o valor de cinco salários mínimos para que seja pleiteado perante um JEFC (ZEBULUM, 2017). À guisa de exemplo e corroborando com esse entendimento, colacionou-se julgado recente do TRF1:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZ FEDERAL E JUIZ DE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA. **VALOR DA CAUSA. PROVEITO ECONÔMICO BUSCADO PELA PARTE AUTORA. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.** 1. O valor da causa deve espelhar o efetivo proveito econômico pretendido pela parte autora com a procedência do pedido e, em se tratando de valor inferior a sessenta salários mínimos, conforme art. 3º, caput, da Lei n. 10.259/2001, deve ser

encaminhado ao Juizado Especial Federal. 2. Segundo o e. STJ, **os Juizados Especiais Federais possuem competência para o julgamento das ações de fornecimento de medicamentos, cujo valor não exceda sessenta salários mínimos.** Precedente: Conflito de Competência 0020641-48.2017.4.01.0000/DF, Relator Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Terceira Seção, e-DJF1 15/09/2017. 3. **Sobre o valor da causa, o artigo 292, par. 2o. do CPC/2015 estabelece que o valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1(um) ano, e, se por tempo inferior, será igual a soma das prestações. Por outro lado, o par.2o. do art. 3o. da Lei 10.259/2001 dispõe quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3o. caput.** 4. **Na hipótese dos autos, diante do baixíssimo custo da substância indicado na inicial, é possível inferir que a pretensão econômica em discussão não extrapola o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, levando em conta o período de 1 (um) ano.** 5. **Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 27ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o suscitante.** A 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, conheceu do conflito, para declarar competente o Juízo Federal da 27ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, suscitante. (BRASIL, 2017a, n. p., grifo nosso).

Nos casos de cumulação de pedidos envolvendo a condenação ao pagamento de danos morais, faz-se necessário, inclusive, a justificativa do montante pretendido para fins de averiguação da competência dos juizados (BOCHENEK; DALAZOANA, 2017).

A identificação do destinatário do requerimento formulado, compreendido como a figura do Estado-juiz, assume, pois, grande relevância, devendo corresponder aos aspectos jurisdicionais de competência em todas as suas formas (valor, matéria, territorial ou hierárquica), “[...] sob pena de, dependendo do caso, ser excepcionada em resposta do réu ou pelo próprio juiz, *ex officio* [...]” (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2018, p. 227).

Quanto à competência para dirimir eventuais conflitos de competência entre um juízo de JEF e outro de vara comum federal da mesma Seção Judiciária, o Supremo Tribunal Federal - STF reconheceu no Recurso Extraordinário - RE 590409 a competência do Tribunal Regional Federal correspondente. Com isso, afastou-se o entendimento anterior que atribuía tal competência ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, editando-se a Súmula 428 do STJ⁸ (PEDROSO; ARAI, 2011).

Se o conflito ocorrer entre juízes de JEFC, o incidente deve ser dirigido para a Turma Recursal respectiva, quando pertencentes à mesma jurisdição. Caso contrário, deve ser suscitado perante o TRF correspondente ou perante o STJ. Neste último caso, quando integrantes de Turmas distintas (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2018).

Vê-se, portanto, a importância da definição correta do valor de uma causa, a fim de evitar o prolongamento desnecessário de uma demanda e a conseqüente demora na eventual concessão de uma tutela jurisdicional, mormente daquelas que envolvam o direito à saúde.

Insta salientar, ainda, que não é qualquer sujeito que pode figurar nos polos de uma demanda perante um JEF, conforme art. 6º da Lei 10.259/2001. No polo passivo, por exem-

8 Compete ao TRF decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária, conforme Súmula 428, Corte Especial, julgado em 17.03.2010, DJe 13.05.2010, que está atualmente vigente, consoante informações obtidas no sítio eletrônico do STJ (BRASIL, 2010).

plo, necessariamente tem que figurar a União, uma autarquia, uma fundação ou uma empresa pública federal como um dos entes demandados, enquanto no polo ativo apenas são admitidos como autores as pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Isso significa que a competência do JEF em razão da pessoa deve ser considerada sob dois pontos: com relação à competência prevista no art. 109, I, da CF/1988⁹ e da posição ocupada pelas partes no polo processual (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011).

De todo modo, cumpre advertir que, no caso específico de demandas envolvendo a saúde pública, em virtude de o Sistema Único de Saúde - SUS carecer de personalidade jurídica própria, incumbe aos entes públicos e privados que o integram (estes últimos de maneira complementar) a “[...] responsabilidade pela gestão, regulação e prestação de todas as ações e serviços públicos de saúde.” (DALLARI; AITH; MAGGIO, 2019, p. 11).

Outro aspecto dos JEFs que merece destaque é o fato de, no seu âmbito, a Fazenda Pública não possuir duas de suas principais prerrogativas processuais do processo comum, uma vez que os prazos são contados de forma simples para todas as partes e não há a exigência de reexame necessário, nos termos dos arts. 9º e 13º da Lei 10.259/2001, respectivamente (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Ressalta-se, ainda, que nos JEFs a inexigibilidade da assistência de advogado não se sujeita a qualquer limite de valor, ao contrário dos JEE, nos quais a presença do advogado é facultativa apenas se o valor da causa não ultrapassar vinte salários mínimos (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

A propósito, a Lei dos JEFs vai além ao prever a figura do representante judicial, um terceiro, designado por escrito, não necessariamente advogado, com poderes de conciliação, transação e desistência nas demandas de competência dos JEFs, conforme *caput* do art.10 da Lei 10.259/2001 (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011).

Quanto a esse ponto, Alvim e Cabral (2018) esclarecem que as pessoas plenamente capazes podem representar a si mesmas, conquanto possuam a faculdade de se fazerem representar por outrem. Os absolutamente incapazes, por outro lado, necessariamente devem ser representados por seus representantes legais, enquanto os relativamente incapazes, embora possam representar a si próprios, devem estar assistidos por seus representantes legais.

Ademais, registre-se que, conquanto a Ordem dos Advogados do Brasil tenha protocolado ação declaratória de inconstitucionalidade contra este dispositivo, o STF decidiu pela constitucionalidade da previsão nas ações de natureza cível, conforme ADI 3168¹⁰ (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011).

Todos esses fatores acabaram por contribuir não apenas para a facilitação do acesso dos jurisdicionados aos JEFs, como também para a maior celeridade na tramitação de demandas, incluindo as que buscam prestações na área da saúde.

9 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...]” (BRASIL, 1988, n. p.).

10 ADI 3168, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 08.06.2006.

2. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

No Brasil, observa-se que o direito à saúde tem passado tanto por um movimento de juridicização quanto de judicialização. No primeiro caso, os conflitos não passam pela apreensão judicial e a efetivação do direito ocorre por meio de instituições jurídicas de forma extrajudicial, principalmente em momentos pré-processuais. Na judicialização, ao revés, o conflito passa pelo crivo do Poder Judiciário por meio de algum instrumento processual, como na forma de uma Ação Civil Pública (ASENSI, 2013). Para o objeto da presente pesquisa importa destacar a judicialização desse direito social, ou seja, a provocação do Poder Judiciário na busca da efetivação do direito à saúde pública no âmbito dos JEFs.

A expressão “Judicialização da Saúde” começou a ser utilizada no início da década de 1990, com o processo de redemocratização e a garantia constitucional de direitos fundamentais e sociais, incluindo o direito à saúde. Constatada a ineficiência estatal, contudo, várias demandas chegaram aos tribunais, buscando, por meio de decisões judiciais, obrigar o Estado a fornecer determinados bens materiais como medicamentos, tratamentos, internações, dentre outros (FALAVINHA; MARCHETTO, 2016).

Até 1988 as conquistas relacionadas ao direito à saúde passavam longe do Poder Judiciário, sendo buscadas primordialmente com base em movimentos sociais, como o movimento sanitário iniciado por volta dos anos 70. Com o Poder Judiciário fortalecido e um ordenamento jurídico mais politizado, o Estado passou a ser demandado a concretizar o plano constitucional positivado, iniciando-se uma nova lógica de pressão aos poderes constituídos, por meio do fortalecimento da “judicialização da política” (FALAVINHA; MARCHETTO, 2016).

Diante da grande repercussão das demandas judiciais relativas a prestações ligadas ao direito à saúde, surgiu a expressão específica de “Judicialização da Saúde”, sendo possível conceber que este termo deriva do gênero “Judicialização da Política”, diante da capacidade de influência dessas decisões na seara política (FALAVINHA; MARCHETTO, 2016).

Borges e Ugá (2009) acrescentam que o estudo do fenômeno da judicialização, constituído pela influência do Poder Judiciário nas instituições políticas e sociais, não apenas passou a ser considerado após a promulgação da Carta Magna de 1988, como também recebeu forte influência da obra “The Global Expansion of Judicial Power”¹¹, coordenada por Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995), a qual, conceituando a expressão “judicialização da política”, faz uma análise das influências determinantes para a ocorrência desse fenômeno.

Os autores destacam as duas formas da expressão “judicialização da política” consideradas mais notáveis por Neal Tate e Torbjörn Vallinder na obra mencionada acima. Uma delas, chamada de Judicialização *from within*, caracteriza-se pela utilização de procedimentos tipicamente judiciais pelo Executivo e Legislativo, dos quais são exemplos os tribunais ou juízes administrativos e as Comissões Parlamentares de Inquérito (BORGES; UGÁ, 2009).

A outra, mais comum, chamada de Judicialização *from without*, baseia-se na Constituição e nos mecanismos *checks and balances*, resultando na atuação da esfera judicial com

11 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power. New York: New York University Press, 1995.

o objetivo de controlar a ação do Legislativo e de proteger a sociedade contra o abuso de Poder do Executivo, por meio da revisão dos atos legislativos e administrativos pelos tribunais (BORGES; UGÁ, 2009). Ressalta-se que esse é o tipo adotado pela presente pesquisa, por buscar analisar as peculiaridades das demandas judiciais envolvendo a saúde pública, especialmente no âmbito dos JEFs.

No Poder Judiciário, o tema da saúde apresenta-se como um dos terrenos mais percorridos pelas ações reparatórias de danos. Como possíveis causas dessa ampliação de demandas judiciais são apontadas a falta de infraestrutura em unidades de saúde, a legislação consumerista, o conhecimento pela população de seus direitos, ou mesmo abusos praticados pela suposta vítima, numa chamada indústria do dano (SILVA, 2009).

Destarte, os números de ações ajuizadas nessa área têm sido exorbitantes, atingindo a margem de 62.291 processos nos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), em junho de 2014, e o total de 330.630 demandas em todos os TJ do país, no mesmo período (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, [2015]).

De 2008 a 2017, verificou-se um crescimento de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância relacionadas ao direito à saúde, número bem superior aos 50% de crescimento do universo total do número de processos distribuídos na primeira instância no mesmo período, nos termos da pesquisa apresentada no Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa – “Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, ano 2019” –, realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), contratado pelo CNJ, por meio de Edital de Convocação Pública e de Seleção (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).¹²

E a realidade da judicialização da saúde pública poderia ser ainda pior, caso parcela da prestação dos serviços de saúde não tivesse sido entregue à iniciativa privada, conforme previsão constitucional constante nos arts. 197, parte final, e 199, da CF de 1988¹³ (SABINO, 2016).

Com efeito, o Estado não é o único a tratar da saúde da sociedade, havendo, ainda, a saúde complementar e a saúde suplementar, as quais são possibilitadas por meio de contratos e convênios do SUS com entidades privadas, e, por instrumentos contratuais com as operadoras de planos de saúde, respectivamente (FIGUEIREDO, 2018).

Embora haja legislação sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (Lei n. 8.080, de 19.09.1990), e também vigore lei sobre planos e seguros privados de assistência à saúde (Lei n. 9.656, de 03.06.1998), não existe uma regulamentação específica da responsabilidade civil na área da saúde (SILVA, 2009).

12 A referida pesquisa teve como base dados obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI), a qual permitiu a identificação de 498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

13 “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. [...] Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.” (BRASIL, 1988, n. p.).

Nessa ótica, Barroso (2007) aponta que nas demandas judiciais envolvendo essa matéria, estar-se diante de valores que contrapõem, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes e a reserva do possível, não havendo “[...] solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.” (BARROSO, 2007, p. 4).

O direito à saúde é um direito social previsto no art. 6º, da CF de 1988, garantido a todos por meio do art. 196 do Texto Magno, que também estabelece como dever do Estado a redução do risco de doença e de outros agravos, mediante políticas sociais e econômicas, além da garantia do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Apesar dessa previsão constitucional, o conceito de direito à saúde não suscita consenso. As formulações presentes nos instrumentos normativos internacionais demonstram o alto grau de heterogeneidade desse direito, incluindo desde elementos de auxílio doença a fatores de garantia de nível adequado de vida, de serviços básicos e de assistência médica, o que denota a complexidade da configuração conceitual desse direito (RAMOS, 2014).

Nesse sentido, a autora afirma que, sendo um direito complexo e concebido como universal em sua titularidade, o direito à saúde pressupõe uma série de elementos distintos e conectados entre si, englobando, no mínimo (RAMOS, 2014):

- a) o direito de alguém de não ter sua saúde prejudicada por terceiros;
- b) o direito ao estabelecimento pelo Estado de políticas de proteção e promoção da saúde pública, do meio ambiente e da seguridade social, criando-se condições para evitar a ameaça à saúde das pessoas; e
- c) o direito de assistência sanitária.

Até a segunda metade do século XX o conhecimento médico vigorava de forma hegemônica como o discurso legítimo sobre saúde e doença. Após esse período, considerando-se a dificuldade de conceituar “saúde”, os estudos sociológicos começaram a analisar as possíveis conotações que as palavras “saúde” e “doença” recebiam no ambiente social (AITH, 2017).

Com isso, destacam-se três tipos de abordagens que passaram a ser suscitadas na área da construção de políticas públicas de saúde (AITH, 2017):

- a) discussões sobre o indivíduo como grande responsável por sua própria saúde;
- b) reflexões acerca da influência do ambiente social sobre a saúde do indivíduo; e
- c) as influências da sorte, do destino e até mesmo da religião, como uma representação que parte da população fazia sobre saúde e doença.

Por ser um direito social, o direito à saúde é enquadrado como um direito de Segunda Dimensão, intimamente ligado ao princípio da igualdade e vinculado ao ideal de Estado Social, por conceder às pessoas, assim como os demais direitos sociais, melhores condições de trabalho, saúde e lazer (PANSIERI, 2012).

Historicamente, o surgimento dos direitos conhecidos como sociais tem relação com reações ao modelo liberal predominante nos séculos XVIII e XIX, na busca por um sistema alternativo que garantisse proteção aos menos favorecidos economicamente (MEDEIROS,

2011). Dessa forma, os direitos sociais são identificados como de formação recente, remontando da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919 (AUAD, 2008).

Como característica desses direitos destaca-se a sua dimensão positiva, ao buscar a intervenção do Estado para atender diversas necessidades do indivíduo, ao invés de obstar a sua ingerência no plano das liberdades individuais (CARVALHO, 2013).

Além dessa dimensão positiva ou prestacional, tanto em sentido amplo, como a distribuição de recursos ou a organização de procedimentos de acesso à saúde, quanto em sentido estrito, como a disponibilização de consultas, cirurgias e medicamentos, o direito à saúde possui, ainda, uma dimensão negativa ou defensiva, na medida em que impõe a abstenção à sua inviabilização (SILVA *et al.*, 2016).

Outrossim, o direito à saúde possui dupla fundamentalidade, formal e material, da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais, e que, por esta razão, assim são designados na ordem constitucional brasileira. Nesse sentido, enquanto a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, a material refere-se à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, como um direito importante para a proteção da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2007).

Conforme a natureza de um conflito envolvendo a satisfação do direito à saúde, pode-se optar por diversos tipos de procedimentos, a depender das peculiaridades de cada caso. Para a tutela desse direito social de forma individual, por exemplo, tem-se a ação ordinária e o mandado de segurança (DUARTE, 2011). A defesa de interesses coletivos envolvendo um direito social como o direito à saúde, por outro lado, pode contar com um sistema que pode ser assim configurado:

[...] ações para defesa coletiva de interesses individuais, como o mandado de segurança coletivo, e as ações civis coletivas; ações para defesa de interesses essencialmente difusos ou coletivos, como as ações civis públicas e as ações populares; ações para defesa da constitucionalidade das leis e afirmação de direitos em face da Constituição (como as ações diretas de controle concentrado e difuso de constitucionalidade das leis e as ações que buscam a afirmação de direitos constitucionais por falta de regulamentação pelo Poder Legislativo). (CASAGRANDE, 2008, p. 78-79 *apud* DUARTE, 2011, p. 299).

Para o corte epistemológico proposto por este estudo, importa consignar quais destas ações são cabíveis nos JEFs, os quais se propõem a utilizar os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, princípios elencados no art. 2º da Lei 9.099/1995, e, aplicados subsidiariamente aos JEFs, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.259/2001 (PEREIRA, 2006).

Nesse contexto, observa-se que a própria lei dos JEFs exclui expressamente alguns desses instrumentos processuais, independentemente do valor da causa, por incompatibilidade com o rito dos JEFs, uma vez que se revestem de maior complexidade ou gravidade (WAMBIER; TALAMINI, 2018). Com efeito, assim dispõe o art. 3º, §1º, da Lei 10.259/2001:

Art. 3o Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§ 1o Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas:

- I - referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;
- II - sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;
- III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;
- IV - que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares. (BRASIL, 2001, n. p.).

Dessa forma, verifica-se que o mandado de segurança, por exemplo, tão utilizado na Justiça Comum, não deve ser impetrado em um JEF. Da mesma forma, as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos não devem ser ajuizadas no âmbito dos JEFs, conforme previsão legal acima.

Quanto a esse ponto, ressalta-se ser da competência dos JEFs a defesa de direitos ou interesses difusos e coletivos por meio de ações propostas individualmente pelos seus titulares ou substitutos processuais (BRASIL, [2017b]).

Com relação ao direito à saúde, tal ressalva merece destaque, uma vez que, ainda que exista resistência de classificar o direito à saúde como coletivo ou difuso, a possibilidade de atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública por meio da ação civil pública já indica o viés abrangente que a saúde traz em seu interior (ALVES, 2013).

Ademais, quanto à legitimidade ativa para propor ações perante os JEFs, observa-se não constar no rol de legitimados do art. 6º da Lei 10.259/2001 o Ministério Público e a Defensoria Pública. Entretanto, o STJ reconhece a legitimidade destes quando atuam em favor de pessoa determinada nas causas que envolvem fornecimento de medicamentos/tratamento médico, cujo valor seja de até 60 (sessenta) salários mínimos (BRASIL, [2017c]).

De igual forma, poderão ser tutelados perante os JEFs, os direitos individuais homogêneos, quando pleiteados pelo próprio titular ou em litisconsórcio ativo facultativo, o que caracteriza as demandas conhecidas como “ações de massa”, por versarem sobre pretensões semelhantes, de indeterminada quantidade de pessoas (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011).

3. A POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL EM DEMANDAS DE SAÚDE NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

A possibilidade de produção de prova pericial tem regramento divergente nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e nos Juizados Especiais Cíveis Federais, o que pode acabar suscitando dúvidas ou mesmo confusões.

Nos Juizados Estaduais não se admite esse meio de prova, uma vez que a necessidade de produção de prova pericial “[...] necessariamente indica que a causa é complexa e, por-

tanto, não pode ser conhecida, processada e julgada perante os Juizados Especiais Cíveis estaduais." (WAMBIER; TALAMINI, 2018, p. 360).

Em contrapartida, nos Juizados Federais admite-se expressamente no art. 12 da Lei 10.259/2001 a produção de "exame técnico", um tipo de prova pericial simplificada em que o juiz designa um perito para disponibilizar laudo técnico com antecedência de até cinco dias da audiência (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Conquanto também represente um auxílio ao juiz para esclarecer uma questão fática, o exame técnico existente nos processos dos JEFs difere em muitos aspectos da perícia judicial consubstanciada no processo civil tradicional (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011).

Dentre as distinções existentes destacam-se (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011): a perspectiva que o juiz no âmbito dos JEFs pode designar como técnico qualquer pessoa que detenha conhecimentos sobre o objeto a ser avaliado, enquanto o Código de Processo Civil (CPC) determina a preferência pelos profissionais de nível universitário, inscritos no órgão de classe competente, com comprovada especialidade na matéria, além disso, no início do processo nos JEFs, constatada a regularidade da exordial e a necessidade do exame técnico, o juiz já poderá nomear o perito, o que no CPC ocorre apenas após a apresentação da defesa pelo réu.

Deve-se, ainda, considerar que nos JEFs, os prazos para a elaboração do exame e para a entrega dos laudos são reduzidos e que no âmbito dos Juizados Federais ocorre, ainda, a antecipação dos honorários do técnico pelo Tribunal, enquanto no CPC estes devem ser antecipados pela parte requerente, ainda que não integralmente.

Corroborando a possibilidade de realização de perícia técnica nos JEFs, inclusive em matéria de saúde, destaca-se trecho de decisão recente do Desembargador Carlos Moreira Alves do TRF1:

Substância orientação jurisprudencial assente nesta Corte e do eg. Superior Tribunal de Justiça a de que nas ações destinadas à proteção do direito à saúde, aí incluídas as causas de fornecimento de medicamentos, que tenham conteúdo econômico e represente ele valor inferior ao limite de 60 (sessenta) salários mínimos estabelecido pelo artigo 3º, da Lei 10 259/2001, há de ser reconhecida a competência do Juizado Especial, não sendo ela agastada em decorrência do grau de complexidade da demanda ou do fato de ser necessária realização de perícia técnica. (BRASIL, 2018c, n. p.).

Apesar dessa previsão, o Juiz Federal José Carlos Zebulum alerta que o procedimento especial dos JEFs não permite ao postulante as mesmas possibilidades de produção de provas existentes no procedimento comum, o que muitas vezes acarreta sérias dificuldades para prolação de uma decisão liminar e implica, na maioria dos processos de saúde, a concessão de antecipação dos efeitos de tutela de urgência baseadas, em boa parte dos casos, em uma simples prescrição médica (ZEBULUM, 2017).

Em ações que buscam a tutela de um direito à saúde, Luciana Gaspar Melquíades Duarte acrescenta que o rigor probatório oscila conforme o tipo da demanda ajuizada: se de primeira ou de segunda necessidade (DUARTE, 2011). Para a jurista, a expressão "demandas de saúde de primeira necessidade" designa as prestações estatais essenciais à garantia do direito à vida, englobando todas aquelas, urgentes ou não, imprescindíveis para a sobrevivência. As "demandas de saúde de segunda necessidade", por seu turno, caracterizam a busca por

prestações estatais que, desconexas da preservação da vida, contribuem para aumentar o bem-estar físico, mental e social do postulante (DUARTE, 2011). Dessa forma, quanto ao lastro probatório exigido nessas ações, a autora conclui que:

Certo é que, em casos de urgência alusiva a *demandas de saúde de primeira necessidade* urgentes, o rigor probatório não deve ser aumentado, antes, reduzido, haja vista o risco de perecimento da vida, bem maior do arcabouço jurídico vigente.

Ao avesso, diante de *demandas de saúde de segunda necessidade*, a instrução do pedido deve ser rigorosa e eloquente, apta a convencer o magistrado da real necessidade fática da prestação requerida judicialmente. (DUARTE, 2011, p. 302, grifo do autor).

Consta-se, a depender do caso concreto, a possibilidade de realização de prova pericial, desde que simplificada, no âmbito dos JEFs. Deve-se, no entanto, observar a construção desenvolvida por Lazzari (2014, p. 82) que entende que a complexidade da causa ou a necessidade de realização de prova pericial não afasta a competência dos Juizados, destaca o autor, que o critério escolhido pelo legislador foi o do valor da causa, o qual tem natureza absoluta. Relembra, ainda, que essa é a posição adotada pelo STJ, o qual considera desinfluyente o grau de complexidade da demanda ou o fato de ser necessária a realização de perícia técnica

4. ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO NA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS ENVOLVENDO A SAÚDE PÚBLICA

Com o aumento significativo do número de processos em andamento no âmbito do Poder Judiciário, tornou-se imperativo a possibilidade de utilização e aplicabilidade dos métodos autocompositivos, como alternativa às instituições de justiça na resolução de conflitos dos mais diversos tipos, entre estes os conflitos envolvendo a Administração Pública. Compreende-se a mediação como método autocompositivo consensual, capaz de resgatar o diálogo entre as partes, criando um ambiente receptivo ao acordo, tornando-se, desta forma, uma alternativa aos problemas atuais em razão da crescente demanda de conflitos.

Observou-se que o movimento deflagrado pela edição da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, marcou categoricamente a mudança de paradigma que se sedimentou com a edição do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e, sobretudo, da nova Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), compreende-se que esses instrumentos normativos institucionalizaram no país um sistema de justiça multiportas (VIANA, VIANA, 2016).

A atuação da fazenda pública, em juízo ou fora dele, prende-se à regra da legalidade estrita. Em outras palavras, significa que o administrador público não pode atuar sem que esteja autorizado por lei. A indisponibilidade dos bens e direitos públicos ensejaram, não raro, oposição à possibilidade de realização de solução autocompositivas pelas Fazendas Públicas. Para Viana e Viana (2016, p. 32), no entanto:

O ponto merece revisão. A noção da indisponibilidade vem se relativizando. Não se há de confundir indisponibilidade de direito com intransigibilidade, que só tem lugar quando a lei expressamente veda a transação. Tal é o caso do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) – única hipótese expressa de vedação de transação no ordenamento jurídico brasileiro (SOUZA, 2012, p. 173). De mais a mais, mesmo que o direito seja indisponível, não há indisponibilidade quanto ao modo do mesmo ser regulado, nada impedindo, em decorrência, que meios de solução consensual de conflitos sejam empregados para tal fim (FACCI, 2015, p. 239-240).

Percebe-se, assim, que há muito o ordenamento jurídico brasileiro admite, inclusive, expressamente a submissão das Fazendas Públicas à possibilidade de adoção de soluções autocompositivas¹⁴, fazendo-se necessário que os entes públicos, como os gestores de saúde e os procuradores, sejam mais acessíveis às políticas de conciliação e de mediação (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2015).

Viana e Viana (2016) destacam que alguns entes públicos ainda se opõem à conciliação alegando a indisponibilidade do interesse público. No entanto, desde que no cumprimento da lei, uma transação efetuada pela Administração não representa uma liberalidade em relação a um direito ou interesse, conforme ensina Fioreza:

Um pensamento que parece estar por trás da negativa da possibilidade de conciliação pela Administração Pública é de que a transação representa uma liberalidade em relação a um direito ou interesse, o que não é verdade. Um particular que estiver sendo demandado judicialmente pode transigir, oferecendo uma soma de dinheiro ao autor, apenas para ver-se livre do inconveniente moral de responder a uma ação judicial, embora não reconheça a procedência do pedido e até considere que a ação tem pouca chance de êxito. Estará, então, exercendo o direito de dispor livremente de seu patrimônio. A Administração não pode fazer o mesmo, isso é claro. Ela pode, contudo, admitir a pretensão do autor se o direito alegado tiver fundamento legal, o que é substancialmente diferente da atitude tomada pelo particular no exemplo dado, pois a transação, para a Administração, não se baseará no exercício de uma liberalidade, mas no cumprimento da vontade da lei. Aliás, em casos como esse a Administração tem o dever de buscar a conciliação, pois, do contrário, estaria ofendendo o princípio da legalidade previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição federal ao não observar a prescrição legal em que o direito pleiteado se sustenta. (FIOREZA, 2010, p. 2 *apud* DELDUQUE; ALVES; DINO NETO, 2015, p. 579).

A Lei dos Juizados Federais, por exemplo, prevê expressamente a possibilidade de conciliação, transação ou desistência por parte dos representantes judiciais da União, das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais, nos termos do art. 10, parágrafo único, da Lei 10.259/2001, constituindo título executivo judicial a sentença que homologar o acordo, conforme art. 22, parágrafo único, da Lei 9.099/1995 e art. 515, II, do CPC/2015 (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Tal autorização, entretanto, é muitas vezes ignorada por esses entes federais. O único que tem procurado atuar dessa forma perante os JEFs é o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), realizando acordos nas demandas com provável procedência para o segurado,

14 Seja por meio da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), seja por meio de termos de ajustamento de conduta previstos no Estatuto da Criança e Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor, na legislação de concorrência, na legislação ambiental, no Estatuto do Idoso e no direito regulatório nacional.

o que acaba poupando a Administração Pública de pagar todo o valor devido, além de juros de mora, atualização monetária e honorários de sucumbência nos casos de processos que continuam nas Turmas Recursais, contribuindo, em última instância, para o reconhecimento do direito da parte de forma mais célere (DELDUQUE; ALVES; DINO NETO, 2015).

Ademais, não havendo acordo, há a possibilidade da instauração de arbitragem incidental, desde que envolva pretensão que não dependa de intervenção judiciária, conforme permissão dos arts. 24 a 26 da Lei 9.099/1995, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, c/c art. 1º da Lei 9.307/1996, a qual dispõe sobre a arbitragem (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Convém mencionar, inclusive, que a permissão prevista na Lei 9.307/1996 foi introduzida pela Reforma da Lei da Arbitragem, com a promulgação da Lei 13.129/2015, preenchendo o requisito da autorização legal específica e elidindo as controvérsias sobre a possibilidade de o Poder Público utilizar-se da arbitragem para dirimir seus conflitos com particulares (ROCHA; SALOMÃO, 2017).

Ressalta-se, contudo, que o juízo arbitral da Lei 9.099/1995, conquanto possua a natureza de uma arbitragem, não se confunde com o previsto na Lei 9.307/1996. A escolha do árbitro, por exemplo, é realizada entre os juízes leigos e os atos praticados perante o juiz estatal são aproveitados. Já nas regras gerais de arbitragem disciplinadas na Lei 9.307/1996, basta que o árbitro seja da confiança das partes e o processo arbitral é instaurado de forma independente do estatal, o qual deve ser extinto, com fulcro no art. 485, VII, do CPC/2015 (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

A arbitragem pode ser definida como um método de heterocomposição dos conflitos acerca de direitos disponíveis, que conta com a participação de um terceiro, não representativo do Estado, que impõe uma decisão vinculante para as partes (BONATO, 2014).

Disciplinada pela Lei 9.307/1996, essa técnica de resolução de conflitos ocorre, portanto, por meio da intervenção de uma ou mais pessoas designadas por uma convenção privada, que decidem sem intervenção do Estado, através de uma decisão com eficácia de sentença judicial (CARMONA, 2009).

Por outro lado, na conciliação prima-se pela autocomposição, com o encerramento da controvérsia, ao passo que na mediação não se busca apenas a resolução da disputa, mas também se procura restaurar as relações sociais entre os conflitantes (CABRAL, 2017). A diferença entre esses dois últimos institutos é marcada pelo conteúdo de cada um deles, uma vez que:

[...] na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se porventura ele já existe. Na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha, e na mediação, o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo. Na conciliação, resolve-se o conflito exposto pelas partes sem analisá-lo com profundidade. Muitas vezes, a intervenção do conciliador ocorre no sentido de forçar o acordo. Diferencia-se, pois, a mediação da conciliação pelo fato de que na segunda o tratamento dos conflitos é superficial, encontrando-se um resultado muitas vezes parcialmente satisfatório. Já na primeira, existindo acordo, este apresenta total satisfação dos mediados. (MORAIS, 2012, p. 115).

Vale registrar que a conciliação já se encontrava devidamente prevista no CPC de 1973 e em outras leis especiais, ao passo que o marco regulatório da mediação no Brasil somente foi instituído com a promulgação da Lei 13.140/2015. Além disso, no âmbito processual, o novo CPC também elencou o mecanismo como um meio de pacificação social (CABRAL, 2017).

O marco legal da mediação – a Lei 13.140/2015, aprovada em 26.06.2015 – também representou um importante passo ao admitir a possibilidade de a Administração Pública se utilizar desse instituto, ainda que dentro de certos parâmetros (ROCHA; SALOMÃO, 2017).

Outrossim, a lei da mediação deve ser complementada pelo CPC de 16 de março de 2015 no que não for incompatível, pois, sendo posterior e específica, revogará o CPC/2015 no que o for (GRINOVER, 2016).

A propósito, o novo Código de Processo Civil - CPC estatui como uma de suas premissas o incentivo aos métodos consensuais de solução de conflitos (conciliação e mediação judiciais). Logo nos parágrafos do art. 3º estatui como dever do Estado promover, desde que possível, a solução consensual dos conflitos, a ser incentivada por todas as instituições ligadas à justiça, antes ou durante o processo, determinando, em seu art. 165, a obrigação de os Tribunais criarem centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (GRINOVER, 2016).

Quanto ao tema, o CPC de 2015 expressamente dispõe que o conciliador pode sugerir soluções para o conflito, enquanto o mediador apenas auxilia as partes a encontrarem, por si próprias, soluções consensuais, conforme art. 165, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 165. [...]

§2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, 2015b, n. p.).

Nesse sentido, alguns doutrinadores afirmam que enquanto na conciliação há uma significativa proatividade do conciliador, na mediação há uma passividade maior do mediador na construção de um acordo. Em verdade, contudo, a doutrina diverge acerca das diferenças entre os dois métodos, ora tratando-os como institutos diversos, ora colocando-os como mediação em sentido amplo (ROCHA; SALOMÃO, 2017).

Há os que entendem que na mediação extrajudicial, cujo marco legal específico é a Lei 13.140/2015, o mediador também poderá sugerir soluções para o conflito, o que não representaria afronta ao princípio da imparcialidade do mediador, uma vez que a mediação também é regida pelo princípio da busca do consenso, conforme art. 2º, VI, da referida lei (ROCHA; SALOMÃO, 2017).

Aqui cabe mencionar a reflexão desenvolvida por Zanferdini e Mazzo (2015), quando desenvolveram reflexão importante sobre a clássica obra Acesso à justiça de Mauro Cappel-

letti e Bryan Garth (1988), aqueles destacaram que a terceira onda renovatória eleva a questão do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça, oferecendo um novo enfoque (ZANFERDINI; MAZZO, 2015, p.89). Mesmo sem deixar de considerar as técnicas das duas primeiras ondas renovatórias, a terceira onda busca ser mais ampla que as precedentes, centralizando sua atenção no sistema geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos empregados para processar e evitar litígios, aconselhando e encorajando uma larga variedade de reformas, abarcando modificações nas formas de procedimento, alteração na estrutura dos tribunais, uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, além da adoção de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios, entre os quais, destacam-se a mediação e conciliação. Para Zanferdine e Mazzo (2015, p. 89) nesse momento “é possível compreender a amplitude da expressão acesso à justiça empregado pelos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), que não se esgota no acesso ao Judiciário, tampouco pode ser estudado nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes”.

Nos conflitos envolvendo o direito à saúde, a adoção de mecanismos alternativos de resolução, dentro ou fora de processos judiciais e até mesmo antes do seu início, pode elidir a vulnerabilidade do SUS no âmbito jurídico diante da alocação de recursos exigidos por comandos jurisdicionais (DELDUQUE; ALVES; DINO NETO, 2015).

A conciliação, por exemplo, deveria ser mais buscada dentro do processo judicial, uma vez que propicia às próprias partes o estabelecimento dos termos e das condições para a solução da demanda, possibilita a participação direta dos jurisdicionados, bem como uma solução mais rápida do litígio, promovendo, ainda, o *desafogamento* do Poder Judiciário (DELDUQUE; ALVES; DINO NETO, 2015).

A propósito, a conciliação pode se apresentar como uma alternativa à morosidade na solução dos processos envolvendo tutelas de saúde, em virtude, por exemplo, de protelações frequentes com pedidos de prorrogação de prazo pelo Poder Público para o cumprimento das decisões judiciais, ou até mesmo, pela dificuldade em acessar informações técnicas apenas pelos dados constantes no processo (DELDUQUE; ALVES; DINO NETO, 2015).

Nesses casos, tratando-se normalmente de hipóteses em que as partes pleiteiam medicamentos ou tratamentos em razão de alguma enfermidade, a demora para uma solução pode inviabilizar a proteção da saúde ou até mesmo da própria vida do postulante (DELDUQUE; ALVES; DINO NETO, 2015).

O acordo pode surgir, por exemplo, quando uma parte requer judicialmente um medicamento, intervenção cirúrgica ou tratamento médico não oferecido pelo SUS e o sistema possui algo similar que atenda às mesmas necessidades. Nesses casos, poderá ser convencido que a parte seja consultada com médicos do SUS para analisar a adequação da alternativa ao seu quadro clínico, sendo-lhe fornecida a prestação de saúde mais rapidamente, em caso positivo (DELDUQUE; ALVES; DINO NETO, 2015).

Há a possibilidade de negociação, ainda, quando o tratamento ou fornecimento de medicamento está devidamente previsto no SUS, mas não foi fornecido à parte demandante por algum fator circunstancial, como por atraso nas licitações, falta de fornecedor, atraso na entrega, dentre outros. Nesses casos, o Poder Público pode propor um prazo para que o vício seja sanado, quando isso for possível (DELDUQUE; ALVES; DINO NETO, 2015).

A própria Administração Pública é beneficiada com esses métodos alternativos, uma vez que a resolução administrativa ou por acordo evita o dispêndio de recursos com o pagamento de honorários de sucumbência, juros de mora, atualização monetária, e até mesmo com multa por atraso no cumprimento das decisões judiciais ou por litigância de má-fé (DELDUQUE; ALVES; DINO NETO, 2015).

A perspectiva desenvolvida pelos autores, pode ser expressa em números, deve-se considerar que os gastos da União com processos judiciais relacionados à saúde, por exemplo, saltaram de R\$ 70 milhões em 2008 para R\$ 1 bilhão, em 2015, um crescimento de mais de 1.300%, consoante auditoria realizada pelo TCU no processo nº 009.253/2015-7, Acórdão 1787/2017 – TCU – Plenário (BRASIL, 2017d).

Acompanhando a necessidade de maior utilização desses métodos alternativos de solução de conflitos, o CNJ instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, por meio da Resolução 125/2010 de 29.11.2010, posteriormente alterada pela Emenda nº 2 de 2016, estabelecendo a criação de Juízos de resolução alternativa de controvérsias (CABRAL, 2017).

Considerando todos esses incentivos, cada vez mais se observa a criação de centros/ câmaras judiciais ou extrajudiciais que buscam a solução amigável de conflitos envolvendo o direito à saúde, na tentativa de evitar ou minimizar a judicialização dos casos. Dentre eles, pode-se mencionar: a Câmara Permanente Distrital de Mediação de Saúde (CAMEDIS)¹⁵; a Câmara de Conciliação de Saúde em Salvador¹⁶; a Câmara de Conciliação em Saúde em Alagoas (CCS/AL)¹⁷; a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), de iniciativa da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE/RJ)¹⁸; e o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS), de iniciativa da AGU no Estado do Rio Grande do Norte (DELDUQUE; ALVES; DINO NETO, 2015).

Destaca-se, por fim, a Câmara de Mediação em Direito de Saúde (Cameds), ferramenta eletrônica de conciliação extrajudicial idealizada pelos juízes federais da Subseção Judiciária de Imperatriz, que venceu o prêmio "Conciliar é Legal", promovido pelo CNJ, na categoria juiz federal de 2017, utilizando o aplicativo *WhatsApp* para resolver 250 casos em cinco meses de funcionamento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

15 Vide notícia em: BRASIL. Defensoria Pública da União. Assessoria de Imprensa. [Câmara de mediação em saúde...]. 2013b. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/legislacao/leis?id=10523:camara-de-mediacao-de-saude-e-instituida-no-distrito-federal&catid=79>. Acesso em: 2 out. 2018.

16 Vide notícia em: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Câmara de Conciliação de Saúde resolve 80%... 2017a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85328-camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia>. Acesso em: 2 out. 2018.

17 Vide notícia em: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Tribunal prepara câmara de conciliação em saúde em AL. 2017b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84350-justica-alagoana-planeja-camara-de-conciliacao-em-saude>. Acesso em: 2 out. 2018.

18 Vide notícia em: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO (Rio de Janeiro). Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS). 2016. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/mais-consenso/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls>. Acesso em: 2 out. 2018.

CONCLUSÕES

Diante do crescente protagonismo do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas de saúde, os JEFs, norteados pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, surgem como um importante instrumento de acesso à justiça para aqueles que necessitam de uma tutela envolvendo o direito à saúde.

Com relação a esse direito constitucional fundamental, o STF já reafirmou jurisprudência sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no dever de prestar assistência à saúde, conforme decisão proferida na análise do RE 855178¹⁹, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que teve repercussão geral reconhecida, por meio do Plenário Virtual.

Nesse cenário, destacou-se que o manejo de uma demanda de saúde que possua a União no polo passivo é fato principiator da competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109 da CF/1988, frisando, contudo, a competência absoluta dos JEFs.

Dessa forma, havendo juizado federal na seção ou subseção judiciária, as causas que não superem o limite da alçada previsto (sessenta salários mínimos), serão necessariamente propostas nos juizados, e não nas varas, ainda que especializadas em matéria de saúde.

Com isso, objetivou-se analisar algumas peculiaridades de demanda de saúde no âmbito dos JEFs, tais como os critérios para definição do valor de uma causa de saúde, as possíveis ações para o controle judicial de políticas públicas de saúde nos JEFs e a possibilidade de utilização de perícia técnica e de meios alternativos de resolução de conflitos nesses processos.

Diante do regramento legal da competência absoluta dos Juizados Federais Cíveis, buscou-se alertar para a importância da correta definição da expressão econômica pretendida com a causa, a fim de evitar eventual retardamento com relação à prestação da tutela de saúde, em virtude de transtornos decorrentes do início de um trâmite equivocado.

Ademais, abordou-se a possibilidade legal da utilização de perícia técnica nesses processos, desde que de forma simplificada, bem como sobre os benefícios da utilização de meios alternativos de solução de conflitos nessa seara, trazendo-se importantes centros/câmaras judiciais ou extrajudiciais que buscam a solução amigável de conflitos envolvendo o direito à saúde, na tentativa de evitar ou minimizar a judicialização dos casos.

O regramento legal da competência absoluta dos JEFs e o alto índice de judicialização de demandas de saúde nesse microssistema, contudo, indicam a necessidade de aprofundamento do debate nessa área, a fim de propiciar maior previsibilidade quanto à interpretação e aplicação das respectivas normas processuais nessa realidade específica.

19 Vide RE 855178 RG, Relator: Min. Luiz Fux, Julgado em 05.03.2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-050, Divulg. 13.03.2015, Public. 16.03.2015.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. *Direito à saúde e democracia sanitária*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 337-355, dez. 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67809/70417>. Acesso em: 15 jul. 2017.

ASENSI, Felipe Dutra. *Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação*. Curitiba: Juruá, 2013.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (coord.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília, DF: CNJ, 2015.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ações de saúde contra o poder público: ensaio de um roteiro decisório. *Direito Federal, Revista da AJUFE*, São Paulo, v. 30, n. 96, p. 197-245, 1. sem. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Fórum*, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BOCHENEK, Antônio César; DALAZOANA, Vinicius. *Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. [E-book]. Porto Alegre: Direitos dos Autores, 2011.

BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália: perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira da Arbitragem*, n. 43, 2014.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1 p. 13-38 mar/jul. 2009. Disponível em: <http://www6.ensp.fiocruz.br/repositorio/sites/default/files/arquivos/A%C3%A7%C3%B5esIndividuais.pdf>. Acesso em 16 jul. 2019.

BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. [E-book]. Porto Alegre: Direitos dos Autores, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 jul. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei 10.259, de 12 de julho de 2001*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 3 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). *Conflito de Competência*: CC 0024333-55.2017.4.01.0000 0024333-55.2017.4.01.0000, Terceira Seção. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, em 18 de dezembro de 2017a. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/604717301/conflito-de-competencia-cc-243335520174010000-0024333-5520174010000?ref=serp>. Acesso em: 04 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. Direito Processual Civil. [Tese nº 4] *É da competência dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública a defesa de direitos ou interesses difusos...* ed. 89. [2017b]. (Juizados Especiais). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. Direito Processual Civil. [Tese nº 5] *É possível submeter ao rito dos Juizados Especiais Federais as causas que envolvem fornecimento de medicamentos/tratamento médico...* ed. 89. [2017c]. (Juizados Especiais). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde*. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 2 out. 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. *Revista FONAMEC*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 354-369, maio 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas S. A., 2009.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Conciliar é legal premia demandas de saúde resolvidas pelo WhatsApp*. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86312-conciliar-e-legal-premia-demandas-de-saude-resolvidas-pelo-whatsapp>. Acesso em: 2 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Quantidade de demandas nos tribunais: Relatórios de cumprimento da Resolução CNJ n. 107*. [2015]. Disponível em: [CNJ.jus.br/wp-content/uploads/2015/03/demandasnoTRIBUNAIS.forumSaude.pdf](http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/03/demandasnoTRIBUNAIS.forumSaude.pdf). Acesso em: 10 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília, DF: Insper, 2019. (Série Justiça Pesquisa). 171p. Disponível em: static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf. Acesso em: 10 maio 2019.

FALAVINHA, D. H. S.; MARCHETTO, P. B. A crise entre saúde e poder judiciário no Brasil através da judicialização de demandas: apresentação de outros atores responsáveis e a necessidade de um pensamento bioético. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (coord.). *Livros do Conibdh: direitos humanos fundamentais II* [recurso eletrônico on-line]. Vitória: FDV Publicações, 2016. Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2017/03/07-A-crise-entre-sau%CC%81de-e-Poder-Diego-Falavinha-e-Patri%CC%81cia-Marchetto.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi; AITH, Fernando; MAGGIO, Marcelo P. (coord.). *Direito sanitário: aspectos contemporâneos da tutela do direito à saúde*. Curitiba: Juruá, 2019.

DANIELS, Norman. *Just Health Care: studies in philosophy and health policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

DELDUQUE, Maria Célia; ALVES, Sandra Maria Campos; DINO NETO, Nicolao (org.). *Direito sanitário em perspectiva*. Brasília, DF: ESMPU: FIOCRUZ, 2015. v. 4.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à saúde*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. (Coleção Leis Especiais para Concursos).

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.biblioteca-digital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-96KQVV>. Acesso em: 2 ago. 2018.

LAZZARI, João Batista. Juizados especiais federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para obtenção de processo justo. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Vol. 19 - n. 4 - Edição Especial 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6706>. Acesso em 6 jul. 2020.

MARIO, Camila Gonçalves de. *Saúde justa: uma concepção liberal-igualitária*. In: ENCONTRO DA ABCP, 9., 2014, Brasília, DF. *Anais...* Brasília, DF, 2014. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/saude-justa-concepcao-liberal-igualitaria-756.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2019.

- MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 3. ed. rev. e atual. com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PARANHOS, Denise Gonçalves de Araújo Mello et al. As teorias da justiça, de John Rawls e Norman Daniels, aplicadas à saúde. *Saúde debate* [online], v. 42, n. 119, p. 1002-1011, 2018. ISSN 0103-1104. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v42n119/0103-1104-sdeb-42-119-1002.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2019.
- PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida; ARAI, Rubens Hideo. *Juizados especiais cíveis, criminais e Fazenda Pública*. São Paulo: Atlas, 2011. (Série leituras jurídicas: provas e concursos; v. 13).
- PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados Especiais Federais Cíveis: questões de processo e de procedimento no contexto do acesso à justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RAMOS, Edith Maria Barbosa. *Universalidade do direito à saúde*. São Luís: EDUFMA, 2014.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fortes, 1997.
- ROCHA, Gerson Luiz. *Juizados Especiais Federais Cíveis: competência e execução por quantia certa*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série GV-law).
- SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde e Judiciário: a atuação judicial-limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016.
- SADEK, Maria Tereza (org.). *Reforma do judiciário* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. 164 p. ISBN: 978-85-7982-033-5. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.
- SCHULZE, Clenio; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.
- SILVA, Anderson Lincoln Vital da et al. *Reflexões sobre o direito à saúde*. Organizadores: Anderson Lincoln Vital da Silva e Maurilio Casas Maia. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais: comentários à Lei n. 10.259, de 12.7.2001*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ZEBULUM, José Carlos. Juizados Especiais: uma solução para a questão da saúde? *Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 6, n. 1, p. 180-206, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/356>. Acesso em: 30 jun. 2019.
- ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. MAZZO, Fernando Henrique Machado. Do movimento de acesso à justiça às preocupações sobre o aumento da litigiosidade de massa. *Meritum – Belo Horizonte – v. 10 – n. 1 – p. 77-100 – jan./jun. 2015*. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3369>. Acesso em: 5 jul. 2020.
- VENTURA, M. et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physys: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006. Acesso em: 5 set. 2018.

VIANA, Emílio de Medeiros. VIANA, Iasna Chaves. Conciliação, mediação e a Fazenda Pública: mudança de paradigma e entraves por superar. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito*. Curitiba. v. 2. n. 2. p. 21 – 40. Jul/Dez. 2016.

Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1568>. Acesso em: 6 jul. 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 4: procedimentos especiais e juizados especiais*. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Recebido/Received: 15.05.2020.

Aprovado/Approved: 09.07.2020.

A TRANSEXUALIDADE NO CONTEXTO DA SAÚDE: INFORMAÇÃO PARA A CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

TRANSEXUALITY IN THE HEALTH CONTEXT:
INFORMATION FOR CITIZENSHIP AND HUMAN RIGHTS

JANAÍNA MACHADO STURZA¹
VERA LUCIA SPACIL RADDATZ²
KAOANNE WOLF KRAWCZAK³

RESUMO

O acesso a direitos fundamentais, como saúde e informação, permite a todos os indivíduos, sem discriminação, a possibilidade de desenvolverem todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente da construção da vida coletiva no Estado democrático, especialmente sob a perspectiva da cidadania. Seguindo este cenário, o presente artigo tem como objetivo propor uma reflexão sobre a transexualidade no contexto da saúde, estabelecendo uma interlocução com a comunicação que informa para a cidadania e os direitos humanos. O problema investiga em que medida a comunicação, especialmente o direito à informação, pode proporcionar aos transexuais a equidade no campo da saúde, a partir de um processo de inclusão social. Realizou-se um estudo bibliográfico, seguindo o método hipotético dedutivo. Verificou-se como essencial a (re) organização de um sistema de saúde pública que acolha

- 1 Pós Doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela Unisc. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós Graduação em Direitos - Mestrado e Doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do comitê gestor da Rede de pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha Fapergs – PqG Edital 05/2019. E-mail: janasturza@hotmail.com.
- 2 Doutora em Comunicação pelo Programa de Pós Graduação e Informação da UFRGS. Professora do PPGD- Programa de Pós Graduação em Direito - Cursos de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - e do Curso de Jornalismo e Publicidade e Propaganda da Unijuí. É organizadora de duas obras publicadas em 2015 pela Editora Unijuí: "Educação e Comunicação para os Direitos Humanos" e "Comunicação, Cultura e Fronteiras". Dedicou-se à pesquisa: em direitos humanos, na perspectiva do direito à informação; à interface entre a "Comunicação e a Educação" e ao estudo da "Comunicação e Fronteiras". Coordena os projetos de pesquisa: "Mídia e Sociedade: o direito à informação" e "A identidade fronteiriça nas ondas do rádio". Participa do grupo Mídia Sonora da Intercom, da Rede Alfredo de Carvalho e da ABPEducom. Integra o Grupo de Pesquisa do CNPq Direitos Humanos, Governança e Democracia e participa do Grupo Interdisciplinar Estudos em Gestão Pública, Desenvolvimento e Cidadania. Coordena o Núcleo de Educação e Informação em Direitos Humanos - NEIDH - junto ao PPGD - Programa de Pós-Graduação em Direito - Cursos de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos, da Unijuí. E-mail: verar@unijui.edu.br.
- 3 Doutoranda e Bolsista Integral Capes no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito - Curso de Doutorado em Direitos Especiais pela URI/SAN. Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos certificado pelo CNPq. Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Advogada. E-mail: kaoanne.krawczak@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

STURZA, Janaína Machado; RADDATZ, Vera Lucia Spacil; KRAWCZAK, Kaoanne Wolf. *A transexualidade no contexto da saúde: informação para a cidadania e direitos humanos*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 250-268, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.7775>.

a todos sem distinção, porém, sem esquecer das individualidades – afinal, neste processo é fundamental a comunicação para a informação, tanto do ponto de vista da cidadania quanto dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Comunicação. Cidadania. Direitos humanos. Saúde. Transexualidade.

ABSTRACT

Access to fundamental rights, such as health and information, allows all individuals, without discrimination, the possibility of developing all their potential, including that of participating actively, organized and aware of the construction of collective life in the democratic state, especially from the perspective of citizenship. Following this scenario, this article aims to propose a reflection on transsexuality in the health context, establishing a dialogue with the communication that informs citizenship and human rights. The problem investigates the extent to which communication, especially the right to information, can provide transsexuals with equity in the health field, based on a process of social inclusion. A bibliographic study was carried out, following the hypothetical deductive method. It was verified as essential the (re) organization of a public health system that welcomes everyone without distinction, however, without forgetting the individualities - after all, in this process communication for information is fundamental, both from the point of view of citizenship and human rights.

KEYWORDS: Communication. Citizenship. Human rights. Cheers. Transsexuality.

1. INTRODUÇÃO

Desigualdade, discriminação, rejeição, preconceito e violência são desafios diários para os transexuais, que buscam o reconhecimento de sua identidade, face ao desequilíbrio entre o sexo biológico e sua identidade de gênero. Transexualidade não é doença, mas alguns dos problemas enfrentados pelos transexuais são justamente o preconceito de gênero, que diante de uma sociedade que pensa de forma binária – ou é masculino ou é feminino de acordo com o sexo de nascimento – veem sua vulnerabilidade acentuada também na área da saúde.

A identidade sexual biológica do transexual não é a mesma que sua identidade de gênero, e por isso a realização de uma cirurgia de troca de sexo pode significar um passo em direção ao seu reconhecimento da identidade como cidadão. Mas esse processo é difícil, tanto pelo acesso à informação ao seu direito à saúde, como por questões burocráticas, psicológicas e de entraves que muitas vezes começam na própria família, na qual o transexual não é aceito, bem como na sociedade de forma mais ampla.

Assim, para a realização do presente trabalho foi utilizado o método hipotético-dedutivo, tendo como metodologia a pesquisa do tipo exploratória, através de revisão bibliográfica, na qual utilizou-se, no seu delineamento, da coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores.

Seguindo este ideário, a primeira parte deste texto apresenta a transexualidade na sua relação com gênero, identidade de gênero e sexualidade, a partir de um cenário de reflexões que trata sobre a reinterpretação do sujeito na modernidade. Posteriormente, demonstra a necessidade de analisar a transexualidade sob o aspecto de efetivação do direito à saúde,

em especial o processo de (des)patologização da transexualidade e suas implicações no sistema de saúde pública.

Ainda no contexto de debates sobre o tema da saúde, trata, na sequência, sobre a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, com o objetivo de demonstrar e reafirmar a garantia ao atendimento à saúde de todos os seres humanos, sem qualquer distinção ou discriminação. Por fim, analisa o papel que a comunicação e o direito à informação exercem no sentido de contribuir para uma maior equidade na saúde, sendo um elemento importante para que transexuais possam se sentir incluídos socialmente, tanto do ponto de vista da cidadania quanto dos direitos humanos.

2. TRANSEXUALIDADE: A REINTERPRETAÇÃO DO SUJEITO

A transexualidade é uma experiência identitária que pode ser caracterizada pela construção do gênero em contraste com as normas que instituem inteligibilidade entre corpo, identidade e sexualidade. É, portanto, a possibilidade de reinterpretar os sentidos da feminilidade e da masculinidade contrariando o impositivo de que o sexo deve ser coerente com o gênero e, nesse caso, também ultrapassar a ideia de que a fêmea biológica é a única legitimada a carregar o *status* de mulher, enquanto o macho é o único legitimado a carregar o *status* de homem, em uma clara menção de que a biologia não é o destino. “A transexualidade é um desdobramento inevitável de uma ordem que estabelece a inteligibilidade nos corpos” (BENTO, 2006, p. 16). A resolução do enigma etnográfico implica em

[...] estar presentes em interações situadas dentro de um contexto e tenta explicar a lógica não manifesta que dá sustentação a essas mesmas interações – lógica que permite às pessoas agirem de determinados modos tidos como naturais, e possibilita que as pessoas digam coisas a outras pessoas, com a expectativa de serem compreendidas (KULICK, 2008, p. 35).

Diante disso, as sociedades, da chamada modernidade tardia, são caracterizadas pela ‘diferença’, com variadas posições de sujeito, ou seja, diferentes identidades para os indivíduos. Entretanto, elas não se desintegram porque os diferentes elementos e identidades podem ser conjuntamente articulados, porém, apenas de forma parcial, pois a “estrutura da identidade permanece aberta” (HALL, 2006, p. 17). Devemos ter em mente que todo esse deslocamento é positivo, porque desarticula identidades, tidas no passado como estáveis e abre a possibilidade de se criarem novas articulações.

Pode-se afirmar que os transexuais estão numa posição de fragilidade e vulnerabilidade, se encaixando perfeitamente no termo *homo sacer* cunhado por Giorgio Agamben. Segundo o referido autor

[...] privados de quase todos os direitos e expectativas que costumamos atribuir à existência humana e, todavia, biologicamente ainda vivos, eles vinham a situar-se em uma zona-limite entre a vida e a morte, entre o interno e o externo, na qual não eram mais que vida nua. Condenados à morte e habitantes do campo são, portanto, de algum modo inconscientemente assemelhados a *homines sacri*, a uma vida que pode ser morta sem que se cometa homicídio. O intervalo entre a condenação à morte e a execução, assim

como o recinto dos *lager*, delimita um limiar extratemporal e extraterritorial, no qual o corpo humano é desligado de seu estatuto político normal e, em estado de exceção, é abandonado as mais extremas peripécias, onde o experimento, como um tiro de expiação, pode restituí-lo à vida (graça ou indulto da pena são manifestações do poder soberano de vida e de morte) ou entregá-lo definitivamente à morte à qual já pertence. O que aqui nos interessa especialmente, porém, é que, no horizonte biopolítico que caracteriza a modernidade, o médico e o cientista movem-se naquela terra de ninguém onde, outrora, somente o soberano podia penetrar (AGAMBEN, 2015, p. 155).

De acordo com Goellner (2008, p. 245-260), cada marca que o corpo demonstra “não é algo dado a priori, nem mesmo é universal: é provisório, mutável e mutante, suscetível a inúmeras intervenções [...] visto que ele é construído também a partir daquilo que dele se diz”. Essas transformações, juntamente com a modernidade, libertaram os indivíduos das amarras da tradição e das estruturas. Nesta tendência “libertadora” surgem novas categorias identitárias, compostas por sujeitos que já não encontram acolhimento nas tradicionais concepções de gênero: são as categorias travestis e transexuais (OLIVEIRA; GROSSI, 2014).

Quanto a um conceito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de novembro de 2017 solicitada pela Costa Rica⁴, se pronunciou a respeito o que significa ser transexual. Assim, conforme a Corte diz-se transgênero ou pessoa trans:

Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas *trans* construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término *trans*, es un término *sombrilla* utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o *trans* puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer *trans* y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual (CoIDH, 2017, p. 17 e 18).

Ainda, segundo a mesma Corte (CoIDH, 2017, p. 18) pode-se compreender por pessoa transexual:

Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

Quanto à questão da escolha por um gênero mais adequado, explica Butler (2009, p. 96) que,

4 “[...] la solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado de Costa Rica le requirió a la Corte que contestara a cinco preguntas que se relacionan con dos temas vinculados con los derechos de las personas LGBTI. El primero de ellos versa sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género. El segundo tema se refiere a los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo” (CIDH, 2017, p. 15).

embora se possa dizer que isso é uma escolha [...] de caráter dramático e profundo [...] pode incluir um ou vários dos seguintes aspectos: a escolha de viver como outro gênero, passar por um tratamento hormonal, achar e declarar um novo nome, assegurar um novo estatuto jurídico para o seu gênero e submeter-se à cirurgia.

Entretanto, há uma tensão quando entram em debate pessoas que tentam obter legitimação jurídica e assistência financeira e aquelas que buscam fundamentar a prática da transexualidade na noção de autonomia. Pois, “de fato, podemos argumentar que ninguém alcança a autonomia sem a assistência e o suporte de uma comunidade, em especial quando se está fazendo uma escolha corajosa e difícil como é a escolha pela transição” (BUTLER, 2009, p. 97).

Apesar da questão da transexualidade já estar presente na sociedade há muitos anos com destaque nas décadas de 60 e 70 – quando se articularam as discussões teóricas com as reivindicações em busca de mudança nas práticas que regulam o corpo humano, esse debate sobre o transexualismo só recebeu visibilidade a partir do

[...] surgimento de associações internacionais, que se organizam para produzir um conhecimento voltado à transexualidade e para discutir os mecanismos de construção do diagnóstico diferenciado de gays, lésbicas e travestis, [que ao] mesmo tempo em que se produz um saber específico, são propostos modelos apropriados para o ‘tratamento’ (BENTO, 2006, p. 40).

Por conseguinte, os transgêneros, ou as transgêneras como preferem alguns cientistas, segundo Silva Junior (2011, p. 65): “[...] são indivíduos que, na sua forma particular de estar e/ou de agir, ultrapassam as fronteiras de gênero esperadas/construídas culturalmente para um e para outro sexo”. Assim, de acordo com o mesmo autor, são “homens, mulheres (e pessoas que até preferem não se identificar, biologicamente, por expressão alguma) que mesclam, nas suas formas plurais de feminilidade e masculinidade, traços, sentimentos, comportamentos e vivências que vão além de questões de gênero”, conforme, geralmente, são tratadas (SILVA JUNIOR, 2011, p. 65). A partir desse conceito, a expressão “transgêneros” pode englobar os (as) travestis, as (os) transexuais, os *drag queens*, as *drag kings*, os (as) *crossdressers*, as (os) transformistas e outros (as).

A partir destas explicitações, percebe-se que na “interpretação” ou “reinterpretação” do sujeito – transexuais, reside um tema recorrente e polêmico, que pode (e deve!) também ser abordado na perspectiva do direito à saúde.

3. DIREITO À SAÚDE E TRANSEXUALIDADE: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

A transexualidade hoje é um assunto bastante recorrente, inclusive ocupando páginas de revistas, programas de televisão e até mesmo capítulos de novela. Apesar disso, “para a maioria, o transexual ainda é um ser estranho a tudo e a todos, quase como se não fosse humano, o que implica incontáveis desconfortos, levando-os, quase sempre, à margem da sociedade [...]” (SCHEIBE, 2008, p. 11). E mais, “todo e qualquer tema que esteja ligado à

questão sexualidade é ainda cercada por inúmeros mitos e preconceitos que acabam por evitar que estes sejam discutidos no grande grupo" (STURZA e SCHORR, 2015, p. 11). Se apenas falar no assunto é um tabu, com a integração dos transexuais na sociedade o problema é maior, pois ela não ocorre de forma efetiva. E é aí que está o problema, quando ocorre, é marcada por diversos processos traumáticos para os transexuais e para aqueles que tentam realizá-la.

A transexualidade já existia em épocas anteriores à moderna e à contemporânea, tendo aparecido em diversos períodos históricos, inclusive em algumas culturas primitiva nas quais existiram pessoas que viviam como membros do sexo oposto ao seu sexo biológico, por desejo próprio, e até eram valorizadas (MARTINI; SCHUMANN, 2017). Havia também muitos mitos envolvendo a mudança de sexo, a qual era considerada também como uma punição, o que aparecia com frequência na mitologia.

O primeiro caso de uma pessoa que recorreu a um médico para afirmar sua condição de transexual ocorreu em 1952, no caso Christine:

Em 1952, um soldado norte-americano foi até a Dinamarca, procurar auxílio médico com o endocrinologista Christian Hamburger, que fazia pesquisas com hormônios. Isto porque, desde 1935 a Dinamarca possuía uma lei que permitia a castração humana quando a sexualidade do paciente induzia-o a cometer crimes ou quando envolvia distúrbios mentais com acentuada gravidade. Lá, contou sua história, completamente inventada, de que seria intersex, isto é, hermafrodita, e precisava de uma intervenção cirúrgica para alterar seu corpo, pois sempre vivera como mulher. Como já tomava hormônios há anos, carregava no corpo características femininas, enquanto sua função masculina era deficitária. A falta de conhecimento sobre o transexualismo, aliada à sua silhueta feminina, levou a equipe médica a acreditar nele. Foi assim que conseguiu extirpar sua genitália. No entanto, ainda não se pensava na construção de uma vagina. Voltando aos Estados Unidos, agora como Christine, procurou o doutor Harry Benjamin, para quem relatou sua história. A partir dessa experiência, o doutor publica um artigo, em 1953, falando sobre o transexualismo. Esse é o ponto de inflexão em que a transexualidade adentra o campo médico (DIAS, 2014, p. 12).

A partir desse caso, a transexualidade foi considerada uma doença e intitulada "transexualismo". Assim como ocorreu com a homoafetividade, o "momento patologizador serviu para que se afastasse a transexualidade do campo moral, do conceito de perversão, para que adentrasse o campo da doença. O cidadão transexual deixou de ser um devasso, pervertido, para ser um 'doente'" (DIAS, 2014, p. 14).

E "após diversas cirurgias e estudos, em 1980, ela entra no catálogo de doenças da DSM, e ingressa no CID-10 em 1992" (DIAS, 2014, p. 13). Assim, o "transexualismo, como categoria médica, nasce já como patológico e, principalmente, atrelado a um diagnóstico médico que decompõe a experiência da sexualidade em alguns pontos-chave" (DIAS, 2014, p. 15). Constrói-se assim "uma experiência totalizante da transexualidade. Isto é, há uma única forma de ser transexual: só será considerado transexual quem se adequar ao diagnóstico de transexualismo, enquanto o diagnóstico só se adequa a uma parcela da população transexual" (DIAS, 2014, p. 15).

De modo que "A medicina transexual se desenvolveu principalmente nas metrópoles globais, ou seja, na Europa Ocidental e nos Estados Unidos, onde também se centraram os

debates feministas acerca da transexualidade, enquanto que “na periferia global, também existem grupos que mudam de gênero sob diversos nomes” (CONNELL, 2016, p. 224). Assim conforme a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID-10), o transexualismo só pode ser diagnosticado “se o indivíduo permanecer durante o período mínimo de dois anos comportando-se como tal, além de ser necessário um diagnóstico especial sobre o aparecimento desse comportamento em patologias graves, como é o caso da esquizofrenia” (STURZA; SCHÖRR, 2015, p. 269).

Ao passo que, “em 1994 o Comitê do DSM-IV substituiu o diagnóstico ‘Transexualismo’ pelo ‘Transtorno de Identidade de Gênero’ [...] na Infância (302.6), na Adolescência e Adulto (302.85)” (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 572). Assim, a Organização Mundial da Saúde passou a enquadrar o transexualismo no rol dos Transtornos de Identidade Sexual, identificando-o através do Código F64.0. Entretanto, como dizem Sturza e Schörr (2015, p. 269),

[...] esta classificação como um transtorno de identidade sexual, dada pela OMS, é totalmente desaprovada pelos transexuais e pelos doutrinadores estudiosos do tema, vez que não pode ser considerado como uma doença, mas sim como uma identidade sexual diversa da considerada como normal, porém única”.

Segundo a Resolução nº 1955, editada em 2010 pelo Conselho Federal de Medicina, o sujeito precisa passar por um protocolo que nela se encontra, o qual estabelece em seu artigo 3º alguns critérios, quais sejam

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais (BRASIL, 2010, s.p.).

Esse protocolo foi criado com o objetivo de se fixarem descrições e prescrições sobre o modo mais adequado de se viver a transexualidade, ou seja, restringindo e estabelecendo limites para que a prática das intervenções seja realizada de forma segura, de modo a não provocar mais sofrimentos a estes sujeitos. Este protocolo faz parte do processo transexualizador, o qual “inicia quando o indivíduo procura o Serviço de Atenção Especializado no Processo Transexualizador do hospital habilitado⁵, onde passará por diferentes profissionais que o entrevistarão e realizará uma série de exames psicológicos e clínicos (MARTINI; SCHUMANN, 2017, p. 73) incluindo “o teste de vida real, além de passar por consultas com a equipe multidisciplinar” (MARTINI; SCHUMANN, 2017, p. 73).

Pode-se conceituar o processo transexualizador como “um conjunto de estratégias assistenciais para transexuais que pretendem realizar modificações corporais do sexo, em função de um sentimento de desacordo entre seu sexo biológico e seu gênero” (PORTAL BRASIL, 2015, s.p.) como forma de “atendimento às legislações e pareceres médicos” (PORTAL BRASIL, 2015, s.p.). Ao passo que a cirurgia de redesignação sexual ou cirurgia de transge-

5 Atualmente existem no Brasil apenas quatro hospitais habilitados a realizar o processo transexualizador como Unidades de Atenção Especializada no Processo Transexualizador através do SUS: 1) Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA), vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2) Hospital Universitário Pedro Ernesto (HUPE), vinculado à Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), 3) Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (HCFMUSP), vinculado à Faculdade de Medicina de São Paulo (FMSP) e 4) Hospital das Clínicas de Goiânia (HCG), vinculado à Universidade Federal de Goiás (UFG), os quais devem seguir as orientações do artigo 14 da Portaria nº 2.803/13 do Sistema Único de Saúde que redefine e amplia o processo transexualizador (MARTINI; SCHUMANN, 2017).

nitalização **“é o procedimento cirúrgico por meio do qual se altera o órgão genital da pessoa para criar uma neovagina ou um neofalo.** Preferível ao termo antiquado ‘mudança de sexo’” (JESUS, 2012, p. 30). É importante, para quem se relaciona ou trata com pessoas transexuais, “não enfatizar exageradamente o papel dessa cirurgia em sua vida ou no seu processo transexualizador, do qual ela é apenas uma etapa, que pode não ocorrer” (JESUS, 2012, p. 30).

Nesta perspectiva, “os espectros de descontinuidade e incoerência que se transformam numa patologia são, desta forma, apenas concebíveis em função deste sistema normativo” (ARAN, 2006, p. 50). Em razão disso, “certos tipos de identidade de gênero parecem ser meras falhas do desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, precisamente porque não se conformam às normas de inteligibilidade cultural” (BUTLER, 2003, p. 39).

Entretanto, é preciso ainda entender que o simples fato de alguém não se identificar com o seu gênero de origem não tem nada a ver com um transtorno de qualquer ordem, como afirmam “pesquisadores com propósitos homofóbicos” (BUTLER, 2009, p. 69). Nesse sentido, quando o assunto é o processo de caracterização da transexualidade, o Conselho Federal de Medicina assevera que essa não identificação com o sexo psicológico não pode ser confundido com uma anomalia, pois apresenta traços específicos, de caráter contínuo e permanente (BRASIL, 2010). Nas palavras de Butler (2009, p. 70)

É muito importante afirmar que isso não é um transtorno e que, na vida transgênera, há uma ampla variedade de relações complexas, como por exemplo: vestir-se de acordo com o gênero oposto, usar homônimos e recorrer à cirurgia, ou ainda uma combinação de todas essas práticas. Tudo isso pode ou não levar a uma mudança de escolha de objeto.

Seguindo outra linha de pensamento, levando em conta os diversos tipos de conflitos dos quais a transexualidade pode ser objeto, tem-se que destacar as desordens ligadas às tensões intraindividuais, ou seja, do indivíduo com ele mesmo. Assim, podem ser conceituados como aqueles que resultam da crise entre a identidade de gênero e a identidade sexual, ou melhor, entre a “identidade corporal e a identidade de gênero” (BENTO, 2006).

Mas, não se pode deixar de lado a problemática gerada pelos efeitos produzidos pelo diagnóstico psiquiátrico desta condição sexual (ser transexual), pois, na maioria das vezes as implicações são estigmatizantes e até mesmo discriminatórias. Assim, é preciso um maior aprofundamento dessas questões psíquicas, tendo em vista que são pré-requisito para que os indivíduos possam ter acesso aos recursos médicos disponíveis, de modo a analisar se esta restrição à autonomia dos sujeitos transexuais é mesmo necessária, se ela realmente os protege, e se de fato é efetiva e eficaz.

Quanto ao movimento pela despatologização da transexualidade, objetivando retirá-la dos manuais médicos de doenças, CID-10 e DSM-IV,

[...] mais de 100 organizações e quatro redes internacionais na África, na Ásia, na Europa e na América do Norte e do Sul que estão engajadas na campanha pela retirada da transexualidade do DSM e do CID. As mobilizações se organizam em torno de cinco pontos: 1) retirada do Transtorno de Identidade de Gênero (TIG) do DSM-V e do CID-11; 2) retirada da menção de sexo dos documentos oficiais; 3) abolição dos tratamentos de normalização binária para pessoas *intersexo*; 4) livre acesso aos tratamentos hormonais e às cirurgias (sem a tutela psiquiátrica); e 5) luta contra a transfobia, pro-

piciando a educação e a inserção social e laboral das pessoas transexuais (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 573).

No Brasil, a adesão a tal campanha começou a se multiplicar a partir de 2010. Conforme Bento e Pelúcio (2012, p. 574),

Entre manifestações destacam-se a publicação de um manifesto e a produção de material de divulgação da Campanha pelo Conselho Regional de Psicologia de São Paulo, 12 mostras de filmes, debates e seminários em universidades, além da redação e da publicização de manifesto¹³ assinado por ativistas, professoras/es e cientistas de diversos países que se somaram à campanha Stop Trans Pathologization 2012.

Ainda, sobre a questão da despatologização da transexualidade, algumas/uns ativistas temiam pela perda de direitos conquistados como, por exemplo, no Brasil, a garantia de acesso gratuito ao processo transexualizador pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Acredita-se que a patologização não garantiu direitos de fato, mas impôs um modelo para se pensar a transexualidade como experiência catalogável, curável e passível de normalização, sendo que apenas saberes científicos são os únicos capazes de dar respostas acertadas às vivências que desafiam as normas de gênero, o que, por outro lado, autoriza o tutelamento dos corpos e das subjetividades de pessoas que se reconhecem como transexuais.

Nestes termos, quando nos preocupamos em garantir o reconhecimento da identidade de gênero dos sujeitos que não se enquadram na normatividade sexual e na sua autonomia, estamos defendendo o direito à autodeterminação e a nos contrapor a qualquer forma de regulação dos corpos ou a psicologização dos sujeitos que se identificam com o seu sexo anatômico oposto a seu sexo anatômico. Pois, nas palavras de Amaral (2011, p. 88), a patologização da transexualidade e a fixação de protocolos médicos significam uma imposição violenta sobre os corpos e subjetividades trans. Assim, o tratamento deve estar disponível, mas os diagnósticos psiquiátricos não podem ser tidos como condição de acesso à saúde ou a qualquer outro direito, pois tudo isto representa um verdadeiro autoritarismo e cria uma condição de total vulnerabilidade e exclusão para os transexuais.

Porém, “despatologizar a transexualidade não significa desmedicalizá-la, mas sim assistir o sujeito em um regime de autonomia informada no qual o foco principal é o seu bem-estar” (AMARAL, 2011, p. 93-94). Ao passo que, conforme o sociólogo espanhol e ativista trans Miguel Missé (apud BENTO; PELÚCIO, 2012, tradução das autoras, s.p.)

[...] lutar pela despatologização é defender que nossas identidades fazem parte da diversidade e que temos direito a modificar nosso corpo quando assim decidirmos. Reivindicar um livre acesso aos hormônios ou às cirurgias é a parte central da luta, não um detalhe, não é uma segunda etapa da luta: é uma luta em si mesma.

Ao passo que podem ser vislumbrados alguns avanços e conquistas a partir das reivindicações desses movimentos, ainda que lentos e sempre provisórios. Nos mais recentes deles, cabe destacar os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal Eleitoral (TSE). A Suprema Corte brasileira decidiu por unanimidade autorizar que transexuais e transgêneros possam alterar o nome e o gênero constante no registro civil sem a necessidade de realizar a cirurgia de redesignação sexual (BRASIL, 2018a). A decisão foi proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 que ocorreu em 1º de março de 2018 (BRASIL, 2018a). A ação foi proposta pela Procuradoria-Geral da Repú-

blica (PGR) “a fim de que fosse dada interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 58 da Lei 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos” (BRASIL, 2018a, s.p.), no sentido de “ser possível a alteração de prenome e gênero no registro civil mediante averbação no registro original, independentemente de cirurgia de transgenitalização” (BRASIL, 2018a, s.p.).

A partir dessa decisão foi editado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 23 de junho de 2018, o Provimento nº 73 o qual “dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN)” (BRASIL, 2018b, s.p.). Em 15 de agosto de 2018 o Plenário do STF também deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 670422, aplicando o entendimento já fixado no julgamento da ADI 4275, de modo a “autorizar a alteração do registro civil de pessoa transgênero, diretamente pela via administrativa, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo” (BRASIL, 2018b, s.p.).

Quanto ao TSE, este, em decisão realizada durante a plenária, também no dia 01 de março de 2018, garantiu que os candidatos transexuais podem utilizar o nome social nas urnas eletrônicas nas eleições de 2018. A decisão se deu em resposta a consulta da Senadora Fátima Bezerra, que questionou quanto à participação de transgêneros masculinos nas cotas femininas obrigatórias aos partidos. As eleições que ocorreram em outubro de 2018 tiveram “53 candidaturas de pessoas trans, número dez vezes maior que no pleito de 2014 quando a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra) contabilizou cinco postulantes a cargos eletivos” (CAMPOS, 2018, s.p.). O “levantamento da Antra inclui tanto as candidaturas de pessoas trans que já retificaram o nome em cartório, como aquelas que registraram o nome social – forma como transexuais e travestis querem ser reconhecidos socialmente” (CAMPOS, 2018, s.p.).

Para Maria Berenice Dias (2018, s.p.), analisando as decisões “Não há outro nome para definir a transformação que o STF acaba de provocar em significativa parcela de pessoas que só quer ter o direito de ser.” Ela prossegue dizendo que: “Quando o espelho não reflete o seu eu, não é preciso mais se transformar para viver. Ninguém mais precisa certificar mudanças para viver à luz do dia, ser chamado do jeito como se identifica.” (DIAS, 2018, s.p.) Para Dias (2018, s.p.) os julgamentos acabaram “por retirar do segmento mais vulnerável da população LGBTI o estigma do medo, dando-lhe direito à dignidade, respeitando suas diferenças.” Pois como disse Carmem Lúcia em seu voto “a diferença na aparência não pode servir de motivo para impedir a igualização de todos os direitos, principalmente ao direito fundamental à felicidade” (DIAS, 2018, s.p.).

Entretanto, foi em junho de 2018 que surgiu uma das maiores conquistas em âmbito mundial relacionada aos transexuais: a despatologização da transexualidade. (OMS, 2018 apud ANTUNES, 2018) Ao editar a CID-11 a Organização Mundial da Saúde retirou a transexualidade da lista dos problemas de saúde mental e a realocou como incongruência de gênero, na categoria das condições referentes à saúde sexual (OMS, 2018 apud ANTUNES, 2018), de maneira a atualizar e padronizar a identidade de gênero. A incongruência de gênero é definida pela OMS como “incongruência acentuada e persistente entre o gênero experimentado pelo indivíduo e àquele atribuído em seu nascimento”. (OMS, 2018 apud ANTUNES, 2018, s.p.) Em nota oficial publicada em seu site, a OMS justifica que

A lógica é que, enquanto as evidências são claras de que [a transexualidade] não é um transtorno mental, de fato pode causar enorme estigma para as

pessoas que são transexuais e, por isso, ainda existem necessidades significativas de cuidados de saúde que podem ser melhores se a condição for codificada sob a CID (apud ANTUNES, 2018, tradução da autora, s.p.).

No mesmo sentido já se apresentava o entendimento do Conselho Federal de Psicologia no Brasil, conforme Resolução nº 1 de 2018, que versa sobre atuação de psicólogas/os em relação aos transexuais e travestis (BRASIL, 2018c). Segundo a resolução os profissionais estão proibidos de exercer “qualquer ação que favoreça a patologização das pessoas transexuais e travestis” (BRASIL, 2018c, s.p.). Ainda, estão impedidos de praticar qualquer ação que favoreça preconceitos, incluindo “de conversão, reversão, readequação ou reorientação de identidade de gênero das pessoas transexuais e travestis” (BRASIL, 2018c, s.p.).

Agora o que se espera é que o Conselho Federal de Medicina brasileiro altere sua resolução sobre a transexualidade, conforme o entendimento da OMS, pois no momento vigora a resolução de 2010 com um posicionamento ainda patologizante sobre a transexualidade. Lembrando que a OMS estabeleceu um prazo, 1º de janeiro de 2022, para que os países se adaptam as novas determinações da CID-11. (OMS, 2018 apud ANTUNES, 2018, tradução da autora, s.p.).

Por fim, levantar o debate acerca do tema proposto neste artigo, compreender e buscar mecanismos efetivos para a o fim da patologização da transexualidade, é dever do Estado e da sociedade pós-moderna, multifacetada, que ao se reinventar diariamente necessita olhar as dores do outro e assim “levantar a bandeira” de mais esta causa, tão cara a tanta (o) s transexuais que vivem na pele o preconceito e a segregação social no momento em que optam por corajosamente encarar o processo transexualizador no Brasil.

4. A POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE INTEGRAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (LGBT)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representa um marco no reconhecimento e na afirmação dos Direitos Humanos, revelando o caráter universal dos direitos à igualdade, à liberdade e à dignidade, destacando que não haja “distinção de qualquer espécie”, defendendo que a reputação, a honra e a privacidade são fundamentais ao desenvolvimento da individualidade dos sujeitos e que, portanto, todos os seres humanos possuem este direito. Os direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos referem-se à imagem de um ser genérico, universal, incluindo, sem sombra de dúvidas, a população LGBT. Nesta direção, o livre exercício da sexualidade e das variadas formas de expressão de gênero são requisitos fundamentais das “liberdades individuais”, asseguradas na Declaração aqui destacada.

Nos anos de 1960 e 1970 ocorreu a chamada Revolução Sexual, bem como surgiram os avanços do movimento feminista e do movimento negro, os quais contribuíram para que muitas pessoas e grupos socialmente segregados e estigmatizados se tornassem sujeitos

de políticas, bem como ações em saúde, as quais ganharam um caráter mais inclusivo, ou seja, de acordo com a promoção e garantia dos direitos humanos.

O SUS, que também foi criado pela Constituição, está baseado em um conjunto de princípios e o primeiro deles é a universalidade. Isso significa que todos têm direito ao acesso gratuito aos seus serviços de saúde. O SUS deve ser integral, ou seja, deve oferecer todas as modalidades de atendimento que as pessoas e as comunidades necessitam: desde iniciativas e ações de promoção e prevenção até as mais especializadas. O SUS deve ter a participação da comunidade, pelo entendimento de que esta é a forma pela qual os usuários e usuárias vocalizam suas necessidades e demandas. Para dar concretude à participação popular, foram criados os conselhos e as conferências de saúde para o exercício do controle social, voltado à análise e aprovação das diretrizes, planos e programas de saúde e monitoramento, avaliação e fiscalização da gestão e execução de planos e programas (BRASIL, 2008).

O reconhecimento da homossexualidade como orientação sexual somente ocorreu na década de 1970. Os estudos do filósofo Michel Foucault (1926-1984) dentre outros, auxiliaram na mudança do conceito da homossexualidade, que começou a ser considerada não mais um desvio ou doença, mas como um elemento da sexualidade humana (HEUSELER; LEITE, 2015).

A Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde em 2008 e publicada pela Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011, reafirma que a garantia ao atendimento à saúde é uma prerrogativa de todo cidadão e cidadã brasileiros, respeitando-se suas especificidades de gênero, raça/etnia, geração, orientação e práticas afetivas e sexuais, indicando os princípios fundadores do Sistema Único de Saúde (SUS): integralidade, universalidade e equidade (BRASIL, 2013).

A Política de Saúde LGBT, por meio dos seus nove artigos, indica as responsabilidades de cada esfera de gestão (federal, estadual e municipal) para execução de ações que tenham por finalidade a garantia do direito constitucional à saúde pela população LGBT com qualidade, acolhimento e humanização (BRASIL, 2013).

De acordo com Lionço (2009), o ideal seriam iniciativas transversais entre diferentes políticas de saúde, a fim de otimizar a implementação de ações em saúde já estimuladas no SUS de acordo com as especificidades de transexuais, não apenas entre os recortes de gênero, mas incluindo também a questão da saúde no sistema penitenciário, do idoso, do adolescente e jovem, entre outras. A demanda identitária vem responder a um anseio por reconhecimento, em detrimento da complexificação e qualificação das estratégias e ações em saúde.

Durante a apresentação da Política Nacional de Saúde do Homem no Conselho Nacional de Saúde, no fim de 2008, o segmento de travestis também se manifestou contrariamente à inserção de suas especificidades nesse documento, revelando que a demanda identitária pode comprometer iniciativas inclusivas em curso (LIONÇO, 2009).

O desafio da promoção da equidade para a população LGBT deve ser compreendido a partir da perspectiva das suas vulnerabilidades específicas, com iniciativas políticas e operacionais que visem à proteção dos direitos humanos e sociais dessas populações. Há

necessidade do combate à homofobia no SUS, a partir do conceito de saúde da Organização Mundial da Saúde (OMS), para a qual a proteção do direito à livre orientação sexual e identidade de gênero não é apenas uma questão de segurança pública, mas envolve também, de maneira significativa, questões relacionadas à saúde mental e a atenção a outras vulnerabilidades quanto a esses segmentos (BRASIL, 2008). Além disso, o combate à homofobia é uma estratégia fundamental e estruturante para a garantia do acesso aos serviços e da qualidade da atenção (BRASIL, 2008).

Enfrentar a complexidade dos determinantes sociais da vida e da saúde das pessoas e coletividades requer intervir sobre exclusão social, desemprego, bem como acesso digno a moradia e alimentação, incluindo o reconhecimento dos fatores que se entrecruzam, maximizando a vulnerabilidade e o sofrimento de grupos específicos. Nesse contexto, todas as formas de discriminação, como no caso da homofobia, devem ser consideradas como situações produtoras de doença e sofrimento. Por outro lado, é importante compreender que a homofobia não ocorre de maneira isolada de outras formas de discriminação social: ela caminha ao lado e se reforça pelo machismo, o racismo, a misoginia e outras formas correlatas de discriminação (BRASIL, 2008).

A Política Nacional de Saúde Integral LGBT é um instrumento para o Controle Social no SUS, e para isso, a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, prevê a formação dos Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde, assim como define que os Conselhos de Saúde são instrumentos legítimos de fiscalização das políticas de saúde e têm papel deliberativo, além de representarem os gestores, trabalhadores e usuários do SUS. Ainda conforme esta lei, as três esferas de gestão do SUS devem elaborar os planos de saúde e apresentá-los aos conselhos de saúde, com os objetivos, metas e ações de saúde a serem realizadas. Os Conselhos podem, ainda, implantar Câmaras Técnicas, Grupos de Trabalho ou Comissões LGBT para acompanhar, monitorar e fiscalizar a execução da Política de Saúde LGBT nas três esferas de governo. Outro importante espaço de participação social e de diálogo da gestão com os movimentos sociais são os Comitês de Saúde Integral LGBT (BRASIL, 2013).

Com a ampliação da atual perspectiva da integralidade da atenção à saúde desses segmentos populacionais brasileiros, é reconhecido que a orientação sexual e a identidade de gênero constituem situações muito mais complexas e são fatores de vulnerabilidade para a saúde. Tal reconhecimento deve-se não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por exporem a população LGBT a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão social, que violam seus direitos humanos, entre os quais, o direito à saúde, à dignidade, a não-discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento (BRASIL, 2008).

Do mesmo modo, o fenômeno transexual, nas palavras de Castel (2011), em sua versão contemporânea, revela uma dialética que após ser desenvolvida resultou na criação de uma doença, envolvendo disputas e consensos entre as diversas especialidades médicas – entre medicina, ciências sociais, direito e demais saberes, e os movimentos organizados. Por isso, é necessário e urgente que se abram possibilidades de comunicar, debater e dialogar para informar abertamente sobre estas questões que implicam diretamente nos direitos humanos e na cidadania desses sujeitos.

5. TRANSEXUAIS E SAÚDE: A COMUNICAÇÃO NO PROCESSO DE INFORMAÇÃO PARA CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

A comunicação dos sujeitos com a sociedade e o Estado, dentro de uma relação de direitos, obrigações e atuação ativa fazem parte do processo de informação, constituindo-se como fundamental para a consolidação da cidadania. Portanto, a comunicação é um processo que envolve a troca de informações. Para Bonavides (2009, p. 7)

cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático.

Comunicar é informar, na perspectiva da cidadania e dos direitos humanos, pois significa primeiro abrir brechas e estabelecer a ponte para poder depois desconstruir, intervir e dialogar sobre aspectos que são obscuros e excludentes quanto à população LGBT, especialmente no que diz respeito à saúde. Há uma concepção binária de gênero em vigor que precisa ser desconstruída para que sejam aceitas e compreendidas as diversas formas de masculinidade e feminilidade que se constituíram social e culturalmente. O primeiro impacto positivo seria a não associação direta do gênero masculino e feminino à feminilidade e à masculinidade, pois a feminilidade não se emprega somente à mulher ou a masculinidade ao homem.

Pensar uma comunicação, que de fato informe para a saúde nesta dimensão, inclui rupturas. Hoje se faz necessária uma comunicação que rompa com as amarras das velhas formas de pensar em como os seres humanos podem de fato exercer a sua liberdade de ser o que de fato sabem que são: corpos em que habitam homens e mulheres com seus traços de masculinidade e feminilidade e suas histórias de vida. Todavia, o mundo vive uma profunda crise de identidade, de referências e de representação, em que ganham voz valores conservadores que combinam com padrões de uma concepção binária de gênero difundidos mecanicamente por instituições midiáticas. Estas também operam no nível de uma contradição interna de representação do tecido social, pois ao mesmo tempo em que reproduzem valores conservadores, abrem portas para desfilar, geralmente na ficção, exemplos de ruptura desses padrões.

O que falta nessa comunicação midiática é o exercício de sua intervenção para a cidadania, para que se cumpra o papel social dos meios de comunicação, principalmente aqueles que são concessão pública e que devem atender aos interesses dos cidadãos, no sentido de proporcionarem informações que possam realmente contribuir para o processo de consolidação de direitos. Falta intervir para a discussão dos problemas de modo mais profundo, buscando a sua raiz, debatendo as causas e as consequências, ouvindo o cidadão afetado, deixando-o falar com a razão e as emoções decorrentes da questão e não apenas veiculando o ponto de vista da instituição ou da autoridade. A comunicação deve ser de todos para todos, distribuída, rizotômica, ou seja, informações que abranjam a todos. Não basta, mas também é necessário fazer isto na rede social pela internet, potencialmente um território mais democrático, mas também controlado e gestado por grupos econômicos que estão na

ponta do iceberg articulando seus interesses ao mesmo tempo em que convivem com aquilo que Castells entende como a autocomunicação de massa que também é uma forma de poder de fala dos cidadãos

o surgimento da autocomunicação de massa, como chamo as novas formas de comunicação em rede, aumenta as oportunidades de mudança social, sem no entanto definir o conteúdo e o objetivo dessa transformação. As pessoas, ou seja, nós mesmos, somos ao mesmo tempo anjos e demônios e, por isso, nossa maior capacidade de atuar na sociedade irá simplesmente projetar abertamente quem de fato somos em cada contexto temporal/espacial (CASTELLS, 2015, p. 26).

Se a comunicação informa e é um instrumento de poder, também na saúde deve servir para poder ouvir e falar. Paulo Freire (1978) fala de uma *comunicação dialógica*, Soares (2013) de *educomunicação* e ambos de uma visão de comunicação relacionada à educação. Não se trata de educar para a saúde, mas de colocar a saúde em pauta. E quando diz respeito à saúde de uma população vulnerável como é o caso dos transexuais, isto precisa ser pauta na mídia e assunto na escola. Mas como fazer isso, se a escola é uma instituição controlada por uma maioria heterossexual, que vê com preconceito a discussão de temas como a sexualidade? Talvez não se saiba ainda como, mas acredita-se que neste ponto, a ruptura e a intervenção pela comunicação seja um caminho – o caminho *da* e *para* a informação. Mesmo com timidez, movimentos sociais articulados, jornalistas, professores e cidadãos precisam acreditar no propósito de estabelecer pontes pelo diálogo ou por quaisquer formas de expressão que sejam inclusivas. Pela interdisciplinaridade entre as áreas, a *educomunicação* desde os primeiros anos do século 21 está sendo entendida como “um espaço do agir coletivo, voltado essencialmente para a cidadania e além da lógica do mercado” (SOARES, 2013, p. 185). É um ecossistema comunicativo que resulta na produção do conhecimento a partir da compreensão do processo e não do resultado e se mostra potencialmente apta a abordar o direito à informação e a comunicação para a saúde.

O direito à informação se aplica à saúde e é requisito para a cidadania e os direitos humanos. O acesso à informação sobre saúde para os transexuais é tão importante quanto buscar a equidade no campo da saúde para todos os cidadãos. A equidade é o equilíbrio justo entre todas as partes, sem distinções ou preconceitos, mesmo que seja seguida uma agenda de prioridades na área da saúde, quanto ao tipo de cobertura, amplitude e assistência. O debate sobre estes aspectos ainda é superficial, porém a cidadania dificilmente será exercida sem o direito à informação, que ora deve ser garantido pelo Estado, ora suprido pelos mecanismos de produção de informação. O direito à saúde ou à informação sobre saúde é também uma construção social, que se concretiza no conjunto das relações entre os cidadãos e suas necessidades, a sociedade e o Estado.

A informação está presente na comunicação e se refere a um conjunto de dados ou conteúdos que contribuem para que o sujeito compreenda, apreenda e questione a sua realidade. A comunicação é um amplo sistema ou um código que permite a compreensão de um conjunto de informações e, ainda, a maneira como a informação é veiculada. A comunicação é da ordem do humano e da humanidade. Não é o meio tecnológico que produz a comunicação e a informação. Ele é apenas o suporte. A forma é o que menos importa, pois o que pode dominar ou promover a comunicação para a saúde é a comunicação do cidadão para o cidadão, o modo como se comunica e se há espaço para todos os envolvidos falar. Formas

autoritárias de comunicação produzem incomunicação (Wolton, 2010), ou seja, ausência de comunicação e de soberania popular. O processo precisa ser de mão dupla, da razão sensível, da empatia, da liberdade de expressão e até mesmo do contrapoder.

Uma comunicação que informa, no paradigma do respeito à cidadania e aos direitos humanos pode começar, por exemplo, pelo modo como o (a) médico(a) lida no consultório com pacientes transexuais: se faz a escuta do que têm a dizer, que vocabulário usa, qual o nível de atenção dispensada, como manifesta sua linguagem não-verbal (o olhar, os gestos) e como faz o encaminhamento e acompanhamento de um procedimento. Também a comunicação do jornalista, ao tratar o tema da transexualidade requer um cuidado não só em relação ao que diz, mas às formas de tratamento e a escolha do vocabulário, do ângulo ou detalhes da imagem, pois este profissional está reinterpretação uma realidade e fomentando opinião sobre o tema. São, portanto, escolhas não meramente técnicas e objetivas, mas de perspectivas e paradigmas não dissociados de um contexto histórico e social, portanto são escolhas que envolvem subjetividades (MORAES, 2015). Da mesma forma, a escola quando trata do assunto, as publicações científicas, os documentários, o cinema e a televisão promovem discursos e argumentações sobre transexualidade e saúde que podem ser marcas de um discurso autorizado, autoritário e conservador, deixando de contribuir para uma opinião pública esclarecida sobre o tema e para a própria integração e inclusão dos transexuais, estimulando a sua cidadania.

Portanto, instâncias formadoras de opinião, como os meios de comunicação, a escola e, hoje, os produtores de conteúdo e os gerenciadores da *autocomunicação de massa* tem muito mais do que a responsabilidade de informar, o dever de promover o debate, de indagar, questionar, investigar e intervir pelo discurso. Nenhum discurso é ingênuo ou desinteressado, porém, quando há pluralidade e diversidade de discursos, a cidadania tem mais probabilidade de evoluir, como algo que está sempre em movimento e nunca se esgota. Como seres, os indivíduos se constituem pela linguagem e, assim, por ela podem exercer a sua cidadania, as identidades e a liberdade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da transexualidade é complexo e na sua relação com a saúde se amplia, por isso, as discussões apresentadas neste texto integram parte das preocupações dos pesquisadores do tema e evidenciam a necessidade da intensificação dos debates em torno da questão, tendo em vista não só a inclusão do transexual na sociedade, mas no acesso à saúde e consequentemente à cidadania.

Assim, as principais questões do direito à saúde que implicam de modo significativo na vida dos transexuais estão relacionadas ao processo de (des)patologização da transexualidade e ao ingresso dos transexuais no processo transexualizador do Sistema Único de Saúde. Para tanto, a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais representa um grande marco no que se refere a garantia ao atendimento à saúde, destacando a saúde como um direito fundamental do cidadão. A Política de Saúde LGBT, por meio de suas disposições, indica as responsabilidades de cada esfera de gestão, destacando, essencialmente, a necessidade de acolher e respeitar todas as especificidades de gênero, raça/etnia, geração, orientação e práticas afetivas e sexuais.

Nesse cenário, eis que são necessárias políticas públicas mais eficientes e uma comunicação informativa para a saúde e para a vida, que funcione como uma ruptura com o que está posto em termos de preconceito, propiciando pontes de informação e diálogo na sociedade. A formação da opinião pública hoje não é de responsabilidade apenas dos meios de comunicação, mas de um conjunto de forças e poderes resultantes das tensões e demandas entre a sociedade civil, o Estado e os cidadãos, sejam eles ou não transexuais.

Comunicação e informação para a saúde, não correspondem unicamente à educação da sociedade para compreender a saúde e sua equidade quanto ao acesso de diferentes gêneros, mas também para estabelecer a crítica, contrapor, investigar e realizar proposições que estejam de acordo com os reais problemas e necessidades da sociedade nesta área. Promover o andamento desse processo seria estimular a cidadania e os direitos humanos, a participação do público nas políticas de saúde para todos e todas, propiciando a transexuais o sentimento de pertencimento e inclusão social. Considera-se fundamental que o tema da transexualidade na sua relação com a saúde esteja presente na mídia, nas redes sociais, na escola, na família e no trabalho, de modo que seja aberto o diálogo, diminuindo o preconceito contra as identidades de gênero e possibilitando uma cidadania para todos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim*: notas sobre a política. "Para além dos direitos do homem". Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

AMARAL, Daniela Murta. *Os desafios da despatologização da transexualidade: reflexões sobre a assistência a transexuais no Brasil*. 2011. 107 f. Tese (Doutorado em Medicina Social) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Instituto de Medicina Social, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxis-lind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=LILACS&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=616814&indexSearch=ID>. Acesso em: 11 jul. 2018.

ANTUNES, Leda. *O que a decisão da OMS sobre transexualidade significa para a população trans?* HUFFPOST, 2018. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/22/o-que-a-decisao-da-oms-sobre-transexualidade-significa-para-pessoas-trans_a_23466040/. Acesso em: 03 jul. 2020.

ARAN, Márcia. A transexualidade e a gramática normativa do sistema sexo-gênero. *Agora*, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 1, 2006, p. 49-63. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1516-14982006000100004>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/agora/v9n1/a04v9n1.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.

BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo*: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. Despatologização de gênero: A politização das identidades abjetas. *Estudos Feministas*, v. 20, n. 2, maio/ago 2012, p. 569-381. . DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2012000200017>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2012000200017/22863>. Acesso em: 01 mar. 2018.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. *Brasil Sem Homofobia*: Programa de combate à violência e à discriminação contra LGTB e promoção da cidadania homossexual. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/combate-a-homofobia-discriminacao-por-orientacao-sexual/004_1_3.pdf. Acesso em: 16 jul. 2020.

- BRASIL. Departamento de Apoio à Gestão Participativa, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Ministério da Saúde, Saúde da população de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. *Rev Saúde Pública*, n. 42, v. 3, 2008, p. 570-573. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v42n3/itms.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- BRASIL. *Resolução Conselho Federal de Medicina nº 1955/10*. Brasília: Diário Oficial da União, 2010. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.
- BRASIL. *Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais*. Brasília, 2013. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/folder/pnsi_lesbica_gays_bissexuais_travestis.pdf. Acesso em: 05 mar. 2018.
- BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 4275*. Brasília: Processos STF, 2018a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- BRASIL. *STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo*. Brasília: Notícias STF, 2018b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 03 jan. 2019.
- BRASIL. *Resolução Conselho Federal de Psicologia nº 1*. Brasília: Diário Oficial da União, 2018c. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-01-2018.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2020.
- BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. Tradução: André Rios. *Physis*, v. 19, n. 1, abr. 2009, p. 95-126. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312009000100006>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a06.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2018.
- BUTLER, Judith. Michel Foucault e a política da descontinuidade sexual. *Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro, 2003, ps. 140-155. Disponível em: <http://michel-foucault.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/art08.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.
- BUTLER, Judith. Foucault, Herculine e a política da descontinuidade sexual. *Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro, 2003, p. 140-155. Disponível em: <http://michel-foucault.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/art08.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2018.
- CAMPOS, Cristina. *Eleições deste ano têm mais de 50 candidaturas trans*, diz associação. Brasília: Agência Brasil, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-09/eleicoes-deste-ano-tem-mais-de-50-candidaturas-trans-diz-associacao>. Acesso em: 29 jul. 2020.
- CASTEL, Pierre Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do 'fenômeno transexual' (1910-1995). *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 21, n. 41, 2001, p. 77-111. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01882001000200005>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882001000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 13 jun 2018.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.
- CIDH. *Violência contra pessoas LGBTI nas Américas*. OAS, série L, V, II, doc. 36, 15 rev. 1, nov 2015. Original: inglês. Disponível em: www.cidh.org. Acesso em: 10 nov. 2017.
- CoIDH. *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica*. San José, 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 29 maio 2018.
- CONNELL, Raewyn. *Gênero em termos reais*. Tradução de Mariia Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2016.
- DIAS, Diego Madi. Brincar de gênero, uma conversa com Berenice Bento. *Cadernos Pagu*, n. 43, jul./dez. 2014, p. 475-497. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0104-8333201400430475>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200475. Acesso em: 21 dez. 2018.
- DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Letícia. Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável. *Gênero e Direito*: UFPB, v. 3, n. 2, 2º sem. 2014. p. 11-23. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/20049>. Acesso em: 01 mar. 2018.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

GOELLNER, Silvana Vilodre. A cultura fitness e a estética do comedimento: as mulheres, seus corpos e aparências. In: STEVENS, Cristina Maria Teixeira (Org.). *A construção dos corpos: perspectivas feministas*. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2008. P. 245-260.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: DP&A, 2006.

HEUSELER, Denise; LEITE, Gisele. A homossexualidade segundo a ótica de Foucault. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15974&revista_caderno=15. Acesso em: 06 mar. 2018.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2. Ed. Brasília, 2012.

KULICK, Don. *Travesti: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

LIONÇO, Tatiana. Atenção integral à saúde e diversidade sexual no Processo Transexualizador do SUS: avanços, impasses, desafios. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 19, n.1, 2009, p. 43-63. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312009000100004>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312009000100004&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 06 mar. 2018.

MARTINI, Sandra Regina; SCHUMANN, Berta. *Direito e transexualidade: implicações sociais e jurídicas*. Vol. III. Porto Alegre: Evangraf, 2017.

MORAES, Fabiana. *O nascimento de Joicy: transexualidade, jornalismo e os limites entre repórter e personagem*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2015.

OLIVEIRA, Melissa Barbieri de; GROSSI, Miriam Pillar. A invenção das categorias travesti e transexual no discurso científico. *Rev. Estudos Feministas*, v. 22, n. 2, Florianópolis, may/aug. 2014, p. 699-701. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2014000200025>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/36563>. Acesso em: 10 mar. 2018.

PORTAL BRASIL. *Cirurgias de mudança de sexo são realizadas pelo SUS desde 2008*. Brasília: Portal Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>. Acesso em: 07 mar. 2018.

SCHEIBE, Elisa. *Direitos da personalidade e transexualidade: a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural*. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos, São Leopoldo, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2430>. Acesso em: 30 jun. 2018.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. Diversidade Sexual e suas nomenclaturas. In: *Diversidade Sexual e Direito Homofetivo*. Org. Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOARES, Ismar de Oliveira. Educomunicação: as múltiplas tradições de um campo emergente de intervenção social na Europa, Estados Unidos e América Latina. In: LIMA, J. C.; MELLO, J. M. (Orgs.). *Panorama da Comunicação e das Telecomunicações no Brasil (2012/2013)*. Brasília: Ipea, 2013.

STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína. Transexualidade e os direitos humanos: tutela jurídica ao direito à identidade. *Cesumar*, Paraná, v. 15, n. 1, jan./jun. 2015, p. 265-283. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>. Acesso em: 04 mar. 2018.

VENTURA, Miriam; SCHRAMM, Fermin Roland. Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, 2009, p. 65-93. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312009000100005>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100005. Acesso em: 03 mar. de 2018.

WOLTON, Dominique. *Informar não é comunicar*. Porto Alegre: Sulina, 2011.

Recebido/Received: 28.03.2020.

Aprovado/Approved: 01.09.2020.

VISÃO SISTÊMICA (E PARALELA) DOS TRÂMITES PROCEDIMENTAIS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINAR E DE RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA, AMBOS DO PODER EXECUTIVO DE MINAS GERAIS

SYSTEMIC (AND PARALLEL) VIEW OF THE PROCEDURAL PROCEDURES OF THE ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PROCESSES AND ACCOUNTABILITY OF LEGAL ENTITY, BOTH OF THE EXECUTIVE POWER OF MINAS GERAIS

GLÁUCIA MILAGRE MENEZES¹

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS²

RESUMO

O objetivo do presente artigo é apresentar os aspectos processuais no que tange o Processo Administrativo Disciplinar e o Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica, este oriundo da Lei

- 1 Mestre em Direito no curso Instituições Sociais, Direito e Democracia, linha de pesquisa em Direito Público, pela Universidade FUMEC. Possui pós-graduação em Direitos Público e Privado e graduação em Direito, este pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Atualmente, é servidora pública no Governo do Estado de Minas Gerais/ Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais e à disposição na Fundação Ezequiel Dias, na função de chefe do Núcleo de Correição Administrativa, da Controladoria Seccional. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1674-8032>. E-mail: glauciamilagre74@gmail.com.
- 2 Pós-doutorando em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (desde 2020). Doutor em Direito Público pela PUCMINAS (2011). Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro - MG (2002). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (1995). Professor de Direito Previdenciário, Direito Constitucional e Direito Tributário da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, aonde é docente permanente da Graduação (desde 2018) e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD), desde 2020. Professor de Direito Tributário, Direito Constitucional e Direito da Seguridade Social do Centro Universitário de Belo Horizonte - UNI-BH (desde 2002 em licença). Coordenador e professor do Curso de Pós-graduação lato sensu em Previdência do Servidor Público da Faculdade Arnaldo-IEPREV (2016/2020). Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social - ABDSS. Procurador-Chefe da Procuradoria de Tributos e Assuntos Fiscais - PTF, da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (2015/2018). Procurador do Estado de Minas Gerais (desde 1998). Procurador-Chefe do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG (2003). Advogado (desde 1996). Diretor do Departamento de Direito Previdenciário do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

Como citar esse artigo/How to cite this article:

MENEZES, Gláucia Milagre; CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Visão sistêmica (e paralela) dos trâmites procedimentais dos Processos Administrativos Disciplinar e de Responsabilização de Pessoa Jurídica, ambos do Poder Executivo de Minas Gerais*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p.269-288, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8315>.

Anticorrupção, ambos mineiros, com aspectos sancionadores e conduzidos pela Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais. São processos com finalidades específicas no âmbito do Poder Executivo Estadual, sendo que no primeiro tem por pressuposto apurar possíveis responsabilidades funcionais de servidor público mineiro e o segundo os atos lesivos praticados por pessoa jurídica. A intenção é realizar uma visão sistêmica e paralela entre os institutos, isto é, do Processo Administrativo Disciplinar mineiro, analisando conceitos e trâmites, com relação ao Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica. A metodologia será a jurídica-dogmática, utilizando o método hipotético-dedutivo. Busca-se aprimorar o conhecimento do tema apresentado, fundamental no cumprimento de normas que devem ser conduzidas no viés de Estado Democrático de Direito, e que impõe em sede administrativa, tanto para servidores públicos que exercem trabalhos de corregedoria, bem como na posição de acusados, além de pessoa jurídica processada, inclusive para os respectivos advogados, quando em defesa técnica, o saber detido de tais processos sancionadores, para o melhor desempenho de cada função, em momento específico.

PALAVRAS-CHAVES: Processo Administrativo Disciplinar. Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica. Estado Democrático de Direito. aprimoramento e Poder Executivo Estadual.

SUMMARY

The purpose of this article is to present the procedural aspects with respect to the Disciplinary Administrative Process and the Administrative Process for Accountability of Legal Entities, this originating from the Anticorruption Law, both from Minas Gerais, with sanctioning aspects and conducted by the Comptroller General of the State of Minas Gerais. These are processes with specific purposes within the scope of the State Executive Branch, with the former assuming to ascertain possible functional responsibilities of a civil servant in Minas Gerais and the latter the harmful acts practiced by legal entities. The intention is to realize a systemic and parallel vision between the institutes, that is, of the Minas Gerais Administrative Disciplinary Process, analyzing concepts and procedures, in relation to the Administrative Process of Accountability of Legal Entities. The methodology will be legal-dogmatic, using the hypothetical-deductive method. The aim is to improve the knowledge of the theme presented, which is fundamental in the fulfillment of rules that must be conducted under the bias of the Democratic State of Law, and which imposes in the administrative headquarters, both for public servants who carry out internal affairs work, as well as in the position of the accused. , in addition to the legal entity processed, including for the respective lawyers, when in technical defense, the knowledge held of such sanctioning processes, for the best performance of each function, at a specific time.

KEYWORDS: Disciplinary Administrative Process. Administrative Accountability Process for Legal Entities. Democratic state. improvement and State Executive Power.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo propõe realizar uma breve análise dos trâmites processuais relativos ao processo administrativo disciplinar e processo de responsabilização de pessoa jurídica, esta oriunda da lei anticorrupção, ambos com execução no Poder Executivo de Minas Gerais.

- IAMG (2007/2018). Associado Benemérito e Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP (desde 2006). Coordenador de Direito e Processo Previdenciário da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais - ESA-OAB/MG (desde 2010). Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/MG (desde 2015). Membro titular do Conselho Fiscal da OABPrev-MG (desde 2015). Presidente do Conselho Deliberativo da PREVCOM-MG (desde 20148). Membro do corpo editorial da Revista Brasileira de Direito Previdenciário (desde 2011). Autor de livros com destaque para "Regime próprio de previdência social dos servidores públicos", Editora Juruá, 2017, 8ª edição, "Manual dos Servidores Públicos: Administrativo e Previdenciário", Editora Lujur, 2020 e diversos artigos científicos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1359289078163682>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2050-6653>. E-mail: marcelo.brito@fumecc.br.

Para tanto, propõe-se estudo de cada instituto, apresentando conceitos e trâmites, mediante uma visão paralela entre ambos.

O método utilizado será o dedutivo, com base na pesquisa e na revisão bibliográfica, fundamentando-se em posições doutrinárias, institucionais e jurisprudenciais.

Na conclusão, procurar-se-á sintetizar a importância do conhecimento sistêmico de tais processos para o aprimoramento da atuação, seja do servidor ou do gestor, bem como do defensor de pessoa física ou jurídica que é acusada na esfera correcional em Minas Gerais.

2. ASPECTOS PROCESSUAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD)

O processo administrativo disciplinar é um processo acusatório, onde a Administração Pública detém a competência de apurar possíveis autoria e materialidade de irregularidade funcional.

Nenhuma penalidade disciplinar à servidores públicos mineiros poderá ser prescindida de processo administrativo disciplinar. Não é concebível à Administração Pública, mediante o Estado Democrático de Direito, impor medidas administrativas que irão propiciar consequências na vida funcional, sem que o servidor se manifeste ou se defenda previamente. Neste sentido, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

A regra geral é a de que nenhuma decisão deve ser adotada sem o competente e adequado processo administrativo [...]. [...], tem múltiplas finalidades: garantir o respeito aos direitos das pessoas, melhorar o conteúdo das decisões administrativas, assegurar a eficácia das decisões, legitimar o exercício das prerrogativas públicas, assegurar o correto desempenho das atividades administrativas, aproximar-se mais do ideal de justiça, diminuir a distância entre a Administração e os cidadãos, sistematizar as ações administrativas, facilitar o controle da Administração e ensejar a efetiva aplicação dos princípios que regem a atividade administrativa. (FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 121)

Conceitualmente, conforme os ensinamentos de José Armando da Costa, o PAD é “[...] a série de atos procedimentais³ que, formalizados em obediência a certos ritos traçados pelas normas e outras fontes do Direito, se propõem a apurar a verdade real dos fatos [...]” . (COSTA, 2004, p.151)

Em outra obra, o mesmo autor afirma que:

No nosso Direito Disciplinar Positivo o processo disciplinar ordinário é o meio apuratório mais formal e exigente. Tal procedimento [...] é rígido pelos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da dignidade humana, entre outros. (COSTA, 2008, p. 489)

3 Segundo André Cordeiro Leal: “Fazzalari, ao propor uma distinção lógica entre processo e procedimento (a partir do atributo do contraditório, característica que distingue processo e procedimento), desenvolve também uma teoria do provimento como a resultante da atuação do processo. Para a distinção que compreende, usa o *contraditório* como atributo especial do processo, atributo esse que permitiria traçar a linha demarcatória das características específicas do processo dentro do gênero procedimento. [...]” (LEAL, 2008, p. 113)

Léo da Silva e Alves dispõe que: "O processo disciplinar, por sua vez, é o devido processo legal para examinar a responsabilidade do agente, a partir do cotejo entre a acusação e a defesa". (ALVES, 2004, p. 29)

Ainda o mencionado autor discorre que "[...] é o processo específico para aferir responsabilidade de servidor quanto contra ele foram recolhidas provas de ilícito funcional. [...]" (ALVES, 2012, p. 21)

Egberto Maia Luz esclarece que "[...] que se destina única e exclusivamente à apuração do desvio de conduta do servidor público [...]" (LUZ, 1999, p. 181)

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho,

[...] é todo aquele que tenha por objeto a apuração de ilícito funcional e, quando for o caso, a aplicação da respectiva sanção, seja qual for a expressão adotada para denominá-lo.

É este o processo administrativo litigioso, acusatório e definitivo que exige a incidência do princípio da ampla defesa e do contraditório, e do devido processo legal. Este, e somente este, é que, ao seu final, permite o administrador aplicar a penalidade adequada quando tiver sido efetivamente verificada a ocorrência de infração funcional. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 850)

O poder-dever da instauração do processo administrativo disciplinar surge da imperatividade da observância de um conjunto de normas relativas a deveres e obrigações contidas no Estatuto de Servidor Público mineiro, a Lei Estadual de nº869/52 (MINAS GERAIS, 1952), que impõe comportamentos positivos e abstenções, delimitando a conduta funcional dos servidores públicos em face a ordem jurídica vigente. O processo administrativo, inclusive o disciplinar, está assegurado, ainda, no art. 41, parágrafo 1º, inciso II da Constituição de 1988.⁴ (BRASIL, 1988)

Com relação a falta disciplinar é aquela em que o servidor público, no exercício de suas funções, por ação ou omissão exerce um comportamento funcional contrário ao que é exigido da atividade da Administração Pública.

Havendo a violação de condutas funcionais, é dever da autoridade conhecer do fato e tomar as providências para a sua apuração⁵, que poderá ainda surtir efeitos, eventualmente, de danos ao erário público. Neste sentido, o fim será confirmar a possível autoria, mediante a materialidade e a extensão do dano apresentados, se este último houver. Os efeitos poderão ocorrer no âmbito disciplinar (penalidade), com possível extensão no penal, quando caberá a autoridade máxima dar conhecimento ao Ministério Público, que avaliará seu recebimento. Reserva-se o ressarcimento do dano ao erário público ao âmbito da Tomada de Contas Especial, processo específico para esse fim⁶ e não o correccional, o que não impede do servidor processado assim o fazer em sede de PAD, por vontade espontânea, até mesmo para obter o benefício do TAD, se possível.

4 "II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)". (BRASIL, 2020)

5 Art. 218 da Lei Estadual mineira de nº 869/52, que assim dispõe: "A autoridade que tiver ciência ou notícia da ocorrência de irregularidades no serviço público é obrigado a promover-lhe a apuração imediata por meio de sumários, inquérito ou processo administrativo". (MINAS GERAIS, 2020)

6 Vide Manual de Tomada de Contas Especial, da Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais. Disponível em: http://cge.mg.gov.br/phocadownload/manuais_cartilhas/pdf/manual-de-tce.pdf. Acesso em: 09 mai. 2020.

O processo administrativo disciplinar mineiro é realizado em três fases: a instauração, a instrução e o julgamento. A intenção é se ater ao PAD destinado ao servidor público civil, pois o militar tem regulamentação própria.

A instauração do processo administrativo disciplinar compete ao Chefe do Poder Executivo de acordo com o art. 83 da Constituição Estadual (MINAS GERAIS, 1989); ao Controlador-Geral do Estado de Minas Gerais, segundo o inciso IV do art. 2º do Decreto nº 47.774, de 03 de dezembro de 2019 (MINAS GERAIS, 2019); as autoridades máximas dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, tendo em vista o art. 219 da Lei nº 869/1952 (MINAS GERAIS, 1952), e aqueles que receberam delegação específica para o ato.

O processo, atualmente, é por meio do Sistema Eletrônico de Informações – SEIMG de acordo com o teor do Decreto Estadual de nº 47.228, de 4 de agosto de 2017 (MINAS GERAIS, 2017), que dispõe sobre o uso e a gestão de documentos no âmbito do Poder Executivo de Minas Gerais.

Sendo o processo desenvolvido nas Entidades ou Órgãos da administração direta, encaminha-se respectivamente os documentos à Controladoria-Seccional ou Setorial, que viabilizará o encaminhamento ao respectivo Núcleo de Correição Administrativa (Nucad). Como já dito anteriormente, será elaborada a Avaliação Expediente (juízo de admissibilidade), a qual será direcionada ao titular do Órgão ou Entidade para despachar sobre a abertura do procedimento, que no caso em tela é o PAD. Nesse momento, além da avaliação quanto a correlação da prova inicial a possível irregularidade funcional, preocupa-se ainda verificar se o fato não esteja prescrito e sobre a existência de possível dano ao erário. Quanto a prescrição, é de suma importância conduzir a avaliação prévia sob esse enfoque, tendo em vista a observância do princípio da segurança jurídica.⁷

O Poder Disciplinar, como um dos poderes da Administração Pública, embora se afigure como prerrogativa da administração, deve amoldar-se às demais normas e princípios constantes do ordenamento jurídico em vigência, sendo imprescindível a sua observância em um Estado Democrático de Direito⁸.

Após essa decisão do titular do Órgão ou Entidade pela abertura do processo, o Nucad elaborará a minuta da Portaria, onde conterá três servidores efetivos, quando será indicado um que irá presidir os trabalhos, o nome do processado, a sua admissão, cargo exercido, Masp, conduta irregular (em tese) e a correlacionada disposição legal, e estipulando o prazo

7 A contagem do prazo inicia-se da ciência da autoridade máxima do Órgão ou Entidade, no Estado de Minas Gerais, de acordo com o art. 218 da Lei Estadual de nº 869/52. Conforme o Manual de Apuração de Ilícitos da CGE/MG, a “[...] data do conhecimento dos fatos pela autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar. Tal posicionamento está consolidado no texto da Nota Técnica nº 07/2015 [...]” (MINAS GERAIS, 2020, p.143). O prazo da prescrição será de acordo com a possível penalidade a ser aplicável: de dois anos e 150 dias para apreensão e suspensão; quatro anos e 150 dias para abandono de cargo e de cinco anos e 150 dias no caso de demissão e demissão a bem do serviço público. A sua arguição deverá ser pronunciada de ofício, sendo prescindível o requerimento por parte do interessado. São duas formas de prescrição: do conhecimento do fato até a publicação da portaria do PAD, quando se interrompe, ou seja, começa do zero (retroativa, exemplo, dois anos mais 150 dias, art.223 c/c art. 229 da Lei 869/52) e da instauração dos trabalhos pela publicação da portaria inaugural até a conclusão (intercorrente, exemplo, dois anos e 150 dias, art.223 c/c art. 229 da Lei 869/52). Esse controle serve também para a sindicância. Nos termos da Constituição de 1988, art. 37, § 5º, o dano causado ao erário é imprescritível. O Estado de Minas Gerais segue esse entendimento.

8 Art. 5º, inciso LXXVIII, da CF: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL, 2020)

inicial de sessenta dias para a sua conclusão, podendo ser prorrogado por mais trinta dias, de acordo com os artigos 221 e 223⁹ da Lei Estadual de nº 869/52. (MINAS GERAIS, 1952)

Providenciada a publicação do extrato da portaria inaugural do PAD, o chefe do Nucad providencia a atuação eletrônica do processo e o direciona à Comissão designada, no prazo de até três dias¹⁰ da publicação da portaria inaugural, conforme o art. 223 da Lei Estadual de nº 869/52 (MINAS GERAIS, 1952).

Depois do recebimento do processo pela Comissão, haverá a designação do secretário (a) e a abertura dos trabalhos. Nesse momento, passa-se a fase da instrução.

Estando o processo em ordem, contendo todas as informações e provas que ensejaram a abertura da instrução, a Comissão irá citar¹¹ o servidor processado, para que tenha conhecimento dos fatos a ele imputados, podendo designar advogado, apresentar defesa inicial, com documentos e rol de testemunhas, no prazo de dez dias, de acordo com o parágrafo único do art. 224 da Lei Estadual de nº 869/52. (MINAS GERAIS, 1952)

A contagem do prazo será em dias corridos, quando se exclui o dia do começo e se inclui o do vencimento, prorrogando para o primeiro dia útil seguinte o prazo vencido em dia em que não haja expediente, tendo em vista o art. 280 da Lei Estadual nº 869/1952. (MINAS GERAIS, 1952)

Sendo apresentada a defesa prévia, procuração do advogado, com o respectivo cadastro no Sistema Eletrônico de Dados – SEIMG, a Comissão procurará despacho sobre algum preliminar arguida, dando conhecimento ao servidor e respectivo advogado. Estando em ordem o processo, as oitivas dos depoimentos das testemunhas serão agendadas, ouvido primeiramente às solicitadas pela Comissão, se houver, e, posteriormente, as arroladas pelo servidor processado. Realizando todos os depoimentos necessários, do servidor processado será colhido o seu termo de declaração. Em todos esses procedimentos a presença do advogado é obrigatória, sendo facultada a do servidor apenas nos depoimentos das testemunhas.

Encerrada a instrução, a Comissão se reunirá para avaliar a instrução do processo, para se posicionar quanto a elaboração ou não do despacho de indiciamento, sendo que se emi-

9 A título de curiosidade, na portaria relativa à sindicância administrativa investigatória, poderá a comissão conter um ou mais servidores, não necessariamente estáveis, e com prazo inicial para a conclusão dos seus trabalhos de trinta dias, podendo ser prorrogado por mais trinta dias, segundo o art. 220, § 2º, da Lei Estadual nº 869/1952. (MINAS GERAIS, 2020)

10 A extrapolação do prazo de atuação e da recondução dos trabalhos, além do estipulado na Lei Estadual de nº 869/52, não acarretam a nulidade do processo. O importante é registrar a justificativa, caso ocorra.

11 “Na Lei Estadual nº 869/1952, faz-se menção à revelia no art. 226, que dispõe, como já afirmado, que, no caso de revelia, “será designado, ‘ex-ofício’, pelo presidente da comissão, um funcionário para se incumbir da defesa”. [...].

[...]

Não se considera inepta a defesa apresentada por profissional inscrito na OAB, uma vez que há uma presunção de que ela apresenta elementos mínimos para ser considerada uma defesa técnica.

[...]

Entende-se que, como a lei estadual é silente nessa questão, para se garantir o contraditório e a ampla defesa, adota-se o entendimento segundo o qual deve ser nomeado defensor dativo quando o acusado não apresenta defesa e, quando a apresenta, esta é considerada inepta.

[...]

Em resumo, não caberá a nomeação de defensor dativo ou ad hoc quando o acusado ou seu procurador tiverem sido devidamente intimados para o ato. Por uma questão de razoabilidade e para garantir o contraditório e a ampla defesa, caberá nomeação de defensor dativo para o acusado que não tiver condições técnicas e financeiras de se defender e nos casos em que a defesa é considerada inepta, desde que o acusado declare essa hipossuficiência nos autos [...].

[...]

Segundo entendimento da Corregedoria-Geral da CGE-MG no Manual de Apuração de Ilícitos Administrativos, para garantir a ampla defesa ao acusado, o defensor dativo deve ser, preferencialmente, bacharel em Direito, segundo entendimento expresso no Parecer da AGE nº 15.409/2014. Exceto isso, não é exigida qualquer outra qualidade do defensor dativo face ao acusado, uma vez que não há exigência expressa na lei. [...].” (MINAS GERAIS, p. 293-297)

tido, o servidor e o seu advogados serão intimados para ter dele conhecimento e apresentar a defesa final em dez dias, conforme a delimitação dos artigos imputados e as respectivas penalidades.

Recebida a defesa final, a Comissão avaliará os autos e elaborará o seu relatório conclusivo (final), de acordo com a integralidade do art. 127 da Lei Estadual mineira de nº 869/52 (MINAS GERAIS, 1952), sugerindo absolvição; arquivamento; penalidade, bem como providências que poderiam melhorar o serviço público vinculado ao objeto do PAD.

Seguirá os autos para o Núcleo de Correição Administrativa, que, juntamente com a Controladoria Setorial ou Seccional emitirá a Nota Técnica, com recomendações. Após tal procedimento, os autos será direcionado ao titular do Órgão ou Entidade, para decisão, em sessenta dias, de acordo com o art. 229 da Lei Estadual mineira de nº 869/52. (MINAS GERAIS, 1952)

A decisão poderá se fundamentar nas sugestões contidas no Relatório Final, nas recomendações da Nota Técnica, porém detém autonomia de divergir de ambas, com as suas razões quanto a legalidade e ao mérito administrativo, segundo o

[...] princípio do livre convencimento motivado, a autoridade julgadora pode divergir do relatório produzido pela comissão, caso o entenda contrário às provas produzidas. Neste caso, a autoridade pode, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade. (MINAS GERAIS, 2020 , p. 309)

A decisão será publicada na Imprensa Oficial de Minas Gerais, no prazo de oito dias, com vista no art. 231 da Lei Estadual mineira de nº 869/52 (MINAS GERAIS, 1952). Quando houver aplicação de penalidade, poderá o servidor apresentar o seu Pedido de Reconsideração, no prazo de dez dias, que deverá ter sua decisão publicada também pela Imprensa Oficial de Minas Gerais.

A qualquer tempo pode-se requerer revisão do processo ao Governador de Estado, conforme art. 235 da Lei Estadual mineira de nº 869/52, "[...] desde que se aduzam fatos ou circunstâncias susceptíveis de justificar a inocência do acusado." (MINAS GERAIS, 1952).

O assunto quanto ao trâmite processual é tão relevante quanto se saber como se ponderar na sugestão de penalidade a ser apresentada pela Comissão, no resultado final dos trabalhos.

Quando da elaboração do Relatório Final pela Comissão, o que se tem em mente é observar se os argumentos de defesa e as provas contidas nos autos podem desconstituir a autoria e a materialidade que, em tese, foram imputados ao servidor. No Estado Democrático de Direito é imprescindível o exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da não surpresa, em processos administrativos disciplinares, dando a este último princípio especial atenção após o despacho de indiciamento.

Com o despacho de indiciamento, a Comissão avaliará a correlação da possível conduta irregular do servidor à conduta realizada, a qual poderá ser direcionada aos deveres, as obrigações e as proibições, conforme os artigos 216, 217, 246, 248, 249 e 250, todos da Lei Estadual mineira de nº 869/52¹², com a possíveis penalidades contidas nos artigos 244 e

12 "Ademais, salienta-se que o indiciamento se baseia em acusações de fato e o processado se defende contra a sua imputação e não contra o enquadramento legal. Assim, no ato de julgamento, a autoridade competente tem a liberdade para,

245, do mesmo corpo normativo, sendo que dessa individualização a defesa apresentará os argumentos finais. (MINAS GERAIS, 1952).

Feito isso, a sugestão do encerramento da demanda terá por norte verificar se as condutas ditas por irregularidades e imputadas no despacho de indiciamento são procedentes ou não, em conformidade com o conjunto probatório aferido até o encerramento da instrução e com os argumentos apresentados em defesa final.

As penalidades são aquelas dispostas no art. 244, observando no caso de repreensão ou suspensão a integralidade do art. 245, dispositivos contidos na Lei Estadual mineira de nº 869/52. Para tanto, será observada a gravidade da irregularidade; a da intenção do servidor acusado em realizá-la ou dos procedimentos que ele operou que pudessem desconstitui-la; o histórico funcional do servidor, bem como se este é reincidente¹³ em PAD e a questão do dano ao erário em decorrência dessa conduta, podendo ainda, ter consequências fora do âmbito administrativo, quando deverá ser sugerido à autoridade máxima a remessa das informações ao Ministério Público ou outro Órgão ou Entidade que possam ter interesse no conhecimento dos fatos. (MINAS GERAIS, 1952).

3. ASPECTOS PROCESSUAIS DO PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS (PAR)

No âmbito correcional, além dos processos administrativos disciplinares em desfavor dos servidores públicos, tem-se processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas (PAR).

O Manual de Ilícitos Administrativos da Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais assim dispõe:

No âmbito de procedimentos disciplinares, que apuram ilícitos funcionais praticados por agentes públicos, pode-se, eventualmente, constatar a participação de pessoas jurídicas nas irregularidades. Dessa forma, no juízo de admissibilidade (análise preliminar) ou no curso de procedimentos disciplinares (sindicâncias administrativas, investigações preliminares e processos administrativos disciplinares), os servidores devem se atentar para o envol-

se achar necessário, ajustar a definição jurídica e alterar o enquadramento legal das condutas, julgando, inclusive, para agravar a penalidade a ser aplicada.

[...].

Portanto, considerando as provas constantes nos autos, admite-se que a autoridade julgadora decida em sentido diverso daquele apontado nas conclusões da comissão, desde que o faça motivadamente e de acordo com as provas constantes nos autos.

[...].” (MINAS GERAIS, 2020, p.310)

13 A reincidência termina com a adoção da reabilitação administrativa. O art. 253 da Lei Estadual mineira de nº 869/52 assim dispõe: “[...]”

§ 2º - O funcionário poderá requerer reabilitação administrativa, que consiste na retirada, dos registros funcionais, das anotações das penas de repreensão, multa, suspensão e destituição de função, observado o decurso de tempo assim estabelecido:

1 - três (3) anos para as penas de suspensão compreendidas entre sessenta (60) a noventa (90) dias ou destituição de função;

2 - dois (2) anos para as penas de suspensão compreendidas entre trinta (30) e sessenta (60) dias;

3 - um (1) ano para as penas de suspensão de um (1) a trinta (30) dias, repreensão ou multa.

§ 3º - Os prazos a que se refere o parágrafo anterior serão contados a partir do cumprimento integral das respectivas penalidades”. (MINAS GERAIS, 2020)

vimento desses entes privados nos atos ilícitos para recomendar e/ou promover os devidos encaminhamentos. (MINAS GERAIS, 2020, p. 321)

Por isso a importância de se estudar os normativos que tratam da matéria pertinente ao processo de responsabilização de pessoa jurídica¹⁴, mesmo atuando no âmbito correccional direcionado a servidores públicos mineiros.

A Lei Federal de nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, apresenta as diretrizes iniciais quanto à "responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira", com vistas à responsabilidade objetiva, tendo em vista o acontecimento dos atos lesivos elencados no seu art. 5º¹⁵, podendo, ainda, por exceção, atingir os seus sócios de maneira subjetiva. São responsabilidades independentes (BRASIL, 2013).

Considerando o rol apresentando no mencionado artigo 5º, não existe a forma tentada¹⁶, bem como contém a denominação de agente público, administração pública estrangeira e a equiparação desta às organizações públicas internacionais¹⁷.

14 Conforme dispõe a CGE/MG, por meio da sua Corregedoria-Geral: "A Lei Anticorrupção Empresarial dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Sua promulgação representa um marco normativo de combate à corrupção e de proteção à moralidade administrativa, apresentando um novo paradigma na relação entre o setor público e o setor privado". (CGE/MG, 2020, p. 321)

15 Lei 12846/13, art. 5º: "Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

[...]". (BRASIL, 2013)

16 Esclarecem José Anacleto Abduch Santos, Mateus Bertoncini, Ubirajara Custódio Filho: "A tentativa pode constituir fato típico administrativo, desde que expressamente previsto em lei. Os atos lesivos (fatos típicos) passíveis de sanção com base na Lei 12.846/2013 são aqueles arrolados exaustivamente no art. 5º. Não quis o legislador tipificar a tentativa. É de se concluir, então, que as infrações legalmente previstas não admitem a forma tentada. A norma contida no inc. III em análise atribui a possibilidade de atenuar ou de agravar a sanção consoante a infração tenha ou não sido consumada". (SANTOS, BERTONCINI e CUSTÓRIO FILHO, 2014, p.183)

17 Art. 5º da Lei 12.846/13: "[...] § 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais".

É de se ressaltar que o combate à corrupção, nos termos da Lei Federal de nº 12846/13, não se restringe ao âmbito federativo, através da Controladoria-Geral da União¹⁸ (BRASIL, 2013). Segundo os autores Luiz Francisco Mota Santiago Filho e Louise Dias Portes, tendo por revisor Matheus Cunha,

E, de fato, a Lei nº 12.846/2013 não condiciona sua imediata aplicação à sua regulamentação, mas fazê-lo parece-nos uma providência essencial à segurança jurídica e à garantia do devido processo legal. No âmbito dos estados e municípios, a regulamentação faz-se necessária para fixar critérios de competência interna, tais como quais os órgãos responsáveis por investigar as infrações, aplicar as penalidades e negociar os acordos de leniência, bem como fixar critérios de dosimetria das sanções e as regras procedimentais (v.g. prazos, possibilidade de recursos, produção de provas etc.). Podem, ainda, estabelecer requisitos e parâmetros de avaliação de Programas de Integridade para atenuação de eventuais sanções. (SANTIAGO FILHO, PORTES, CUNHA, 2018, p.3)

No Estado de Minas Gerais, no âmbito do Poder Executivo Estadual, o assunto pertinente ao PAR foi regulamentado pelo Decreto Estadual nº 46.782/2015 e trouxe em seu corpo normativo características que o define e proceduraliza (MINAS GERAIS, 2015), conforme será discorrido a seguir.

Por fim, registra-se que na esfera da responsabilização da pessoa jurídica tem-se a Investigação Preliminar, que subsidiará a decisão do Controlador-Geral pela instauração do PAR ou arquivamento do expediente. Tem caráter sigiloso e não punitivo. Está normatizado através do art. 4º do Decreto Estadual nº 46.782/2015. (MINAS GERAIS, 2015)

O Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoas Jurídicas no âmbito mineiro está regrado no Decreto Estadual nº 46.782/2015¹⁹ (MINAS GERAIS, 2015), norma publicada na Imprensa Oficial em 24 de junho de 2015 e alterada pelo Decreto nº 47.752, de 12/11/2019, em vigor a partir de 12/12/2019. (MINAS GERAIS, 2019).

O PAR tem por objeto apurar possíveis atos lesivos realizados por pessoa jurídica à Administração Pública Estadual, de acordo com as condutas descritas no art. 5º da Lei 12.846/13 (BRASIL, 2013).

No âmbito do Poder Executivo, cabe a competência à Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais (CGE/MG), na autoridade máxima do Controlador-Geral, de acordo com art. 2º do Decreto Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2015). Isto quer dizer que não cabem aos órgãos e nem tão pouco as entidades indiretas que integram o organismo estatal as tratativas quanto à matéria pertinente ao PAR.

18 Estados/normas que regulamentaram a execução da Lei 12846/13, dados colecionados até 29/01/2018: Tocantins: Decreto nº 4.954/2013; São Paulo: Decreto nº 60.106/2014; Paraná: Decreto nº 10.271/2014; Goiás: Lei nº 18.672/2014; Espírito Santo: Decreto nº 3.727-R/201411; Rio Grande do Norte: Decreto nº 25.177/2015; Minas Gerais: Decreto nº 46.782/2015; Maranhão: Decreto nº 31.251/2015; Distrito Federal: Decreto nº 37.296/2016; Mato Grosso: Decreto nº 522/2016; Alagoas: Decreto nº 48.326/2016; Mato Grosso do Sul: Decreto nº 14.890/2017; Santa Catarina: Decreto nº 1.106/2017; e Pernambuco: Lei nº 16.309/2018; Rio de Janeiro: Lei Estadual nº 7.753/2017 e Decreto nº 46.366/2018; Distrito Federal: Lei nº 6.112/2018. "Destaca-se que o estado do Amazonas, em que pese não ter regulamentado a Lei Anticorrupção no âmbito do poder executivo estadual, conta com uma resolução do Tribunal de Justiça¹² que estabelece procedimentos regulatórios para sua execução e, no estado do Rio Grande do Sul, há um provimento do Procurador Geral da Justiça¹³ que regulamenta a Lei Anticorrupção no âmbito do Ministério Público". (FILHO; PORTES e CUNHA, 2018, p.4-5)

19 No seu artigo 1º dispõe: "Art. 1º Este Decreto regulamenta, no âmbito da Administração Pública do Poder Executivo Estadual, o Processo Administrativo de Responsabilização - PAR -, previsto no Capítulo IV da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira." (MINAS GERAIS, 2015).

O que ocorre é que, muitas das vezes, é possível em sede de SAI ou PAD verificar indícios de ocorrência de atos condizentes ao art. 5º da Lei 12.846/13 (MINAS GERAIS, 2013). Ainda, é factível que o setor de Apuração de Irregularidade e Indicação de Penalidades em desfavor de alguma pessoa jurídica de um Órgão ou Entidade, quando na avaliação do procedimento, verifique o descumprimento de cláusula contratual que possa ensejar a ocorrência de atos correspondentes ao citado artigo da Lei Anticorrupção. Em ambos os casos, a matéria e respectivas evidências são direcionadas à CGE/MG.

No PAR compreende as seguintes fases: juízo de admissibilidade; instauração; instrução e julgamento.

Conforme o Decreto Estadual de nº 46782/15, no seu art. 3º, o Controlador-Geral “ao tomar ciência da possível ocorrência de ato lesivo à Administração Pública Estadual, em sede de juízo de admissibilidade e mediante despacho fundamentado” (MINAS GERAIS, 2015) decidirá em dar continuidade às apurações, na modalidade de investigação preliminar, considerando que aquele fato exige maiores esclarecimentos; em instaurar o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) ou no arquivamento dos fatos analisados.

Dando continuidade ao estudo do Decreto Anticorrupção mineiro, no seu art. 4º esclarece o que seja a investigação preliminar, que se destina a um procedimento sigiloso, não punitivo e com caráter investigativo, quando se determinará a materialidade e possível autoria. Considerando que se trata de um procedimento de natureza inquisitiva, inicialmente, é salutar que a autoria deva ser balizada em sede de contraditório e ampla defesa no PAR, em momento oportuno.

Nesse sentido, sendo possível indicar a materialidade e a possível autoria, a apuração que tem prazo legal de trinta dias (§1º do art. 4º), “[...] serão enviadas ao Controlador-Geral do Estado as peças de informação obtidas, acompanhadas de relatório conclusivo acerca [...] de atos lesivos à Administração Pública Estadual, para decisão sobre a instauração do PAR” (§2º do art. 4º) (MINAS GERAIS, 2015).

Na portaria de instauração constará de três servidores estáveis, sendo um deles indicado para presidir, sendo tal requisição de caráter irrecusável. Constará a menção ao nome do órgão ou entidade, os fatos que serão apurados, bem como o nome da pessoa jurídica e, se houver, o CNPJ da pessoa jurídica. Essa portaria é publicada integralmente e, no decorrer das apurações, se existirem os outros fatos não mencionados nela, poderão integrar a apuração sem necessidade de aditamento ou complementação do ato de instauração, desde que garantidos à ampla defesa e o contraditório. Tendo origem a portaria em acordo de leniência, tal fato será nela mencionado. Esses critérios estão estabelecidos no corpo do art. 5º do Decreto Estadual de nº 46.782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

Quando o Controlador-Geral “diante de indícios de graves prejuízos [...], poderá, cautelarmente e de forma fundamentada, determinar a suspensão de procedimentos licitatórios, contratos ou quaisquer atividades e atos administrativos relacionados ao objeto do PAR, até a sua conclusão”, de acordo com o art. 6º do Decreto Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

Tendo a autoridade máxima do órgão ou entidade conhecimento de atos lesivos previstos no art. 5º da Lei Federal nº 12.846, de 2013 (BRASIL, 2013), por meio de denúncias, representações e ocorrências, deverá dar ciência desse acometimento à Controladoria-Geral

do Estado, sendo que em caso de desobediência a esse comando, poderá estar sujeito a responsabilização civil, penal e administrativa, consoante o art. 7º do Decreto Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

A instrução inicia-se com a autuação do processo. Conforme o Decreto Estadual de nº 47.222, de 26 de julho de 2017 (MINAS GERAIS, 2017), que regulamenta a Lei nº 14.184, de 31 de janeiro de 2002 (MINAS GERAIS, 2002), dar-se o desenvolvimento do PAR no meio eletrônico.

Essa autuação conterà todos os indícios e provas já produzidas que, em tese, são considerados como atos lesivos à Administração Pública Estadual. Todavia, não está impedida a Comissão de realizar diligências necessárias, com imparcialidade e independência, de acordo com os artigos 8º e 9º do Decreto Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

Seguindo o andamento do feito, será providenciada a notificação à pessoa jurídica, contendo as informações elencadas nos incisos I a VIII do §1º do art. 10 do Decreto Estadual de nº 46.782/15 (MINAS GERAIS, 2015). Caso não seja efetivada, será a notificação publicada na Imprensa Oficial de Minas Gerais. Em ambos os casos, a pessoa jurídica terá o prazo de trinta dias para se defender, quando poderá apresentar todas as provas admitidas em Juízo, sendo-lhe facultada a sua defesa técnica, segundo os artigos 10 e 11 do Decreto Estadual de nº 46.782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

A Comissão avaliará, de maneira fundamentada, o pedido quanto à produção de provas, estipulando prazo para tanto. As testemunhas de defesa apresentadas pela pessoa jurídica deverão comparecer independente de intimações e sob pena de preclusão, em audiências a serem designadas pela Comissão. Poderá a Comissão rejeitar fundamentadamente provas ilícitas, protelatórias, impertinentes, desnecessárias e intempestivas. Ademais, havendo juntada de novos documentos, abrir-se vista para a manifestação da pessoa jurídica em cinco dias, consoante os artigos 11 a 15 do Decreto Estadual de nº 46.782/15. (MINAS GERAIS, 2015).

Encerrada a fase da instrução, a Comissão emitirá o Relatório Preliminar contendo os requisitos de I a VI do art. 16 do Decreto Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

A análise de “[...] informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade [...]” apresentados em defesa serão verificados pela Comissão nos critérios do Capítulo IV da Lei Federal de nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), que trata da responsabilização judicial, “[...] para a dosimetria das sanções a serem aplicadas” e havendo fatos passíveis de serem apurados em sede de PAD, serão inseridos os fatos no relatório preliminar, de acordo com os parágrafos 1º e 2º do art. 16 do Decreto Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

Antes de elaborar o relatório final, a Comissão intimará a pessoa jurídica para apresentar as suas alegações finais no prazo de dez dias, conforme o art. 17 do Decreto Estadual de nº 46782/15²⁰ (MINAS GERAIS, 2015). A comissão terá o prazo de cento e oitenta dias para

20 Artigo com redação dada pelo art. 9º do Decreto nº 47.752, de 12/11/2019, em vigor a partir de 12/12/2019. Antes da alteração, no art. 19 prescrevia que: “Antes de decidir o processo, o Controlador-Geral do Estado intimará a pessoa jurídica para apresentar alegações finais no prazo de dez dias”. Isto quer dizer que a AGE/MG se manifestaria e consecutivamente a pessoa jurídica, antes da decisão do Controlador-Geral do Estado de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2020).

emitir o relatório final, de acordo com o parágrafo único do art. 17 do Decreto Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

Depois, o processo será encaminhado à Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais para manifestação no prazo de vinte dias, podendo ser prorrogado pelo mesmo período, de acordo com a complexidade da apuração. Da análise da AGE/MG, os autos serão encaminhados diretamente por essa Entidade ao Controlador-Geral, para julgamento, tendo em vista o art. 17-A do Decreto Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

De acordo com os fatos e fundamentos, a decisão será emitida em trinta dias, podendo ser prorrogada considerando a complexidade do assunto, no caso concreto. Sendo a decisão condenatória, o corpo do extrato de solução a ser publicado deverá conter, entre outros elementos, o nome do órgão ou entidade, o nome ou razão social da pessoa jurídica, o seu respectivo número no CNPJ e o resumo das infrações praticadas nos termos da Lei Federal nº 12.846, de 2013, apresentando os dispositivos legais cabíveis (BRASIL, 2013).

Da decisão, poderá ser acatado pelo Controlador-Geral o relatório conclusivo da comissão, sendo que, se contrário às provas nos autos, poderá agravar a penalidade, diminuí-la ou isentar a pessoa jurídica da responsabilidade. Ainda, poderá arquivar os autos desde que demonstrado em relatório conclusivo a inexistência de prática de infração pela pessoa jurídica. Havendo vício insanável, total ou parcial, devolverá os autos e designará outra comissão. O julgamento fora do prazo não gera nulidade, todos esses comandos estão contidos nos artigos 20 a 23 do Decreto Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

A pessoa jurídica será intimada da decisão, podendo recorrer no prazo de dez dias. Caso o Controlador-Geral não reconsidere a decisão, os autos serão direcionados à Junta de Recursos de Processos Administrativos de Responsabilização – JRPAR²¹, para apreciação e decisão, sendo um órgão colegiado instituído para apreciar esse julgamento específico, de acordo com os artigos 24 a 29, todos do Decreto Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

No art. 27 do Decreto Estadual de nº 46782/15 reza sobre a desconsideração da pessoa jurídica. Isto acontece quando, antes da emissão do relatório final, a Comissão constata

21 Art. 26, §1º: "A JRPAR é composta pelos seguintes membros:

I – Advogado-Geral do Estado, que a preside;

II – Consultor-Geral de Técnica Legislativa;

III – Secretário de Estado de Fazenda;

IV – Secretário de Estado de Governo;

V – Secretário de Estado de Planejamento e Gestão.

§ 2º – A AGE prestará apoio administrativo para o funcionamento da JRPAR.

§ 3º – O Advogado-Geral do Estado, ou procurador por ele delegado, agendará e presidirá as sessões da JRPAR.

§ 4º – Nas sessões de julgamento previamente agendadas, os titulares de que trata o § 1º poderão delegar, de forma justificada, a servidor de seu órgão, a competência para proferir o voto sobre questões preliminares e de mérito.

§ 5º – Os julgamentos serão públicos e feitos em sessão ordinária ou extraordinária, observada a seguinte ordem de trabalho:

I – verificação do número de titulares presentes e, se houver quórum de maioria absoluta, abertura de sessão;

II – julgamento dos processos incluídos em pauta pelo voto da maioria dos presentes;

III – apresentação de indicações e propostas;

IV – conferência e assinatura de acórdãos.

§ 6º – O Advogado-Geral do Estado somente votará em caso de empate.

§ 7º – O recurso terá efeito suspensivo e deverá ser julgado no prazo de trinta dias, prorrogável por igual período, conforme a complexidade da causa e as demais características do caso concreto.

§ 8º – Encerrado o PAR, a decisão final será publicada no Diário Oficial Eletrônico Minas Gerais, dando-se conhecimento de seu teor ao Ministério Público para apuração de eventuais ilícitos, inclusive quanto à responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica ou seus administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe." (MINAS GERAIS, 2015)

que os sócios administradores ou aqueles com poderes de administração agiram conforme o artigo 14 da Lei Federal de nº 12.846/13, ou seja, com “[...] abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial [...]”, serão citados e cientificados que aos mesmos poderão ser “[...] estendidos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica [...], observados o contraditório e a ampla defesa.”(MINAS GERAIS, 2015).

Tal inclusão dos sócios administradores ou aqueles com poderes de administração no polo passivo também poderá ser solicitada pelo Controlador-Geral. Terão o mesmo prazo legal de defesa da pessoa jurídica e da decisão sobre a desconsideração da pessoa jurídica cabe recurso nos termos do artigo 20 do Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

Nos artigos 28 a 38 do Decreto Estadual de nº 46782/15 dispõem sobre “simulação ou fraude na fusão ou incorporação” (MINAS GERAIS, 2015). Considerando a importância do tema, havendo indícios nos termos do §1º do art. 4º da Lei Federal de nº 12.846/13 (BRASIL, 2013), a Comissão poderá inserir tal constatação no relatório conclusivo, porém deve-se observar os princípios da ampla defesa e do contraditório, sendo objeto também de recurso.

Ainda, no Decreto em análise dispõe sobre mecanismos e procedimentos internos (da pessoa jurídica) de integridade e acordo de leniência, conforme os artigos 39 a 49 do Decreto Estadual de nº 46782/15²² (MINAS GERAIS, 2015). Esses mecanismos e procedimentos foram instituídos pela Medida Provisória de nº 703/2015 (BRASIL, 2015), com vigência encerrada, porém continua com a sua aplicação vigente, tendo em vista o Decreto Estadual de nº 46.782/15, no seu art. 40²³ (MINAS GERAIS, 2015) e inciso III do art. 7º da Resolução Conjunta CGE/AGE nº 4, de 12 de novembro de 2019 (MINAS GERAIS, 2019).

22 “Art. 39. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando a garantir sua efetividade”. (MINAS GERAIS, 2015)

23 “Art. 40: I- comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV – treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;

XI – medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

Tanto os mecanismos e procedimentos de integridade, quanto o acordo de leniência, serão considerados no momento da aplicação da sanção, conforme o tópico a frente a ser desenvolvido.

A AGE/MG atuará nos acordos de leniência²⁴, na fase dos processos de negociação, celebração e acompanhamento deste, conforme a Resolução Conjunta CGE/AGE nº 4, de 12 de novembro de 2019. (MINAS GERAIS, 2019)

A desistência ou a rejeição pela pessoa jurídica da proposta do acordo não implicará em reconhecimento do exercício do ato lesivo e os documentos serão devolvidos, de acordo com os incisos I e II do parágrafo único do art. 10 da mencionada Resolução Conjunta (MINAS GERAIS, 2019).

Depois de formalizado, pode-se se tornar público o acordo de leniência, exceto nas “[...] hipóteses legais de sigilo, que devem ser observadas por aqueles que tenham acesso aos elementos de prova por força das atividades de alavancagem investigativa ou outra atuação decorrente dos acordos de leniência”. A comissão de negociação será formalizada em Portaria Conjunta entre CGE/AGE, tendo dois Auditores estáveis e um Procurador do Estado. (§2º do art. 4º e 5º, ambos da Resolução Conjunta CGE/AGE nº 4/2019) (MINAS GERAIS, 2019).

De acordo com o inciso II do art. 7º da citada Resolução, a Comissão deverá avaliar se a pessoa jurídica irá “[...] cooperar com a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante, obedecida a ordem de prioridade cronológica das manifestações; b) admite sua participação na infração administrativa”. Ainda, se “[...] compromete a cessar completamente seu envolvimento no ato lesivo”, bem como contribuir com as investigações e o processo administrativo, identificando “[...] agentes públicos, empregados e particulares envolvidos na infração administrativa” (MINAS GERAIS, 2019).

Haverá cláusula no acordo de leniência que exigirá da pessoa jurídica colaboração numa solução eficaz do processo; realizar mudanças que visem a acabar ou diminuir a ocorrência de novos atos lesivos; em criar ou melhorar seu programa de integridade; o acompanhamento das obrigações firmadas nesse acordo de leniência; e, por fim, a reparação do dano ou a não exigência de fazê-lo, de acordo com o inciso V do art. 7º da Resolução Conjunta CGE/AGE nº 4/2019 (MINAS GERAIS, 2019).

Por fim, em caso de descumprimento do acordo, a pessoa jurídica perderá seus benefícios e ficará três anos impedida de realizar novo acordo com a Administração Pública. Ademais, terá o vencimento antecipado de suas parcelas concernentes ao dano e enriquecimento ilícito, com a aplicação de multa atualizada, descontando as frações que possam já estar quitadas, sendo o descumprimento registrado no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP pela CGE, segundo o art. 10 da mencionada Resolução Conjunta (MINAS GERAIS, 2019).

XV – monitoramento contínuo do programa de integridade, visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI – transparência da pessoa jurídica quanto às doações para candidatos e partidos políticos. (MINAS GERAIS, 2015)

24 “Art. 2º O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração: I - a identificação dos demais envolvidos no ato ilícito, quando houver; e II - a obtenção célere de dados, informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”. Dispositivo de acordo com a RESOLUÇÃO CONJUNTA CGE/AGE Nº 4, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2019. (MINAS GERAIS, 2019)

A sanção quanto à responsabilidade administrativa da pessoa jurídica ocorre por meio da multa e publicação extraordinária da decisão condenatória²⁵. Estão citadas art. 6º da Lei Federal de nº 12.846/13 (BRASIL, 2013), bem como no art. 29 do Decreto Estadual de nº 46.782/15 (MINAS GERAIS, 2015).

A aplicação da multa será avaliada através dos requisitos contidos no art. 7º da Lei Federal de nº 12.846/13. São eles:

“ I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; [...]” (BRASIL, 2013)

A gravidade da ação é destacável devido ao seu caráter sistêmico, ou seja, os efeitos nefastos que os atos corruptivos têm no Poder Público, quando acabam por envolver níveis da administração pública e a pessoa jurídica.

A vantagem auferida deve ser provada, por registro manual ou e-mail, ou até mesmo por confissão, tendo em vista que é inconcebível a sua imputação intuitiva, pois a responsabilidade a ser recaída sob a pessoa jurídica é a objetiva e o “quantum” ambicionado deve estar devidamente comprovado.

Como já foi estudado, não existe a tentativa nos casos arrolados no art. 5º da Lei Federal de nº 12.846/13 (BRASIL, 2013). Todavia, a graduação da sanção vai variar dependendo do estágio do ato em que se encontrar. Por exemplo, uma promessa de pagamento por ato ilícito futuro. O ato em si já se consumou, porém tem-se a mera combinação; o efetivo pagamento e a obtenção do favor. No momento da aplicação da sanção se avaliará em qual fase se encontrava o ato lesivo passível de pena. O ato já se consumou com a combinação, sendo os demais procedimentos são exaurimentos, dando a conotação das causas de graduação da sanção. A não consumação pode ensejar causa atenuante, dependendo do entendimento da autoridade que irá decidir.

O grau de lesão²⁶ (ou perigo) é o bem público lesado, como, por exemplo, no caso da área da saúde, quando em plena pandemia, um produto considerado essencial, que serviria no controle de doenças e mortes, tendo o seu uso impedido ou desvirtuado, isto ensejaria um grau de lesão ou perigo bem elevado.

25 Sanção administrativa: 1) Multa: 0,1 a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior a instauração do PAR, excluídos os tributos (art. 6º, inciso I) ou de R\$ 6.000, 00 a R\$ 60.000.000,00 (art.6º, §4º); e 2) Publicação extraordinária da decisão condenatória, de acordo com art. 6º. Disposições contidas na Lei Federal de nº 12.846/13inciso II da Lei Federal de nº 12.846/13. (BRASIL, 2013)

As sanções civis (art. 6º, II, da Lei Federal de nº 12.846/13): “I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.” (BRASIL, 213)

26 “Em outras palavras, a mensuração da lesão depende do grau de prejuízo ocasionado ao bem público atingido.”(SOUZA, 2018. p.11)

Considerando o efeito negativo da infração, esclarecem José Anacleto Abduch Santos, Mateus Bertoncini e Ubirajara Custódio Filho:

Os efeitos negativos podem ser relacionados a uma dimensão imaterial, como a perda ou abalo da credibilidade das instituições, ou a uma dimensão material, como interrupção da continuidade de serviços públicos ou de atividades públicas, prejuízos diretos ou indiretos para comunidades beneficiárias de políticas públicas, aumento de custos da atuação administrativa ou retardo na implementação de ações administrativas. (SANTOS, BERTONCINI e CUSTÓDIO FILHO, 2014, p.184)

Quanto a questão econômica do infrator, este dado é de grande importância porque a multa não deve aparentar irrisória e não tão alta que pudesse ter o caráter de confisco, procurando preservar a função social da pessoa jurídica, considerando os empregos gerados, fonte de pagamento de tributos, e até mesmo como fator de desenvolvimento cultural e econômico da região onde a pessoa jurídica se situa. Neste sentido, a multa não tem o condão de ensejar a “quebra” da pessoa jurídica ou a sua insolvência.

A cooperação da pessoa jurídica na apuração das infrações acontece independente do acordo de leniência, sendo necessário que esta se manifeste primeiramente o seu interesse em cooperar. Neste entendimento, a cooperação pode influenciar na dosimetria da multa.

No caso do acordo de leniência, de acordo com o inciso II do art. 6º da Lei Federal de nº 12.846/13 (BRASIL, 2013) poderá ensejar isenção da publicação da condenação ou a redução de um a dois terços da multa aplicável e, de acordo com o inciso VIII do art. 47 do Decreto Estadual de nº 46.782/15 (MINAS GERAIS, 2015) e art. 17 da Lei Federal de nº 12.846/13, “[...] isentará ou atenuará as sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993” (MINAS GERAIS, 2013). Se o acordo de leniência for proposto após a instauração do PAR, a redução será de no máximo de um terço, conforme o §3º do art. 47 do Decreto Estadual de nº 46782/15. (MINAS GERAIS, 2015)

Em ambos os casos, a multa, se cabível, deverá ser paga em trinta dias e o inadimplemento acarretará a inscrição em dívida ativa do Estado, “[...] com posterior registro no Cadastro Informativo de Inadimplência do Estado de Minas Gerais – CADIN-MG –, na forma do Decreto nº 44.694, de 28 de dezembro de 2007”, de acordo com art. 37 do Decreto Estadual de nº 46782/15. (MINAS GERAIS, 2015)

No caso de desconsideração da pessoa jurídica, os sócios administradores e administradores estarão também ao lado passivo, junto da pessoa jurídica, como devedores no título de dívida ativa.

A prescrição quanto a sanção a ser aplicada nessa matéria conta-se a partir de cinco anos das infrações, tendo por data inicial a ciência dos fatos, “[...] ou, no caso de infração permanente ou continuada, no dia em que tiver cessado”, em consonância com o art. 25 da Lei Federal de nº 12.846/13. (BRASIL, 2013)

Tanto na Lei Federal de nº 12846/13, artigos 22 a 29 (BRASIL, 2013), quanto no Decreto Estadual de nº 46782/15, artigos 50 a 53 (MINAS GERAIS, 2015), dispõe do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, onde serão registradas as sanções aplicadas.

Por fim, não impede a instauração, execução e aplicação de sanção decorrente de PAR²⁷, mesmo se a pessoa jurídica já tiver penalidade em decorrência de Improbidade Administrativa, Lei Federal de nº 8.429/92 (BRASI, 1992) ; e atos ilícitos decorrentes da Lei Federal de nº 8.666/93²⁸ (BRASIL, 1993), de acordo com a Lei Federal de nº 12846/13, art. 30 (BRASIL, 2013), e Decreto Estadual de nº 46782/15, art. 54. (MINAS GERAIS, 2015)

Verificando atos ilícitos decorrentes da ordem econômica, ou seja, que aviltem a defesa da concorrência, conforme a Lei Federal de nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, "[...]dará ciência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – da instauração de PAR, podendo fornecer informações e provas obtidas, sem prejuízo do sigilo das propostas de acordo de leniência[...]" (BRASIL, 2011), segundo consta no art. 56 do Decreto Estadual de nº 46782/15 (MINAS GERAIS, 2020) e no art. 16, § 6º, da Lei Federal nº 12.846/13. (BRASIL, 2013).

4. CONCLUSÃO

A abordagem dos trâmites normativos dos processos administrativos correccionais, disciplinar e em desfavor de pessoa jurídica, são de suma importância, considerando a participação ativa de todos os sujeitos processuais, com vista a proporcionar um processo transparente e isonômico.

Seguindo esse entendimento, deve o servidor acusado, bem como a pessoa jurídica, estarem cientes das especificidades processuais, pois não podem alegar o desconhecimento das leis, bem como aquele que os defende, para uma melhor atuação técnica.

Portanto, mesmo com fins diferenciados, tais processos possuem conotação punitiva e possuem, cada qual, sua relevância na seara administrativa, com repercussão social, pois o funcionamento integral e positivo da máquina pública e a sua integração à sociedade, numa relação íntegra, fortalece o Estado e traz maior credibilidade à nação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. *Processo Disciplinar. Passo a passo*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

ALVES, Léo da Silva. *Direito disciplinar para concursos jurídicos: guia de controle da disciplina*. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

27 "Logo, para incidência do dispositivo de dosimetria é suficiente aferir a ocorrência no caso concreto da hipótese legal descrita como fator de cálculo da multa e, em seguida, para determinar seu percentual, dentro dos limites mínimo e máximo previstos, é necessário averiguar sua relevância, ou seja, em que grau a forma de conduta ou circunstância contribuiu para o sucesso, perpetuação, agravamento ou atenuação da prática ilícita." (SOUZA, 2018, p. 31)

28 Conforme determina o art.23 da Lei Federal nº 12.846/13, deverá manter atualizado o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, "[...] de todas as esferas de governo [...] os dados relativos às sanções [...], nos termos dos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993". (BRASIL, 2020)

- BRASIL. *Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm Acesso: 26 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso: 31 mai. 2020.
- BRASIL. *Lei Federal nº 9.784/99*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acesso: 20 de mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso: 31 mai. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso: 06 mai. 2020.
- BRASIL, Presidência da República. *Medida Provisória de nº 703/2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm. Acesso em: 11 ago. 2020.
- BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara; SANTOS, José Anacleto Abduch Santos. *Comentários à Lei nº 12.846/2013: Lei Anticorrupção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 4 ed. Brasília: Jurídica, 2004.
- COSTA, José Armando da. *Direito Disciplinar. Temas substantivos e processuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LUZ, Egberto Maia. *Sindicância e Processo Disciplinar*. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 1999.
- MINAS GERAIS. *Constituição Estadual de Minas Gerais*. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=CON&num=1989&comp=&ano=1989&texto=consolidado>. Acesso em: 15 jun. 2020.
- MINAS GERAIS. *Decreto Estadual de nº 46.782, de 23 de junho de 2015*. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=46782&comp=&ano=2015>. Acesso em: 03 jul. 2020.
- MINAS GERAIS. *Decreto Estadual de nº 47752, de 12 de novembro de 2019*. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=47752&comp=&ano=2019>. Acesso em: 03 jul. 2020.
- MINAS GERAIS. *Decreto Estadual de nº 47774, de 03 de dezembro de 2019*. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=47774&comp=&ano=2019>. Acesso em: 03 jul. 2020.
- MINAS GERAIS. *Lei Estadual de nº 869/52*. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=869&ano=1952>. Acesso em: 25 abr. 2020.
- MINAS GERAIS. *Lei Estadual de nº 14.184/2002*. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=14184&comp=&ano=2002>. Acesso em: 31 abr. 2020
- MINAS GERAIS. *Manual de Tomada de Contas Especial*. Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais. Disponível em: http://cge.mg.gov.br/phocadownload/manuais_cartilhas/pdf/manual-de-tce.pdf. Acesso em: 09 mai. 2020.
- MINAS GERAIS. *Manual de Apuração de Ilícitos Administrativos*. Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=manual+de+atos+ilicitos+cge+mg&oq=manua&aqs=chrome.1.69i57j69i59j35i39j0i433l2j69i65j69i60l2.3121j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 30 out. 2020.
- MINAS GERAIS. *RESOLUÇÃO CONJUNTA CGE/AGE Nº 4, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2019*. Disponível em: http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/resolucoes/resolucoes_conjuntas/2019-resolucaoconjunta-4-cge-age.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

SOUZA, Helton José Almeida de. *Dosimetria de Multa nos Processos Administrativos de Responsabilização de Pessoa Jurídica: interpretações dos parâmetros legais de aplicação do artigo 6º, inciso I, da Lei nº 12.846/13, na União, Estados e Municípios brasileiros*. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em "Corrupção: Controle e Repressão a Desvios de Recursos Públicos" pela Sociedade de Ensino Superior Estácio de Sá Ltda. em parceria com o Complexo de Ensino Renato Saraiva - PÓS ESTÁCIO CERS, 2018.

Recebido/Received: 02.10.2020.

Aprovado/Approved: 19.12.2020.

O PLURALISMO JURÍDICO E O DIREITO CONSUETUDINÁRIO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS FACE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LEGAL PLURALISM AND CONSULTING LAW OF INDIGENOUS COMMUNITIES FACING BRAZILIAN LEGAL ORDINATION

JULIA THAIS DE ASSIS MORAES¹

VIVIANNE RIGOLDI²

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o direito consuetudinário das comunidades indígenas como resultado do pluralismo jurídico face ao ordenamento brasileiro. O pluralismo jurídico fundamenta-se na ideia de que o Estado Moderno não é o único agente legitimado a realizar o enquadramento legal das diversas formas de relações sociais. Essa perspectiva se contrapõe a doutrina do monismo jurídico, no qual apenas o Estado possui monopólio para a produção de normas jurídicas, reconhecendo a multiplicidade das fontes e das relações de direito no interior de um mesmo sistema jurídico. O direito consuetudinário das comunidades indígenas surge como produto dessa multiplicidade de fontes e relações jurídicas representada pela Constituição Federal de 1988 e as normas infraconstitucionais. Com isso, o objetivo geral da pesquisa é investigar o conceito do pluralismo jurídico, e como objetivo específico tem-se a análise do direito consuetudinário indígena como um elemento da multiplicidade das relações jurídicas reconhecido pela Constituição Federal de 1988. Ao final, responde-se ao questionamento acerca do direito consuetudinário das comunidades indígenas enquanto expressão do pluralismo jurídico face ao ordenamento legal pátrio. Para tanto, a partir de levantamento bibliográfico e qualitativo, o estudo descritivo e exploratório do tema desenvolveu-se por meio do método hipotético dedutivo de abordagem científica.

1 Mestranda em Teoria Geral do Direito pelo Centro Universitário de Marília UNIVEM 2019/2021, Mestranda em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista, UNESP - FFC, Campus de Marília 2019/2021. Graduada em Direito (2014/2018) na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul/ UFMS-CPTL. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-4197-6360>. E-mail: juliamoraes094@outlook.com.

2 Doutora em Direito área de concentração Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino-ITE (2017). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2009). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP (2002). Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1999). Graduada em Direito (1994), atualmente é professora titular do Centro Universitário Eurípides de Marília-UNIVEM na Graduação e na Pós Graduação. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-9520-9936>. E-mail: rigoldi@univem.edu.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

MORAES, Julia Thais de Assis; RIGOLDI, Vivianne. *O pluralismo jurídico e o direito consuetudinário das comunidades indígenas face ao ordenamento jurídico brasileiro*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 289-302, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.7881>.

PALAVRAS-CHAVE: Pluralismo jurídico. Direito consuetudinário indígena. Comunidades indígenas. Constituição de 1988.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the customary law of the indigenous communities as a result of the legal pluralism in face of the Brazilian order. Legal pluralism is based on the idea that the Modern State is not the only legitimate agent to carry out the legal framework of the various forms of social relations. This perspective is opposed to the doctrine of legal monism, in which only the State has a monopoly for the production of legal norms, recognizing the multiplicity of sources and relations of law within the same legal system. The customary law of indigenous communities appears as a product of this multiplicity of sources and legal relations represented by the Federal Constitution of 1988 and the infraconstitutional rules. With this, the general objective of the research is to investigate the concept of legal pluralism, and as a specific objective we have the analysis of customary indigenous law as an element of the multiplicity of legal relations recognized by the Federal Constitution of 1988. In the end, we answer the questioning about customary law of indigenous communities as an expression of legal pluralism in the face of the national legal system. Therefore, from a bibliographic and qualitative survey, the descriptive and exploratory study of the theme was developed using the hypothetical deductive method of scientific approach.

KEYWORDS: Legal pluralism. Customary indigenous law. Indigenous communities. 1988 Constitution.

INTRODUÇÃO

O pluralismo jurídico é uma corrente de pensamento que se contrapõe ao Direito Estatal monista, no qual somente o Estado possui o monopólio para elaborar e legitimar normas (WOLKMER, 2001, p.123). Essa oposição ao monopólio estatal ocorre em razão da existente diversidade cultural em todas as sociedades e, assim, a cultura abrange aspectos sociais, mitológicos, religiosos, simbólicos, jurídicos capazes de construir modos próprios de se expressarem e traduzirem o que está em sua volta (CURI, 2005, p.100).

Diante desse cenário, as comunidades indígenas passam a representar um importante elemento das multiplicidades das fontes e relações jurídicas no ordenamento brasileiro. Ressalte-se que, o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o IBGE, declarou que o Brasil possui 12,5 % de territórios indígenas no território nacional.

Nesses territórios as comunidades indígenas surgem como elementos expressivos do pluralismo jurídico face ao ordenamento jurídico brasileiro, pois a organização social e os costumes indígenas configuram uma dinâmica social própria e criam um ordenamento jurídico dentro do ordenamento jurídico estatal. A concepção do ordenamento jurídico das regras consuetudinárias indígenas demonstra a coexistência de dois ou mais sistemas normativos em um mesmo espaço, significando que pode haver uma multiplicidade de leis, em decorrência do reconhecimento das diferenças. Destarte, o pluralismo passa a legitimar a diversidade de fontes jurídicas coexistentes em um mesmo ordenamento.

Segundo Rouland (2003, p. 158-159) há duas versões sobre a conceituação de pluralismo jurídico, a primeira é considerada como um conceito fraco, que é aquela que reconhece a existência de mecanismos jurídicos diferentes para tratar de situações idênticas em um mesmo espaço geográfico. A segunda versão é tratada como um conceito forte, que se edi-

fica sob a existência de diferentes grupos sociais existentes, que vão além do direito estatal, havendo, portanto, várias ordens jurídicas que podem coincidir ou divergir.

Ademais, o pluralismo jurídico tem como objetivo central demonstrar que o Estado Moderno não é o único agente legitimado a garantir o enquadramento legal das diversas novas relações sociais que vão surgindo. Dessa forma, os pluralistas defendem que o pluralismo jurídico não tem a intenção de negar o direito estatal, mas a de legitimar outras formas jurídicas existentes na sociedade.

No tocante aos sistemas jurídicos das comunidades indígenas, a admissão do direito consuetudinário foi adotado pela República Federativa do Brasil por meio do reconhecimento da organização social, costumes e tradições indígenas na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no Capítulo VIII, no Estatuto do Índio, bem como na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificada pelo ordenamento pátrio por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Sendo assim, o reconhecimento constitucional dos usos, costumes e tradições indígenas, previsto no caput do artigo 231, e em outras normas que constituem o ordenamento legal pátrio, possibilita a expressão de pluralismo jurídico denominado de independente, no qual a organização interna de uma determinada comunidade é regida por leis não estatais, que são os próprios costumes das comunidades indígenas.

A partir desses esclarecimentos iniciais, a presente pesquisa tem como objetivo investigar o conceito do pluralismo jurídico, e como objetivo específico analisar o direito consuetudinário indígena como um elemento da multiplicidade das relações jurídicas reconhecido pela Constituição Federal de 1988, questionando-se: o direito consuetudinário das comunidades indígenas representa um pluralismo jurídico face ao ordenamento legal pátrio?

Para tanto, a partir de levantamento bibliográfico e qualitativo, o estudo descritivo e exploratório do tema desenvolveu-se por meio do método hipotético dedutivo de abordagem científica.

1. O CONCEITO DE PLURALISMO JURÍDICO

O conceito de pluralismo jurídico surgiu por meio do diálogo da antropologia com o estudo das leis, proporcionando uma abordagem interdisciplinar denominada de antropologia do direito ou antropologia jurídica. Para Korsbaek e Vivanco (2009), a antropologia do direito é similar à sociologia do direito, pois as duas estudam a lei como um fenômeno inscrito em um marco amplo da sociedade, objetivando identificar o aparecimento da lei como um elemento da dinâmica social da qual faz parte.

Os pontos de referência do pluralismo, dizem respeito ao fato de que a realidade plural levanta uma desigualdade fática, que se manifesta em todos os aspectos da vida cotidiana, mesmo que os valores contidos nas concepções dos diversos grupos existentes estejam concebidos dentro das fronteiras de um mesmo país e relacionados por origens históricas. (KORSBAEK; VIVANCO, 2009, p.156)

Diante disso, a Sociologia do Direito (SANTOS, 2010, p. 100) tem investigado o pluralismo jurídico e identificou a existência do Direito em diversos locais, como nas zonas rurais, nos bairros urbanos marginais, no desporto, nas igrejas, nas empresas, nas organizações profissionais, sem origem necessariamente na função típica do poder legislativo, mas sim, nascedouro de relações sociais cotidianas e informais. Às normas desse novo Direito, segundo Santos (2010), dá-se o condão de infraestatais, informais, não oficiais e mais ou menos costumeiras. Nesse sentido, a multiplicidade de fontes do Direito se deve à existência de um Direito vivo, que é representado pelas relações sociais, hábitos e costumes.

O ordenamento jurídico pensado como aquele apenas previsto na legislação, na ciência jurídica ou na jurisprudência torna-se um direito arbitrário e fictício (EHRlich, 1913 *apud* SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, 2006). Entendendo-se que a origem do Direito não é necessariamente um produto apenas do Estado, sua origem estará também nas diferentes relações sociais podendo, ainda, ser tratado como um conjunto de regras que determina a posição e a função dos indivíduos dentro de um grupo social.

De acordo com Bobbio (2007) é possível identificar duas fases do pluralismo jurídico: a primeira fase se refere ao nascimento e desenvolvimento da historicidade jurídica, por meio da Escola Histórica do Direito, que afirma que os direitos emanam direta ou indiretamente da consciência popular. Assim, vários são os ordenamentos nacionais, visto que existem muitas nações, cada qual com seu ordenamento estatal próprio. Essa primeira forma de pluralismo jurídico é caracterizada como estadista.

A segunda fase se refere à etapa institucional que tem como pressuposto a existência de um sistema jurídico onde exista uma instituição, que se traduz em um grupo social organizado. A consequência dessa teoria institucionalista é a fragmentação da ideia universal do Direito e um enriquecimento dos problemas existentes entre os sistemas jurídicos (BOBBIO, 2007, p.123).

De forma consoante, Woodman (1998) reconheceu a existência de um pluralismo jurídico estatal e de um pluralismo fora das leis estatais. No primeiro caso, haveria instâncias plurais dentro do sistema estatal, como, por exemplo, as diferentes regras e formas de julgamento de acordos comerciais. Nesses acordos, garante-se certa independência no estabelecimento de suas regras, mas, ao mesmo tempo, exige-se uma harmonia com as normas estatais que estariam acima e abrangendo essas transações. Seria uma espécie de pluralismo de controle. A outra forma de pluralismo estaria desvinculada do Estado, chamado de pluralismo independente, na qual a organização interna de uma dada sociedade é regida por leis não estatais, como, por exemplo, os direitos próprios das comunidades indígenas (WOODMAN, 1998, p.145).

2. O PLURALISMO JURÍDICO E AS COMUNIDADES INDÍGENAS

Nas comunidades indígenas o pluralismo jurídico é introduzido de um modo singular. Na sociedade estatal o Estado cria regras para o indivíduo, enquanto nas comunidades indí-

genas as regras são coletivas, operadas e recriadas mediante a figura do sujeito coletivo (CURI, 2005, p.153). A figura desse coletivo é expressa como um sujeito de direitos e deveres, o que garante a autodeterminação dos povos indígenas como direito do grupo em gerir a sua sociedade e decidir seu próprio destino.

A partir dessa perspectiva um limite de interferência ao direito impositivo e centralizador do Estado é imposto. Desse modo, o Estado assume um papel de mediador de conflitos e interesses, não mais um papel de interventor. A autonomia do sujeito coletivo deve ser respeitada em termos políticos, administrativos, econômicos, culturais e judiciais, tanto no âmbito interno, como externo à comunidade indígena.

Nesse sentido a autonomia implica (KORSBAEK; VIVANCO, 2009, p.67): na possibilidade de decidir sobre os assuntos que afetam a sua comunidade, sem interferência e/ou pressão de mecanismos legais externos; na participação plena nos órgãos democráticos da Nação; no manejo e administração dos recursos dispostos em suas terras, conforme os seus próprios sistemas normativos e no reconhecimento da sociedade envolvente do seu território em sentido cosmogônico e material .

Essa autonomia das comunidades indígenas que, como visto, implica no direito à sua autodeterminação, diversas vezes entra em conflito com o sistema positivo vigente e as normas próprias das comunidades indígenas. Nesse contexto, o posicionamento estatal pode relativizar a autonomia dos povos indígenas ao estabelecer normas a partir dos sistemas de valores próprios dos representantes do poder legislativo nacional. Os conflitos ocorrem com maior frequência no âmbito do direito penal, em casos tipificados pelo direito estatal como crimes contra a vida, pois estes se fundamentam em um conjunto de valores considerado acima de qualquer outro interesse (CURI, 2005, p. 157).

Isto porque, o sistema jurídico ocidental fundamenta-se na dignidade humana, o que coloca a vida digna, de conceito cultural subjetivo, como um valor universal, legitimando uma ação ostensiva do Estado para coibir o que ele próprio define como ato ilícito contra a vida. A partir disso, o Estado compromete a promoção do justo tratamento que deve ser dispensado no processo penal aos indígenas, seus familiares e, por vezes, às suas comunidades, pois desconsidera sua cultura, organização social e sistema de valores (YAMADA; BELLOQUE, 2010, p.87).

Destaca-se que apesar do ordenamento jurídico brasileiro reconhecer a organização social das comunidades indígenas, a intervenção do Direito estatal nas comunidades não está adequadamente definida. Se por um lado a legislação definida pelo Estado deve ser aplicada em todo o território nacional, por outro, o mesmo Direito estatal garante aos grupos etnicamente diferenciados o direito de viver segundo seus usos e costumes, o que inclui o direito coletivo de definir suas normas internas. Em relação aos povos indígenas, essa perspectiva geral da legislação e, ao mesmo tempo particular, está clara no artigo 1º, parágrafo único do Estatuto do Índio, que estabelece que aos índios e às suas comunidades se estende a proteção das leis do país, resguardados seus usos, costumes e tradições (LEI 6001/1973, BRASIL).

Destaca-se também a Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Estado brasileiro, no artigo 9º (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL), que estabelece o seguinte:

1.Desde que compatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos a que tradicionalmente recorrem esses povos para a repressão dos delitos cometidos por seus membros.

2.As autoridades e tribunais chamados a se pronunciar sobre questões penais deverão levar em consideração os costumes desses povos sobre a matéria (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL)

A Convenção nº 169 da OIT garante o respeito às leis internas para impedir crimes cometidos por povos indígenas e coloca os sistemas jurídicos nacionais e os direitos humanos reconhecidos internacionalmente acima dos direitos culturais. O direito coletivo deve ser observado, mas não deve entrar em conflito com o sistema de valores da sociedade dominante. Isso significa que a legislação atual reconhece a diversidade cultural, mas também continua a assumir valores etnocêntricos, indicando que a realização do pluralismo jurídico ainda está em construção, podendo gerar interpretações suspeitas e erros de julgamento em relação aos direitos indígenas (CURI, 2005, p.160).

3. O DIREITO CONSUETUDINÁRIO

O direito consuetudinário é definido como um conjunto de normas sociais tradicionais, criadas espontaneamente por um povo; não são escritas e não são codificadas. O termo "consuetudinário" consiste em algo fundado nos costumes, sendo uma espécie de direito costumeiro. O direito consuetudinário é diferenciado do direito positivo, em virtude desse último ser fundamentado por uma autoridade política constituída, o Estado, do qual emana todo poder. Enquanto direito costumeiro vigora e opera independentemente da existência dessa autoridade (CURI, 2005, p. 140).

Ressalte-se que, segundo Manuela Carneiro da Cunha (1990), o direito costumeiro só existe em relação ao direito positivo e, portanto, não há como se pensar na sua anterioridade ou autonomia perante o Estado. O direito costumeiro, nesse aspecto, só existe em oposição ao direito positivo e seu próprio conteúdo é, parcialmente ou por contraste, informado pela presença do Estado.

Os costumes representam fontes importantes do Direito, uma vez que grande parte das normas se estruturam a partir dos modos de viver de uma sociedade. Por outro lado, o direito positivo vigente fornece aos costumes um valor secundário, colocando o direito costumeiro como algo inferior ou atrasado, como se fosse um estágio anterior à constituição do direito positivo normativo emanado pelo Estado (CURI, 2005, p.141). Essa concepção deriva de teses evolucionistas, que fundamentam suas teorias na ideia de que toda a humanidade atravessa sucessivamente, seguindo uma única direção, uma trajetória do simples para o complexo, do irracional para o racional, compreendendo três fases de desenvolvimento: a selvageria, a barbárie e, finalmente, a civilização.

A ideia da sociedade dominante, que converte a sua cultura em paradigma universal, é a de que esses povos denominados "primitivos" não possuem um sistema de leis, pois a ausência de Estado e de normas escritas demonstra o atraso e o caráter simplificado de sua

estrutura social. Nos dizeres generalizados dessa sociedade, os povos indígenas não possuem direito, arte ou religião, mas, no máximo, costumes, artesanato e superstições (WOLFF, 2004, p. 230)

No mesmo sentido, a doutrina jurídica tradicional é unânime em considerar que o direito codificado proporciona mais certeza ao Direito que as normas costumeiras, sendo justamente esse o motivo que coloca a lei em superioridade sobre o costume, afirmando-se ainda que, com a evolução das sociedades, estas deixam a forma consuetudinária e se transformam, progressivamente, em direito codificado (NADER, 1988, p.124).

4. O DIREITO CONSUETUDINÁRIO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS

A afirmação de que os indígenas não possuem leis ainda é bastante difundida no meio jurídico, sendo que esse posicionamento é comum diante do senso comum e de juristas mais conservadores (CURI, 2005, p.147). Essa compreensão tem origem a partir de uma suposta "primitividade" das relações sociais das comunidades indígenas. Diante dessa postura esses conservadores afirmariam que as comunidades tradicionais não comportariam as características do Direito. Contudo, esse consenso se fundamentava na corrente antropológica evolucionista, que considerava os indígenas um estágio primitivo da evolução social (CURI, 2005, p.150).

A referida concepção evolucionista tornou-se ultrapassada dentro da antropologia jurídica moderna, devido os estudos que demonstraram que cada sociedade possui uma organização, não sendo isso critério de superioridade ou inferioridade na evolução social. Nesse sentido, Davis (1973), observa que "em toda sociedade existe um corpo de categorias culturais, de regras ou códigos que definem os direitos e deveres legais entre as pessoas; em toda sociedade surgem disputas e conflitos quando essas regras são rompidas e, para resolver essas divergências, existem meios institucionalizados mediante os quais as regras jurídicas são reafirmadas e/ou redefinidas" (DAVIS, 1973, p.10).

O direito indígena para ser caracterizado como um direito consuetudinário ou costumeiro, possui os seguintes traços específicos: encontra-se imerso em um corpo social vinculado com todos os outros aspectos da cultura, formando uma unidade; e seu fundamento é extraído da força e da tradição comunitária, que é expressada nos usos e costumes. O direito costumeiro para as comunidades indígenas atende a uma cosmovisão fundada em princípios ancestrais que está relacionada com a ordem natural dos acontecimentos (CUEVAS GAYOSSO,2000, p.111).

As regras passam a ser aceitas e aplicadas pela sociedade indígena, em razão de uma consciência coletiva que diz que essas são boas para os homens. As aplicações dessas regras não exigem sua inclusão em textos normativos, pois o que as legitimam é a consciência comum do grupo que, por meio do conhecimento dos princípios gerais que regem as suas condutas, sustentam as regras determinadas para a resolução de problemas específicos (CURI, 2005, p.148). A partir disso é possível ver a diferença entre o direito costumeiro e do

direito positivo das sociedades modernas, que é a ausência da separação do aspecto social do aspecto jurídico.

O direito para as comunidades indígenas atua submerso no corpo social, nos usos e costumes comunitários, envolvendo tradição oral, sistemas de cargos, fundamentos mágico-religiosos que constituem a cosmovisão particular da comunidade. E em contrapartida as sociedades modernas separam esses dois aspectos, o social e o jurídico, criando uma dicotomia entre a forma e o conteúdo. Nas comunidades indígenas, o direito costumeiro é uma regra de organização comunitária fundada na visão cosmológica, sendo que isso possibilita a flexibilidade e profundidade do direito consuetudinário indígena (CUEVAS GAYOSSO, 2000, p.112).

O termo utilizado para conceber o direito consuetudinário é "regra", entendendo-se que não há nele a mesma rigidez do termo "norma jurídica", empregado para o direito positivo. O primeiro possibilita uma adaptação dentro da sociedade em que se manifesta, à medida que o segundo, inserido em um contexto diverso, é rígido e sua aplicação corresponde à imposição da referida norma de conduta aos fenômenos sociais. As regras passam a que se adequar às características da sociedade, convertendo-se em uma expressão comum de um grupo determinado e com tendência em resguardar seus valores e princípios essenciais. Nessa perspectiva, Cuevas Gayosso (2000) ressalta a origem fundamental das regras costumeiras, aquela que denomina "visão cosmológica".

A visão cosmológica é responsável por criar as diversas fontes do direito consuetudinário das comunidades indígenas. Nessa o que cria o Direito não é a vontade do legislador responsável, mas as práticas cotidianas relacionadas à cosmovisão de diversos grupos sociais, que resultam nas criações de regras costumeiras que informalmente tornam-se legítimas para disciplinar o convívio social. Assim, também integra o direito costumeiro, que apesar de não ser escrito, e nem codificado vigora sem a presença do Estado (CURI, 2005, p.140).

5. O RECONHECIMENTO DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os capítulos anteriores versaram sobre o conceito do pluralismo jurídico e acerca do direito consuetudinário das comunidades indígenas. Dessa forma, o presente capítulo visa analisar o reconhecimento do direito consuetudinário pelo ordenamento jurídico brasileiro representado pela Constituição Federal de 1988, e de modo infraconstitucional pelo Estatuto do Índio, a Lei 6001/1973. O reconhecimento do direito consuetudinário dos indígenas é dado pelo artigo 231 da Constituição de 1988, que reconhece os índios em conformidade a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a constitucionalização dos direitos indígenas, rompendo com o paradigma assimilacionista ou integracionista, que reconheciam os indígenas de acordo com seus usos, costumes e tradições. O não reconhecimento da identidade étnica dos indígenas nas Constituições anteriores, fazia o Estado concebê-los como

uma realidade transitória, que iria desaparecer à medida que fossem integrados a comunhão nacional. Destaca-se que o fundamento dos textos constitucionais pretéritos era de que os indígenas representavam um estágio primitivo da evolução da sociedade, portanto caberia a sociedade nacional que estava mais a frente na escala evolutiva retirá-los do estágio primitivo (CUNHA, 1992, p.67).

Esse argumento é oriundo do evolucionismo, uma corrente antropológica que nasceu no XVIII, e nesse momento projetava os indígenas como o "Bom Selvagem, sendo eles os testemunhos do paraíso perdido e como a imagem do que teriam sido os ocidentais em tempos passados (ROULLAND, 2000, p. 76). No século XIX, iniciou-se a segunda grande fase das colonizações ocidentais, na qual os conceitos evolucionistas se tornaram mais endurecidos, criando-se a ideia de que a colonização seria um bem aos povos denominados primitivos, pois os ajudariam a sair de sua lentidão evolutiva (KAPLAN, 1975, p. 167).

A primeira fase conhecida como evolucionismo unilinear, sendo que foi essa que exerceu uma forte influência nas constituições brasileiras em relação ao tratamento normativo dado aos indígenas até a Constituição de 1988. Nessa perspectiva, as sociedades tradicionais viviam em um estado atrasado do desenvolvimento da humanidade, estariam na infância das sociedades ditas civilizadas, a comunhão nacional. Diante disso, os diplomas constitucionais consideravam os indígenas como uma realidade transitória, que seriam incorporados à sociedade nacional, o estágio mais avançado da evolução social, deixando para trás seus usos, costumes e tradições (CURI, 2005. p. 27).

Com o reconhecimento dos direitos indígenas, como seus usos, costumes e tradições o texto constitucional rompeu com o evolucionismo, que justificava o assimilacionismo e passou a reconhecer os indígenas de acordo com sua identidade étnica. Em todo o texto constitucional há o reconhecimento de direitos indígenas, contudo o capítulo VIII – Dos Índios demonstra da forma mais sensível o reconhecimento estatal. Desse modo, no artigo 231 é possível extrair vários direitos em relação os indígenas, o mais evidente é o direito as terras originárias, mas o reconhecimento dos usos, costumes e tradições na primeira parte do referido artigo traz o direito à autodeterminação e o direito a alteridade, bem como o reconhecimento do direito consuetudinário das comunidades indígenas.

O direito consuetudinário não está expresso no texto do caput do artigo 231, como o direito à autodeterminação e o direito a alteridade, que é o direito dos indígenas viverem de acordo com os seus usos costumes e tradições, e exercê-los (BRASIL, 1988). Entretanto, o respeito aos direitos internos (ou costumeiros) das comunidades indígenas é afirmado de forma intrínseca, pois não há como reconhecer aos índios suas organizações sociais sem reconhecer seus sistemas jurídicos próprios

O Estatuto do Índio, a lei 6001/1973 é anterior Constituição Federal de 1988, portanto sua política normativa foi concebida sob a égide do evolucionismo unilinear que considerava os indígenas como inferiores a comunhão nacional, e deveriam ser incorporados a sociedade mais avançada. Com isso o estatuto carregava a contradição de proteger e ao mesmo tempo incorpora-los. A Constituição de 1988 adotou uma postura diversa a do Estatuto Índio, reconhecendo os direitos indígenas, assim todos os dispositivos que visavam a assimilação dos indígenas à comunhão nacional foram revogados (LIMA, 2016, p.100). Contudo, os artigos que visavam a proteção dos direitos indígenas continuaram vigentes, tal como a proteção aos direitos costumeiros dos indígenas:

Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios (...), para a preservação das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos: respeitar (...) as peculiaridades inerentes a sua condição; assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência; respeitar (...) a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes (art. 2º, incisos III, IV e V). (LEI 6001/1973, BRASIL)

6. A CONVENÇÃO 169 DA OIT E O RECONHECIMENTO INTERNACIONAL DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS

A Convenção 169 da OIT torna-se importante nesse contexto do pluralismo jurídico e o reconhecimento do direito consuetudinário das comunidades indígenas pelo ordenamento brasileiro, uma vez que a República Federativa do Brasil a ratificou por meio do decreto nº 5.051, de abril de 2004. A referida convenção, assim como a Constituição de 1988 legitimou o direito dos indígenas de viverem segundo seus usos e costumes. Assim, também foi reconhecido que os indígenas e suas organizações tradicionais deveriam estar envolvidas no planejamento e execução dos projetos de desenvolvimento que os afetassem.

Isso se constitui a partir dos princípios de respeito às culturas, às formas de vida e ao direito consuetudinário dessas comunidades (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL). Dentre os mecanismos de legitimação dos direitos indígenas adotados pela convenção dois pontos fundamentais são constantemente evocados para garanti-los: a necessidade de consulta às comunidades indígenas, mediante procedimentos apropriados, quando medidas legislativas ou administrativas possam afetá-los diretamente; e o direito de definir seu desenvolvimento de acordo com as suas aspirações e modos próprios de vida, ou seja, o direito de escolher suas prioridades e promover o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL)

Em relação aos direitos consuetudinários dos povos indígenas, a Convenção 169 da OIT, em seu artigo 8º, determina:

Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, dar-se-á a devida consideração aos seus costumes ou seu direito consuetudinário.

Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio (CONVENÇÃO 169 DA OIT, BRASIL).

Diante do dispositivo, constata-se que os direitos internos dos povos indígenas, chamados pelo direito positivo de direito consuetudinário, é reconhecido tanto pelo ordenamento internacional, quanto pelo ordenamento brasileiro. No entanto, esse reconhecimento é com ressalvas, o direito consuetudinário dos indígenas não pode ser incompatível com os direitos fundamentais dos Estados e com os direitos humanos internacionais. Sendo que isso será analisado no capítulo seguinte.

7. O CONFLITO DE NORMAS DO DIREITO POSITIVO COM O DIREITO CONSUETUDINÁRIO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS

O ordenamento brasileiro é fundado sob um Estado Democrático de Direito, e tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o princípio da dignidade humana serve de fundamento a todo o ordenamento jurídico, podendo ser encontrada em todo texto constitucional. A dignidade da pessoa humana é elencada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, III, mas também em outras partes do texto constitucional, como no art. 170, caput, que diz que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social". No artigo 226 § 7º expressa que o planejamento familiar deve ser fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (BRASIL, 1988).

A dignidade humana pode ser reconhecida por dois elementos: o valor intrínseco de todos os seres humanos e a autonomia de cada indivíduo; sendo que a autonomia pode ser limitada por algumas restrições em nome de valores sociais ou interesses estatais e pelo valor comunitário (BARROSO, 2013, p.72). O valor intrínseco representa as características próprias dos seres humanos, uma vez que isso os diferencia de outras espécies. Essa característica também origina vários direitos fundamentais garantidos no direito, sendo o principal deles o direito à vida. A autonomia, é o direito do indivíduo de fazer as suas próprias escolhas, que no campo jurídico é pautado pela autonomia privada e autonomia pública. O valor comunitário representa o papel do Estado no estabelecimento de metas a serem cumpridas de forma coletiva, bem como, as restrições impostas aos indivíduos em nome de um bem maior (BARROSO, 2013, p. 73).

Os três elementos conceituados tornam-se importantes para compreender um eventual conflito de normas do direito positivo e do direito consuetudinário das comunidades tradicionais. Como foi demonstrado nos capítulos anteriores a Constituição Federal de 1988 reconheceu os direitos indígenas, inaugurando a constitucionalização dos direitos tradicionais (BARBIERI, 2009, p. 69), ainda que o direito consuetudinário não tenha sido mencionado *ipsis literis* é possível inferi-lo em razão do reconhecimento dos usos, costumes e tradições dados aos indígenas no caput do artigo 231. Nesse sentido, quando o direito consuetudinário não violar a dignidade humana, ou seja não violar o direito a vida e nem colocá-lo em risco, pode-se inferir que o ordenamento jurídico positivo vai reconhecê-lo, visto que esse compõe a identidade indígena e é reconhecido pelo texto constitucional.

O reconhecimento do direito consuetudinário dos indígenas pelo ordenamento positivo brasileiro, quando esse não violar a dignidade humana (o direito a vida) representa de fato a consolidação de um Estado Democrático de Direito. Sendo que essa consolidação se realiza na conjugação de uma concepção de uma sociedade pluralista, livre, justa, fraterna e solidária (SILVA, 2016, p. 345), que reconhece e protege as diferenças sociais existentes em uma sociedade diversificada como a sociedade brasileira. Com isso, torna-se necessário destacar a noção de dignidade humana em aspecto negativo, pois essa auxilia a compreensão de considerar o direito consuetudinário das comunidades tradicionais.

No aspecto negativo significa que cada integrante da sociedade precisa ser respeitado e estimado pelo Estado e pelos outros membros da sociedade em sua grandeza individual, sem nenhuma probabilidade de rebaixamento, exploração, discriminação, exclusão, ou tratamento inumano. Nesse sentido, e no contexto do direito consuetudinário das comunidades tradicionais, pode-se compreender que o corpo jurídico da organização social dos indígenas irá prevalecer quando respeitar o ser humano, e sua dignidade, visto que esse compõe a sua grandeza individual. Portanto, lei positiva poderá considerá-lo uma vez que esse direito consuetudinário integra a identidade étnica indígena.

CONCLUSÃO

O pluralismo jurídico como foi analisado não admite apenas o Estado como detentor do monopólio de elaborar e legitimar normas. Essa oposição se dá devido a existência da diversidade cultural inerente a qualquer sociedade, e essa diversidade cultural envolve aspectos sociais, mitológicos, religiosos, simbólicos, e jurídicos aptos a construir modos próprios de se expressarem e traduzirem o que está em sua volta. Assim, as comunidades tradicionais representam um importante elemento das multiplicidades das fontes e relações jurídicas face ao ordenamento brasileiro. Uma vez que o reconhecimento das comunidades indígenas e sua organização social foi legitimada pela Constituição Federal de 1988, que dedicou o capítulo VIII especificamente aos direitos indígenas.

O texto constitucional ao reconhecer a organização social das comunidades indígenas admite o direito consuetudinário, configurado na existência de um efetivo pluralismo jurídico. Dessa forma, as comunidades indígenas são regidas por regras coletivas, as quais são respeitadas, recriadas na figura do sujeito coletivo e admitidas pelo sistema brasileiro positivo na medida do respeito à dignidade humana dos envolvidos. A diferença crucial entre o direito consuetudinário e o positivo é que esse dita regras para o indivíduo, enquanto as comunidades indígenas ditam regras comunitárias. Sendo que essa figura coletiva de "comunidade" é projetada como um sujeito de direitos, que proporciona o direito à autodeterminação dos indígenas se regerem conforme suas regras.

Com isso o Estado brasileiro assume o papel de mediador de eventuais conflitos e interesses do direito consuetudinário indígena, quando esse colidir com a dignidade humana, e intervir com seu direito positivo apenas quando for para proteger o direito à vida. Quando o direito consuetudinário das comunidades indígenas não ameaçar a vida, bem como a dignidade humana, pode-se afirmar que esse irá prevalecer, uma vez que o Estatuto do Índio já previa essa proteção tal como o texto constitucional. No referido estatuto é claro que cumpre aos entes federativos respeitar suas peculiaridades inerentes a sua condição; bem como assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência e respeitar a coesão comunitária inerente aos seus valores culturais, tradições, usos e costumes.

A admissão do direito comunitário pelo ordenamento brasileiro foi mais uma vez reafirmada com a ratificação da Convenção 169 da OIT. Documento internacional que reconheceu os direitos humanos indígenas em âmbito internacional, sendo um desses o direito consue-

tudinário dos indígenas. Segundo a convenção os direitos consuetudinários das comunidades tradicionais devem sempre ser considerado, uma vez que esse compõe a organização social tradicional. O direito costumeiro dos indígenas, que envolvem seus costumes e instituições deve ser respeitado quando compatíveis com os direitos fundamentais e direitos humanos que se fundamentam sob a proteção da dignidade humana. E quando houver um eventual conflito entre a norma de direito positivo e a regra de direito consuetudinário deve-se levar em consideração aquela que mais protege a vida e a dignidade humana.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 ao reconhecer os direitos indígenas rompeu com o paradigma assimilacionista que orientava os textos constitucionais anteriores, fundamentando-se na dignidade da pessoa humana que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Assim, esse princípio basilar do Estado brasileiro é ratificado como um de seus fundamentos, o que possibilita a existência de um pluralismo jurídico; de um lado tem-se o ordenamento positivo e, do outro, o ordenamento das regras consuetudinárias das comunidades tradicionais. Nesse sentido, os direitos consuetudinários das comunidades tradicionais coexistem face o ordenamento positivo do estado brasileiro quando se mostrarem compatíveis a dignidade humana e a vida.

REFERÊNCIAS

- BARBIERI, S. R. J. *Os Direitos Constitucionais dos Índios e o direito a diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana*. Coimbra: Almedina, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 abr. 2020.
- BRASIL. *Estatuto do Índio Lei 6001/1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em 15 abr. 2020.
- BRASIL. *Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004*. Dispõe sobre a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT sobre Povos Indígenas Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em 15 jul. 2017.
- CUEVAS GAYOSSO, José Luis. *La Costumbre Jurídica de los Pueblos Indígenas en la Constitución Del Estado de Vera Cruz, México* (2000), de la Norma a la Práxis. México: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Universidad Veracruzana, 2000.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *El Concepto de Derecho Consuetudinário y los Derechos Indígenas en la Nueva Constitución de Brasil*. In: *Entre la Ley y la Costumbre: el derecho consuetudinário indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *História dos Índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1992.
- CURI, Melissa V. *Mineração em Terras Indígenas: Caso Terra Indígena Roosevelt*. Dissertação de Mestrado, Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, Campinas, 2005.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *O Direito Consuetudinário Dos Povos Indígenas E O Pluralismo Jurídico*. Espaço Ameríndio (UFRGS), 2012.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Antropologia Jurídica: um estudo do direito Kamiurá*. *Crítica Jurídica*, 2005.

DAVIS, Shelton. *Antropologia do Direito – Estudo Comparativo de Categorias de Dívidas e Contratos*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

KAPLAN, David e MANNERS, Robert A. *Teoria da Cultura*. Tradução de Zilda Kacelnik, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

KORSBAEK, Leif e VIVANCO, Florecia Mercado. *La Sociedad Plural y el Pluralismo Jurídico, un Acercamiento desde la Antropología del Derecho*. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1670/10.pdf>. Acesso em 29 abr. 2020.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ROULAND, Norbert. *Nos Confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SANTOS, Ricardo Ventura e COIMBRA JR., Carlos E. A. *Parece feito por um molde único: cultura, sociedade e bio-antropologia no Alto Xingu*. In: FRANCHETTO, Bruna e HECKENBERGER, Michael (Orgs). *Os Povos do Alto Xingu: história e cultura*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2001.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o Direito Indigenista*. 1ª edição, Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso. *Teoria do Direito Constitucional*, 15ª Ed. Saraiva, São Paulo.

WOLFF, Francis. *Quem é Bárbaro? In: Civilização e Barbárie*. Org. Adauto Novaes, São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

WOODMAN, Gordon R. *Ideological Combat and Social Observation – Recent Debate about Legal Pluralism*. *Journal of Legal Pluralism*, nr. 42, 1998.

YAMADA, Erika M. e BELLOQUE, Juliana G. *Pluralismo Jurídico: Direito Penal, Direito Indígena e Direitos Humanos – Uma análise do art. 121 do Código Penal brasileiro*. In: VILLARES, Luiz Fernando (Coord.). *Direito Penal e Povos Indígenas*. Curitiba: Juruá, 2010.

Recebido/Received: 11.05.2020.

Aprovado/Approved: 01.09.2020.

A FALÁCIA DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

THE DEMOCRATIC FALLACY OF THE CRIMINAL JURY IN BRAZIL

RAFAEL BLUSKY PINTO DOS SANTOS¹

RESUMO

O Tribunal do Júri é tido por muitos como um baluarte da democracia, principalmente em vista de sua importância histórica como resposta ao domínio do Estado absolutista em relação ao Poder Judiciário, sendo um meio de participação direta do povo neste ramo da administração estatal. Porém, a hipótese assumida pelo presente artigo é a de que tanto em sua forma genérica quanto na forma específica em que opera no Brasil, o Tribunal do Júri parece não estar de acordo com o que atualmente se caracterizaria como democraticamente apropriado. Por conseguinte, o presente artigo foi realizado por meio de pesquisa teórica qualitativa e usa o procedimento de análise de conteúdo bibliográfico tendo como objetivo o exame, por intermédio de uma matriz teórica ad hoc caracterizada pela análise interdisciplinar de diferentes áreas das ciências humanas, do problema acerca da compatibilidade da estrutura formal do Tribunal do Júri no Brasil com a atual natureza da democracia que se esperaria dele, assim como propor que sua presente forma no país não condiz com o que hoje se concebe como democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri. Processo Penal. Democracia.

ABSTRACT

The criminal jury is referred by many as a bulwark of democracy, mainly in view of its historical importance as a response to the dominion of the absolutist state in relation to the Judiciary, being a mean of direct popular participation in this branch of state administration. However, the hypothesis assumed by the present essay is that both in its generic form and in the specific form in which it operates in Brazil, the criminal jury doesn't seem to be in accordance with what currently would be characterized as democratically appropriate. Therefore, the present essay was done via qualitative theoretical research and uses bibliographic content analysis procedure having as aim the examination, through an ad hoc theoretical matrix characterized by the interdisciplinary analysis of different areas of the human sciences, of the problem of the compatibility between the criminal jury of Brazil's formal structure with the current nature of democracy that is expected of it, as well as to propose that its present form in the country does not match what nowadays is conceived as democratic.

KEYWORDS: Criminal Jury. Criminal Process. Democracy.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2019). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-8753-2012>. E-mail: rafaelblusky@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

SANTOS, Rafael Blusky Pinto dos. *A falácia democrática do Tribunal do Júri no Brasil*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 303-322, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.7186>.

1. INTRODUÇÃO

O tema central a ser abordado por este artigo é o da adequação do Tribunal do Júri no Brasil ao que se espera de um órgão com formação e atuação pautadas pelos ditames de uma democracia em sua concepção moderna, pois os tribunais populares fizeram-se mais necessários em épocas e locais cujo entendimento sobre a democracia não era desenvolvido como atualmente, visto que eram elementos essenciais para diminuir o alcance do poder do Estado absolutista. Portanto, num contexto em que faltam os mesmos problemas que fizeram com que a necessidade por um órgão como o Tribunal do Júri viesse à tona, surge o problema: em face de mais recentes pressupostos de atuação democrática, o Júri continua mostrando-se como adequado e conveniente à administração judiciária brasileira?

Países que tenham a intenção de serem considerados verdadeiramente como Estados democráticos de direito têm o dever de administrarem a justiça estando pautados em uma “cartilha democrática”, estabelecendo critérios que garantam a higidez do próprio sistema e conferindo proteção a um extenso rol de garantias e direitos fundamentais, geralmente estipulados por uma carta de direitos como uma constituição, que deve ser integralmente respeitada em prol da soberania popular. Entretanto, a hipótese adotada é a de que o Tribunal do Júri no Brasil, não obstante ser regido em última instância por normas constitucionais com viés democrático, não aparenta estar de acordo com o que atualmente se caracterizaria como democraticamente apropriado.

Levando em conta que uma falácia lógica é a expressão de um raciocínio cuja conclusão não decorre logicamente de suas premissas e forma proposições dotadas meramente de verossimilhança, a relevância deste trabalho se dá por conta da análise acerca do potencial falacioso da defesa do Júri brasileiro como instituto basilar para a sustentação de uma democracia, de forma que possivelmente apenas pareça estar conectado a preceitos de um regime democrático.

Trata-se de pesquisa teórica, qualitativa e que se vale do procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico para satisfazer o objetivo geral de, por intermédio de uma matriz teórica *ad hoc* caracterizada pela análise interdisciplinar de diferentes áreas das ciências humanas, averiguar a compatibilidade da estrutura formal do Tribunal do Júri no Brasil com a atual natureza da democracia que se esperaria dele, em seguida propondo que a presente forma que assume no país não condiz com o que hoje se concebe como democrático.

2. AS VISÕES LÚDICA E AGONÍSTICA

É tão notável a prevalência do jogo na cultura humana que Johan Huizinga dedicou considerável parte de seus estudos ao caráter lúdico da cultura e à ideia de que a própria noção estabelecida de cultura, dos primórdios da civilização até os dias de hoje, sustenta necessariamente elementos de jogo em sua fundação. Seguindo o raciocínio, o Tribunal do Júri, sendo um produto da cultura humana, não poderia ser diferente.

Inspirada pelo trabalho de Huizinga (1980), Ana Schritzmeyer (2012, p. 49) teoriza que as sessões do Júri constituem jogos de manipulação da dimensão imagética acerca das regras sociais que concernem o poder de matar de um indivíduo na sociedade, mas elas não têm como objetivo se debruçar sobre o poder de matar enquanto ação — que aqui serve apenas para constituir o fato que leva o caso para a análise dos juízes leigos —, mas sim julgar as circunstâncias que tornam o uso desse poder legítimo ou ilegítimo. Em outras palavras, a depender da forma pelas quais as mortes são relatadas e transformadas em imagens durante a sessão do Júri, os usos do poder de matar do indivíduo em questão serão legitimados ou não pela sociedade.

É necessário destacar, porém, que a natureza lúdica do procedimento não necessariamente impede que se aja com seriedade durante seu decorrer. Em verdade, não faltam paixão e entusiasmo nos debates, marcas do comprometimento por parte dos integrantes, que frequentemente se mostram arrebatados ao cumprirem com os papéis que lhes foram assinalados (SCHRITZMEYER, 2012, p. 68).

Por sua vez, Huizinga (1980, p. 77, 78, tradução nossa) expõe como o estilo e linguagem que permeiam os modernos processos judiciais, que frequentemente mostram uma paixão esportiva pelo prazer de argumentar e contra-argumentar, às vezes de forma altamente sofisticada, fizeram um magistrado amigo seu se lembrar dos javaneses *adat*, que em sua cultura sustentam a tradição de que os oradores devem espetar uma pequena vara no chão a cada argumento julgado como bem realizado, de forma que quem espetou mais varetas é tido, no fim, como o vencedor da disputa.

Fazendo uma comparação com o procedimento do Júri, as varas *adat* estariam sob a posse do acusador e do defensor, que por suas palavras, gestos, e os meios de prova permitidos, buscam sensibilizar o conselho de sentença para que concorde com suas alegações na tentativa metafórica de espetar as varas na terra. O resultado da disputa só seria revelado após a votação dos quesitos, momento em que se poderá saber quem conseguiu “espetar mais varas” (SCHRITZMEYER, 2012, p. 70).

Não é à toa que o Tribunal do Júri possa ser comparado com uma tradição arcaica de disputa argumentativa, pois os valores que norteiam os debates em plenário guardam considerável semelhança com os de procedimentos judiciais de civilizações antigas. Neste ponto há de se chamar a atenção para como a estrutura do tribunal popular brasileiro, de forma geral, assemelha-se à estrutura de manifestações culturais que ainda estão presentes em nossa sociedade devido ao Júri, apesar de ultrapassadas.

Na esteira de Huizinga (1980, p. 78, 79, tradução nossa), a concepção de justiça nas sociedades modernas não tem como prescindir da noção de justiça abstrata, por mais débil que seja a concepção do que isso venha a ser. Modernamente, o processo judicial é uma disputa entre suposições acerca do que é certo ou errado, e assim vitória ou derrota têm papel secundário. É precisamente essa preocupação com valores éticos que deve ser abandonada para entender a justiça de civilizações arcaicas, pois, para elas, a ideia de certo e errado, em sua concepção ético-jurídica, fica à sombra da ideia de vitória e derrota, que representa visão agonística, combativa. A mente arcaica não se importa com discussões por trás de temas abstratos como certeza ou erro, e sim a necessidade concreta de vencer ou perder, a ponto da vitória definir o que será tido como certo. Deparamo-nos com uma mentalidade que estabelece que a decisão por oráculos, julgamento divino, ordálios, adivinhação, ou, por exemplo,

por jogo, estão fundidas à noção de decisão por sentença judicial, numa complexa rede de raciocínios que prescreve que o resultado estabelece o que é a justiça.

Para os alemães, há conexão etimológica entre a palavra para julgamento, *urteil*, e a palavra para ordálio, *gottesurteil* (julgamento de Deus). O julgamento divino se daria pelo ordálio, mas não é fácil determinar o que significava o ordálio para a mente arcaica, embora à primeira vista pareça que o homem primitivo acreditasse que os deuses indicavam quem estava certo ou em que direção o destino deveria ir, o que era tido como a mesma coisa, pelo resultado de um teste. Para os antigos, a ideia de que a prova da verdade e do direito vem com a vitória na competição faz com que surjam provas com esse objetivo, mas o ordálio só surge especificamente como meio revelador da justiça divina em fase mais avançada da religião. Assim, o resultado de competições anteriores era visto como uma decisão dos deuses, e de certa forma ainda seguimos essa mesma linha de raciocínio quando estabelecemos o voto popular majoritário como meio consagrado de decisão (HUIZINGA, 1980, p. 81, 82, tradução nossa).

O ditado *vox populi, vox dei* (a voz do povo é a voz de Deus), registrado desde o tempo das antigas Grécia e Roma até os dias de hoje, indica pensamento muito semelhante ao acima, em particular acerca do amplo uso de decisões majoritárias na democracia. É possível que a preferência pela representação de uma maioria social como meio de resolução das questões do grupo seja justamente uma tentativa dos povos antigos de materializarem a vontade divina, tornando perceptível a influência do determinismo teleológico baseado em credo religioso, que ao enxergar a dimensão abstrata da justiça como um valor, o faz sempre de forma secundária, seja vinculada necessariamente à vitória, seja dotada de pouca importância quando vista como fim a se alcançar devido a imperativos morais.

Em relação especificamente ao processo judicial, ele continua sendo em essência uma batalha verbal, mesmo depois de ter perdido total ou parcialmente sua qualidade lúdica graças ao progresso da civilização. Porém, a referência principal a ser feita a essa disputa por palavras é a forma como era tomada em suas fases arcaicas, em que o fator agonístico se apresenta de forma mais intensa, e a fundação idealizada da justiça estaria em estágio enfraquecido. Aqui, o confronto consiste quase que exclusivamente no esforço de cada parte em prevalecer sobre sua contraparte, recorrendo principalmente a ferrenhas críticas para alcançar tal resultado. Portanto, não eram os argumentos jurídicos melhor proferidos ou bem concatenados que tinham as maiores chances de vencer, mas sim as injúrias mais escoriantes e estiolantes dirigidas aos adversários (HUIZINGA, 1980, p. 84, tradução nossa).

Novamente se percebe a enorme importância dada ao resultado de um certame, em contraponto ao pouco mérito dado à definição e cumprimento de critérios básicos do que se poderia considerar como justiça, como meio preferível para a resolução de disputas. Além disso, pelo menos judicialmente, nota-se a ausência de resguardo a valores que serviriam para nortear procedimentos de solução de conflitos com o objetivo de proteger o que se consideraria como a integridade da civilização daquela época e de seus cidadãos. Em outras palavras, a busca obsessiva pela vitória permitia que um código de conduta para que disputas fossem resolvidas de maneira justa para os padrões de hoje em dia não fosse estipulado ou não se fizesse cumprir.

Amostra disso é o exemplo trazido por Huizinga (1980, p. 85, tradução nossa), que buscando demonstrar a conexão íntima entre cultura, jogo, e sociedade, chama atenção para a

significância dos duelos de tambor ou de canto para os esquimós groenlandeses. Tal costume é relevante tanto pelo fato dele perdurar até hoje, apesar de estar quase perdido (CHEMNITZ, 2017, tradução nossa), quanto pela função que para aquela sociedade quando foi descrita, em que a jurisdição não estava separada da esfera lúdica.

Um esquimó que tenha uma queixa contra outro o desafia para uma disputa de tambor e canto, para a qual todo o clã ou tribo se junta numa ocasião festiva. Os participantes então passam a se atacar em turnos por meio de canções infamantes acompanhadas do ritmo de tambor, em que um reprova as condutas do outro, sem se fazer distinção entre acusações bem embasadas, colocações satíricas com o objetivo de divertir a plateia, ou pura difamação. As hostilidades verbais podiam vir acompanhadas de indignidades físicas, cujos degraus de licitude variam entre tribos: num extremo, umas permitiam batedura, enquanto que no outro, outras somente permitiam a amarração do oponente. Entre estes dois limites, havia tribos com estágios intermediários de aceitação do uso de ações ofensivas, e durante as pausas, os competidores conversavam em termos amigáveis. As sessões dessas disputas podiam perdurar por anos, durante os quais as partes pensavam sempre em novas canções e novos comportamentos reprováveis a serem denunciados, com a decisão final acerca do vencedor cabendo aos espectadores, que geralmente decidiam em favor de quem mais os divertiu (HUIZINGA, 1980, p. 85, tradução nossa).

É bem verdade que, mesmo já na idade clássica, nem gregos nem romanos haviam totalmente ultrapassado a fase em que a oratória judicial dificilmente se distinguia do confronto de injúrias. A eloquência jurídica na época de ouro de Atenas, apesar de todo o desenvolvimento cultural e educacional, ainda era principalmente uma qualidade relativa à destreza retórica e permitia quaisquer artifícios persuasivos. Também em Roma, práticas que visavam arruinar a parte contrária nos debates foram tidas como lícitas durante muito tempo: os oradores, entre outras coisas, apareciam cobertos em trajes de luto, caíam em prantos, ruidosamente invocavam o bem-estar comum, ou enchiam a corte com testemunhas e clientes de forma a tornar o desempenho mais impressionante, em suma, fazendo muito do que se faz ainda hoje nas atuações dramáticas perante os Tribunais do Júri. Somente quando o estoicismo passou a estar em voga é que houve esforços para liberar a eloquência jurídica da caracterização lúdica que possuía, purificando-a de acordo com as rígidas exigências dos estoicos em relação à verdade e dignidade (HUIZINGA, 1980, p. 87, 88, tradução nossa).

Apesar da correlação que pode ser traçada entre os valores estoicos citados e os princípios que permeiam o ordenamento jurídico penal brasileiro de forma geral, aparentemente as raízes do Tribunal do Júri falam mais alto quando o objeto da discussão é a busca pela verdade, tida então como menos importante do que a vitória, que para ser alcançada, no fim das contas, depende da capacidade dos tribunos de obter o consentimento dos jurados.

3. O PROCESSO DE MANIPULAÇÃO DA ESTRUTURA SOCIAL DO JÚRI

Seguindo a lógica da máxima efetividade para a atuação no Tribunal do Júri, é natural que as partes busquem conhecer o quanto puderem sobre os jurados logo após a convo-

cação destes, tanto para elaborar a lista de recusas peremptórias, quanto para poderem se dirigir de forma intencional a qualquer dos eventuais componentes do conselho de sentença, criando com eles um laço de empatia durante a atuação em plenário (PIMENTEL, 1988, p. 283).

Usada pelas partes também para criar uma configuração mais favorável do órgão colegiado, a recusa imotivada, de acordo com Schritzmeyer (2012, p. 119), tem como fundamento uma “análise psicossociológica fulminante que promotor e defesa fazem dos jurados”, que a autora chamou de “sociologia selvagem”. Estes atores do Júri, fazendo uso das informações obtidas e do comportamento que os jurados apresentam, ponderam durante alguns segundos acerca de variáveis como profissão, gênero, etnia, faixa etária, aparência, e características do caso para poderem decidir se consentem que o jurado em questão atue na função para que foi convocado.

Com isto em vista, deve-se ponderar sobre a permissibilidade e conveniência de estabelecer que acusação e defesa tenham papel tão decisivo e autoritário na composição do conselho de sentença, quando eles são os maiores interessados numa formação que os beneficie o máximo possível no momento em que os julgadores se reunirem para votarem sobre os quesitos do caso em questão.

Deve-se considerar a possibilidade da existência de “ódios, antipatias, ou fundadas ou nascidas somente de prevenções, preconceitos que não se podem explicar ou menos provar” que influenciam ou incomodam os representantes das partes, além de motivos escusos que não devem ser externados por sua natureza ofensiva a interesses sociais como razões para que essa prerrogativa seja concedida (BUENO, 1922, p. 163 *apud* BONFIM, 1993, p. 314). A intensidade da linguagem pode variar entre os defensores deste tipo de recusa, mas de forma geral, afirmam que uma pessoa poderia ser impedida de exercer sua cidadania devido a um palpite – provavelmente preconceituoso – de que sua atuação em julgamento será demasiadamente danosa a alguma das partes do processo.

Também se argumenta que, se exercido de forma apropriada, o direito à recusa imotivada tem o condão de aperfeiçoar a atividade do Júri (BONFIM, 1993, p. 315), mas não há esforço legítimo por parte da comunidade jurídica de permitir alguma modalidade de rejeição imotivada a juízes togados. Em verdade, o que ocorre é o contrário, a julgar pela existência de dispositivos processuais, como os arts. 285 e seguintes do Código de Processo Civil (BRASIL, 2018), com a função de evitar a possibilidade de escolha de um magistrado em detrimento de outro, que são selecionados aleatoriamente por um sistema de distribuição de demandas entre juízos competentes.

Segundo Schritzmeyer, a manipulação da composição do conselho de sentença busca perpetuar um modelo simplório de sociedade no âmbito do Tribunal do Júri, em que grupos sociais comumente vistos como bons jurados (cidadãos de classe média, donas de casa, profissionais liberais, funcionários públicos, etc.) são convocados a utilizarem o senso comum em âmbito judicial para tratar de fenômenos criminais e sociais complexos, frequentemente se valendo de concepções equivocadas como as de que praticamente todos os habitantes mulatos ou negros das favelas são delinquentes, ou que os policiais em grande parte são corruptos, violentos e injustos. Assim, os juízes leigos acabam servindo como massa de manobra dentro de um processo persuasivo que reitera preconceitos, orquestrado por promotores e defensores. Esta forma de sociologia selvagem figura na base da “teatrocracia” do

Júri, de forma mais importante até do que as normas previstas na legislação. Em entrevista à autora, um advogado afirma que os jurados demonstram pena ou medo de réus com os perfis estereotipados mencionados acima, e que enquanto ele busca explorar os aspectos que lhes dão pena, o promotor explora os aspectos que lhes dão medo (SCHRITZMEYER, 2012, p. 168).

Outra forma de manipulação usa a dimensão imagética para apelar aos julgadores, com a qual é possível construir a ideia de que existem vítimas de homicídio que não mereciam ter suas vidas ou seus valores preservados, ou então que o caso em questão estaria tratando de uma vida definitivamente retirada de forma ilegítima. Este procedimento estaria pautado na "produção de imagens, na manipulação de símbolos e na organização desses em um quadro cerimonial", em vez da justificação racional esperada de um ambiente inserido em contexto jurídico (SCHRITZMEYER, 2007, p. 16, 17).

Para a atuação discursiva focada na necessidade de persuasão de determinados sujeitos e amparada na dimensão imagética, também é proveitoso que os alvos estejam completamente imersos no caso em análise, inserindo-os não apenas no julgamento, mas também em todo o resto que o envolve, como relações familiares e sociais, violência e criminalidade, e até mesmo religião. Esta imersão tem o objetivo de gerar grau ilusório de proximidade entre os membros do conselho de sentença e o crime cometido, para que seja possível suscitar certas emoções, como indignação, medo, ou culpa, e confundir a percepção dos julgadores entre o que é real e o que é ilusão, envolvendo-os numa miríade de sensações com o fim de impedir ao máximo o uso da razão e sensatez no alcance de uma decisão (LIMA, 2006, p. 75-77).

Numa corrente similar à de Schritzmeyer, Roberto Lorêa (2003, p. 30) indica que a sessão de julgamento no Júri tem como foco central de disputa não a justiça ou a verdade, e sim a cumplicidade dos jurados. Tal pensamento conflui com o trabalho de Pierre Bourdieu (1989, p. 212) sobre o poder simbólico, em que constata o campo jurídico como âmbito de luta pelo "monopólio do direito de dizer o Direito", em que os agentes têm como fim o reconhecimento de sua interpretação do ordenamento jurídico como a interpretação legítima e justa do mundo. Deste modo, colocam-se implicitamente em patamar hierárquico superior ao dos jurados devido à capacidade técnico-jurídica e o prestígio social que possuem, gerando neles sentimento de cumplicidade, efeito similar ao da falácia lógica do argumento de autoridade.

Mais do que o simples reconhecimento de suas visões particulares sobre o Direito e sociedade, os atores jurídicos também usam a linguagem para construir e reconstruir valores e imagens sociais direcionando os jurados da forma como melhor lhes convém. Assim, a realidade que antes era simples e apenas verossímil passa a ser verdade, referendada por um determinado grupo de pessoas devido à forma hábil com que a proposição foi apresentada por quem atua no plenário. Isto é possível pelo processo de cristalização da visão de mundo muito frequentemente visto nos jurados, que via de regra são cidadãos inconscientes do quanto sua rigidez ideológica prejudica a análise racional de um caso a ser julgado, e que tais convicções são prejudicialmente exploradas a partir de estereótipos, clichês, ou outros aspectos que as referencie, com o intuito de gerar concordância subsuntiva entre as ideias apresentadas pelo orador e o conjunto de credos do auditório a que se dirige. Alcançando a concordância dos jurados desta forma, em vez de exercerem suas convicções, estes passam

a reprisar o raciocínio da defesa ou da acusação no momento da votação na sala secreta (LIMA, 2006, p. 39, 40).

Lênio Streck traz abordagem mais aprofundada da dinâmica do poder simbólico especificamente no âmbito do Tribunal do Júri, afirmando que o discurso predominante na prática jurídica, e em particular no espaço do tribunal popular, é constituído por intrincado conjunto de símbolos, utilizado para conquistar ou manter uma posição superior nas relações de poder. Porém, por este discurso ser fruto do imaginário dos agentes do campo jurídico, faz-se necessário que os ouvintes sejam persuadidos a aceitá-lo, com o objetivo de produzir relações de mera verossimilhança e construção de uma "realidade judicial", que não necessariamente condiz com a realidade social em que se inserem tanto os atores jurídicos quanto os jurados, mas referenciada e reiterada como se condizente fosse (STRECK, 2001, p. 126).

Um dos motivos que ele aponta para a subsistência de tal dinâmica é a necessidade que a dogmática jurídica tem de realizar sua função somente por meio de procedimentos cerimoniais, campo fértil para que os complicados conjuntos ideológicos apresentados sejam acobertados por discursos míticos, levando a sociedade a aceitá-los como necessários para que a justiça seja feita. Por sua natureza maciçamente cerimonial, isto é ainda mais evidente no âmbito do Tribunal do Júri (STRECK, 2001, p. 126, 127).

O consentimento espontâneo dos dominados atua de forma auxiliar em seu processo de dominação, que ocorre mais facilmente quando o controle é exercido disfarçadamente na forma de um serviço prestado pelos dominadores, dando-lhe aparência de regular e fazendo os controlados acharem que possuem o dever de colaborar. Este consentimento requer, porém, que ambas as partes detenham (ou pareçam deter) ideais semelhantes, para que a partir disso nasça o reconhecimento de que o dominador é um representante legítimo, e que o poder que carrega consigo é benéfico e necessário. Pelo processo de manipulação do poder simbólico, os jurados perdem seu status de julgadores, restando-os somente o papel de coadjuvantes na atuação judicial após terem seu consentimento extorquido (GODELIER, 1981, p. 193).

Interessante ressaltar que quanto mais inconsciente for a convivência dos dominados, mais sutilmente o consentimento será extorquido dos alvos da manipulação, aumentando assim a eficácia desta influência baseada na cumplicidade, apontando para um motivo pelo qual este procedimento é tão eficaz para controlar de maneira suave e difícil de detectar (BOURDIEU, 1989, p. 243).

Devido ao atual estágio de desenvolvimento do Direito, calcado na técnica e na ciência com o objetivo de possibilitar tanto quanto possível decisões imparciais e justas, é natural que se recorra à racionalidade e à lógica de modo que os discursos, objetivos, escolhas e decisões sejam submetidos aos limites do que é razoável para a técnica jurídica e razão contemporâneas. O procedimento do Júri, porém, exige comportamentos contraditórios dos acusadores e defensores em relação ao que é estabelecido pela sociedade — que institui cânones específicos como os adequados à resolução de certos tipos de conflito — ao criar uma situação em que os tribunos sejam capazes de passar a impressão de serem detentores de autoridade ao explorarem a dimensão imagética, irracional e simbólica das coisas, dramatizando e personalizando relações de poder e estrutura social para seus fins particulares (BALANDIER, 1982, p. 66, 67; SCHRITZMEYER, 2007, p. 26).

Portanto, percebe-se que o uso da técnica científica e da lei foi relegado a posição subsidiária de prestígio nos casos do tribunal popular. Para que o poder possa ser confundido com as figuras que o exercem, os atores devem ser capazes de gerar a ilusão de domínio completo dos meios pelos quais operam a ponto de parecerem ser detentores do poder, e não simples reprodutores dele, o que no Júri pode se dar ao recorrer à dimensão imagética e linguística, em vez da legitimidade proveniente da lei.

Luiz Figueira (2007, p. 218) possui o entendimento de que, se é a lei que impera no judiciário como um todo, no Júri tal predomínio é da moralidade, tendo o direito positivo claramente como seu subordinado. Tal opinião é compartilhada por Schritzmeyer (2012, p. 198), que afirma que se pode chegar à conclusão de que no Tribunal do Júri, o que está legalmente prescrito tem importância secundária diante tanto da formação de um conselho de sentença com uma composição o mais favorável possível às teses a serem apresentadas, quanto das manobras emocionais utilizadas para criar realidades alternativas, em que se persuade (em vez de convencer) eventuais dissidentes, erigindo uma estrutura social *ad hoc* que está hierarquizada pelas relações de poder entre tribunais e jurados.

Tendo isso em vista, exige-se reflexão quanto aos motivos da escolha político-legislativa da competência do Tribunal do Júri. Se há crimes graves que também lidam com a retirada de vidas humanas, como latrocínio, que passam por procedimento baseado primariamente nos postulados da técnica e da razão, abolindo o comportamento contraditório exposto acima, é de se questionar a justificação pela qual se permite a manutenção dos jogos ilusórios de poder vistos nos debates na sessão plenária do Júri, regidos por um procedimento que, diante das presentes condições de atuação jurídica e judiciária no Brasil, já pode ser etiquetado como anacrônico.

4. ORGANIZAÇÃO DEMOCRÁTICA

Apesar do conceito de democracia ter existido durante tanto tempo, Robert Dahl propõe que tal fato, em vez de ter levado à solidificação do que se entende com o termo, gerou maior discordância sobre seu significado e amplitude, pois “democracia” passou a significar coisas diferentes a depender de para quem, em que época e em que local se fala sobre o assunto. O autor cita o exemplo de James Madison (um dos Pais Fundadores e presidente dos Estados Unidos, tendo vivido durante os séculos XVIII e XIX), que distinguia uma democracia pura de uma república por seu tamanho ou modelo de gestão: a primeira seria uma sociedade com poucos cidadãos que pessoalmente administram o governo, e a segunda seria um governo com sistema de representação (DAHL, 2001, p. 13, 26). Hoje em dia a diferenciação de Madison provavelmente não faria sentido, pois as duas definições são plenamente abarcadas pela amplitude semântica que o termo “democracia” passou a ter.

Na tentativa de definir de forma mais específica e atual em que consistiria uma organização democrática, Dahl (2001, p. 49, 50) começa ao opinar que é necessário que pelo menos cinco critérios sejam satisfeitos para que todos os membros de um grupo sejam tidos como iguais ao conduzirem uma associação: 1) participação efetiva, a possibilidade igualitária de todos os membros terem a chance de fazer com que os outros conheçam suas ideias; 2)

igualdade de voto, pela qual todos os votos dos membros possuem o mesmo valor na hora de tomar uma decisão; 3) entendimento esclarecido, o direito dos membros de, em um intervalo razoável de tempo, poderem se instruir acerca das diferentes possibilidades e consequências da decisão em questão; 4) controle do programa de planejamento, a prerrogativa de todos os associados poderem decidir quais matérias serão julgadas e como isto ocorrerá; 5) inclusão dos adultos, a permissão de que todos os adultos participem do processo, ou, diante da existência de circunstâncias incapacitantes, pelo menos uma maioria considerável deles.

Ao cotejar as características do conselho de sentença do Júri (também uma associação que se propõe a tomar decisões coletivas) com os critérios que Dahl teorizou como necessários para a igualdade entre participantes ao conduzirem uma organização democrática, o único aspecto plenamente compatível é a igualdade de voto, pois para fins da contagem do resultado da votação dos quesitos realmente há equivalência do valor aritmético das manifestações individuais de seus membros.

A inclusão dos adultos é apenas parcialmente compatível, já que o critério da notória idoneidade, previsto no art. 436 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2017), que guia a formação da lista anual de sorteio de jurados dá margem a arbitrariedades durante o processo de elegibilidade dos possíveis membros, impedindo de forma desarrazoada que uma considerável parcela de pessoas exerça o direito de fazer parte da administração estatal.

Não há participação efetiva no Júri brasileiro, pois os jurados não têm a chance de discutirem suas ideias sobre o caso por não poderem estabelecer comunicação entre si. A possibilidade de entendimento esclarecido está severamente reduzida pelo fato de os juízes leigos não terem acesso adequado aos autos do processo, e as hipóteses legais que tratam do esclarecimento de dúvidas dos jurados parecem ter eficácia duvidosa, pois além de interromperem o andamento do julgamento, alongando-o (algo contra a vontade dos próprios participantes, que por vezes exercem a função durante dias seguidos), é possível se deparar com jurados receosos de parecerem ignorantes num ambiente em que se sentem pressionados a passar a imagem de que compreendem tudo que for necessário.

Por fim, o controle do programa de planejamento não se aplica ao tribunal popular, pois existe unicamente para julgar crimes dolosos contra a vida, e os quesitos formulados acerca do processo, que são especificidades de análise obrigatória em cada caso, são legalmente estabelecidos pelo art. 483 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2017). Contudo, é importante notar que a ausência de aplicabilidade desse critério é natural em um contexto judicial, e por isso não aparenta causar prejuízo.

Quando opina acerca de que instituições políticas são necessárias para que um país seja tido como democrático, Dahl (2001, p. 97-99) admite não estar preocupado com as instituições necessárias para que unidades muito menores do que um país (como uma comissão ou o conselho de sentença do Tribunal do Júri) precisariam ter para que pudessem ser consideradas como democráticas. Porém, estabelece que, ainda assim, alguns dos critérios apresentados como essenciais para democracias em larga escala (funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações; cidadania inclusiva) o são mesmo para aferir a democraticidade de uma associação consideravelmente menor.

Contrastando tais requisitos com as características do Júri brasileiro, averigua-se que acomoda plenamente a existência de funcionários eleitos, pois jurados, juízes, advogados e promotores têm respaldo constitucional para participarem do Tribunal do Júri tomando decisões pertinentes ao procedimento; e acomoda razoavelmente a cidadania inclusiva, visto que em tese qualquer adulto pode ser jurado, desde que apresente os requisitos estabelecidos pela lei no art. 436 e seguintes do Código de Processo Penal (BRASIL, 2017), que à exceção da notória idoneidade parecem ser razoáveis diante do que se espera de um representante popular.

Acomoda parcialmente eleições livres, justas e frequentes, critério comprometido devido à possibilidade de recusa imotivada dos jurados, mas compatível com a forma de escolha de juiz presidente, promotor, defensor público (que são empossados por concursos públicos de provas e títulos), advogado e assistente de acusação (autorizados a atuarem no processo por meio da escolha constitucionalmente legitimada de profissionais do ramo jurídico).

Não acomoda liberdade de expressão, pois o Código de Processo Penal (BRASIL, 2017) determina que, após o sorteio, e até que o juiz presidente os libere de seu compromisso, os jurados não podem se comunicar com qualquer pessoa acerca do julgamento (art. 466, §1º) senão o próprio juiz que preside a sessão (art. 473 e segs.); nem fontes de informação diversificada, já que para buscarem mais informações, jurados somente podem se dirigir ao juiz de forma bastante limitada (art. 480).

Finalmente, o critério de autonomia para as associações não se aplica ao contexto judicial do Júri, visto que trata do direito dos cidadãos de se organizarem em associações com algum grau de independência, como um partido político (DAHL, 2001, p. 100), cenário estranho à lógica de formação do conselho de sentença.

Mesmo admitindo que a democracia em unidades pequenas exija menos critérios do que a democracia em um país (DAHL, 2001, p. 105), problemas na participação efetiva e no entendimento esclarecido dos membros do júri, mais especificamente a ausência de liberdade de expressão (aspecto, a propósito, crucial para um Estado democrático de direito) e ausência de fontes diversificadas de informação, certamente impedem que o Tribunal do Júri seja tido como uma instituição plenamente democrática de acordo com o modelo que se toma aqui como base.

5. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS ATENTATÓRIOS À DEMOCRACIA

Apesar de o Tribunal do Júri ser considerado como um dos grandes institutos representantes da cultura democrática, não se pode dizer a mesma coisa da forma tomada por seu trâmite no ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo depois de 20 anos desde a promulgação de uma constituição acentadamente preocupada com a manutenção do momento democrático que o país custou a conseguir, a reforma realizada no sistema normativo desse procedimento especial em 2008 continuou a permitir a existência de particularidades anta-

gônicas ao que se considera como modernamente necessário para a sustentação da democracia de uma organização.

5.1 SELEÇÃO DOS JURADOS: REPRESENTATIVIDADE SOCIAL E RECUSA IMOTIVADA

Estando o processo democrático intimamente ligado à ampla e igualitária participação dos membros de uma associação em sua gestão, é desejável que todos os interessados capazes sejam elegíveis para tratar dos assuntos do grupo. Para isto, nenhum tipo de discriminação com base em características pessoais do associado deve ser fator determinante de sua possibilidade de participação, entendimento adotado com o objetivo de que a defesa dos direitos e interesses de grupos minoritários não reste prejudicada. Entretanto, não é o que se observa no tribunal popular pátrio.

Streck (2001, p. 100, 101) opõe-se ao método de escolha dos jurados que serão sorteados para a formação do conselho de sentença², tendo como principal problema o fato da notória idoneidade do cidadão ser um dos critérios de escolha, pois trata-se de conceito subjetivo que permite que concepções pessoais dos responsáveis pela formação da lista anual de jurados, elencados no §2º do art. 425 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2017), definam arbitrariamente a extensão do que seria aceitável para fins de participação popular. As consequências disso envolvem tanto imposição indevida de um padrão específico de normalidade à sociedade (os cidadãos alistados passam a ser representantes estatalmente aprovados da notória idoneidade exigida da sociedade) estabelecida por meros auxiliares ao Poder Judiciário, quanto exercício de equivocada influência no resultado da conclusão do processo, pois as crenças valorativas e axiológicas dos selecionadores alteram a definição de quem é tido como compatível para a atividade do juiz leigo, o que por sua vez afeta as possibilidades de composição do conselho de sentença de forma diversa do que se esperaria de um Estado democrático e plural.

O método de seleção dos julgadores de um processo influencia o resultado deste, pois naturalmente pessoas diferentes terão concepções diferentes acerca dos mais variados temas e possivelmente interpretações diferentes sobre o mesmo fato. Conforme Alessandro Baratta (2011, p. 177, 178), torna-se perceptível a influência que a diferenciação social entre juízes e réus traz à análise processual, informando que os julgadores inconscientemente tendem a ter concepções diversificadas acerca do comportamento criminoso do acusado de acordo com a classe social deste. As ações das pessoas de camadas superiores são rotineiramente valoradas de forma mais positiva do que as de pessoas de camadas inferiores, pois estas, de acordo com um senso comum equivocado, seriam naturalmente mais propensas a transgressões, enquanto aquelas tomariam atitudes mais adequadas às leis de forma geral.

Para Streck (2001, p. 130), isto não ocorre unicamente quando o julgador é dos estratos sociais superiores, pois a introjeção de valores, hábitos e comportamentos produzidos pela

2 Embora à época de sua obra o procedimento fosse ligeiramente diferente em relação ao atual, as críticas tecidas continuam pertinentes, pois a principal mudança no processo de seleção se refere a quem primariamente irá conduzir a indicação de cidadãos à lista do Tribunal do Júri, e não aos critérios com os quais serão escolhidos, que é o cerne da discordância do jurista.

ideologia dominante faria com que mesmo os cidadãos de camadas sociais inferiores pasassem a proteger os valores dos que têm como seus superiores.

Todavia, a diferenciação social não está limitada somente a uma questão socioeconômica, como informa Jodelet (2001, p. 60, 61), ao expor que esta categorização naturalmente tende a agrupar pessoas com características parecidas, pois nossas possibilidades de percepção de mundo estão estruturadas de forma a colocar em evidência a afinidade entre objetos similares e divergência entre objetos diferentes. Este processo pode gerar compreensões indesejadas para o intérprete quando necessita encarar situações a partir de um estado neutro de razão (como a análise de fatos relacionados a possível conduta criminosa em um contexto judicial), pois pode desarrazoadamente criar visões favoráveis aos grupos com quem se identifica e preconceitos desfavoráveis aos grupos com quem majoritariamente não compartilha características.

Segundo o relatado, o ser humano tende a valorar a sociedade com base em vieses particulares, o que também ocorre no caso do alistamento do Tribunal do Júri no Brasil. Os responsáveis por selecionar os cidadãos gravitam em torno de perfis que espelham o que é adequado de acordo com suas visões pessoais de normalidade e idoneidade, refletindo visão particularista e negativamente preconceituosa da sociedade. Logo, fica claro o quanto o critério da notória idoneidade fere a legitimidade democrática das decisões do conselho de sentença, pois atribuir a organizações civis a escolha dos jurados segrega arbitrariamente a opinião legítima de parcelas sociais desprovidas de representatividade.

Esta noção se opõe ao ideal de democracia que se almeja alcançar com a manutenção de colegiados populares, pois embora permita que o povo participe da administração da justiça, sua participação está limitada por obstáculos aos direitos dos mais fracos, justamente quando garanti-los é necessário para aprimorar o grau de expressividade popular. Apesar da natureza democrática atribuída ao Júri, seu procedimento admite a ação de concepções discriminatórias e marginalizantes, que operam desde a listagem dos indivíduos elegíveis à função, até o momento em que os jurados devem chegar a uma resolução.

Trazendo exemplo do direito comparado, a partir do final dos anos 60, com o *Jury Selection and Service Act of 1968* (ou "*Jury Act*", compilado no *U.S. Code* título 28, §1861³ e seguintes), os Estados Unidos da América aboliram a escolha de jurados feita entre "homens de reconhecida inteligência e probidade", e passaram a fazê-la de modo a garantir, como direito dos que litigariam perante o júri, que os jurados fossem eleitos de forma aleatória, designados com base em parcela representativa da comunidade em que a corte estivesse. (ABRAMSON, 2000, p. 99, 100, tradução nossa).

As normas dos Estados Unidos também determinam que todos os cidadãos devem poder ser considerados para este exercício de cidadania, assim como a obrigação de que todos devem servir como jurados quando convocados para tanto. Para reforçar a necessidade de abrangência social na escolha dos jurados, a §1862 informa que nenhum cidadão deverá ser excluído do serviço de jurado devido a sua raça, cor, religião, sexo, origem nacional ou status econômico. As subseções "a" e "b" da §1863, entre outras coisas, determinam que cada corte distrital deverá criar plano escrito para a seleção aleatória de jurados, que deve

3 O *United States Code* (comumente abreviado para *U.S. Code*, ou *U.S.C.*) é uma consolidação de normas federais dos Estados Unidos da América. O símbolo § (*signum sectionis*), utilizado no Brasil para referenciar um parágrafo, é utilizado nos Estados Unidos para indicar uma seção.

ser construído para alcançar os objetivos das §§1861 e 1862, e que o plano também deverá especificar se os jurados serão selecionados entre listas de registro eleitoral ou de reais votantes do distrito, além de prescrever fontes suplementares de alistamento caso necessário (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1968, tradução nossa)⁴.

Para citar ainda outro exemplo, a seção 1 do *Juries Act* britânico dispõe de normas acerca da elegibilidade geral para o serviço de jurado na Inglaterra e País de Gales, desde que certos requisitos objetivos sejam cumpridos, como ser maior de 18 e menor de 70 anos. Já a seção 3 estabelece que a base da seleção de jurados seja feita pelo registro de eleitores, que deverá ser enviado assim que possível para a autoridade responsável pela convocação de jurados (REINO UNIDO, 1974, tradução nossa).

Embora os sistemas norte-americano e britânico para a escolha dos jurados sejam criticáveis por variados motivos, definitivamente deram passos mais além em busca de um sistema mais democrático. O fato de tais reformas terem tomado lugar por volta de 40 anos antes da última reestruturação do Júri ocorrida no Brasil gera a sensação de que não houve vontade suficiente na transformação de nosso procedimento em algo que privilegiasse a soberania popular de maneira mais clara.

A forma de escolha dos juízes leigos no Brasil faz parecer com que somente estejam elegíveis para este serviço quem for tido como “normal”, conceito cuja amplitude é definida por uma parcela pouco representativa da população. Paulo Rangel (2005, p. 101) chega a afirmar que este método é inconstitucional por ferir o objetivo fundamental da República de promover o bem de todos sem quaisquer preconceitos referentes a características pessoais, presente no art. 3º, IV da Constituição Federal (BRASIL, 2017). Em visão contrastante, países ditos como de notável desenvolvimento social adotam uma ideia de democracia pautada nas mais amplas igualdade e inclusão que se pode oferecer.

Também se argumenta que a prerrogativa da acusação e defesa de recusarem jurados imotivadamente viola preceitos democráticos, pois além de descumprir o dispositivo constitucional citado acima, é exercício de “poder invisível”, fenômeno considerado por Norberto Bobbio (1997, p. 83-86) como inadequado à democracia, pois nela nada relevante ao público geral deveria ser operado de maneira misteriosa. Sendo o poder invisível aquele exercido em segredo, sem o conhecimento do povo, só seria escusável nas situações em que a publicidade imediata colocasse em risco a eficácia da ação, que deve ser revelada assim que o risco desaparecer. Já que o jurado também pode ser recusado motivadamente, conforme arts. 448 e 449 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2017), não se deveria permitir sigilo ao motivo das recusas.

Para Rangel (2005, p. 235), é comum que o perfil do jurado — como integrar as Forças Armadas, professar fé religiosa que o impeça de condenar outra pessoa, ou ser do sexo feminino em crimes que envolvam mulheres —, seu modo de se vestir e até mesmo sua aparência sejam fatores relevantes a se considerar pelos tribunais nas escolhas para o conselho de sentença. Porém, em tese nada têm a ver com as características que um julgador deve possuir para adequadamente analisar fatos jurídicos e tomar decisões razoáveis com base nisso.

4 A fonte suplementar geralmente é uma lista de registro veicular, como no *Local Civil Rules 47.1 “e”* do estado do Oklahoma (2016, tradução nossa) e no *Jury Selection Plan*, seção “B”, do Distrito de Columbia (2012, tradução nossa).

5.2 INCOMUNICABILIDADE EM PLENÁRIO

Para a democracia não basta que só alguns representantes eleitos possam produzir discursos e argumentos, o que no Júri é permitido apenas aos membros da acusação e defesa, pois é necessário que todos os interessados estejam adequadamente contemplados por esta prerrogativa, mas os jurados estão excluídos. O Estado democrático de direito não deve ficar restrito a ditames legais de democraticidade duvidosa, e sim permitir a discussão da mais vasta gama possível de ideias referentes a temas e fatos debatidos pela sociedade, pois conceder esse direito apenas a agentes políticos (ou a tribunais) poderia implicar aceitação tácita da tese de que os argumentos de outras pessoas não devem nem ao menos ser considerados (MENDES; OYARZABAL, 2009, p. 199).

Em "O futuro da democracia", Norberto Bobbio afirma que seus argumentos apenas poderiam ser válidos num contexto que apresente ao menos o que batizou de "definição mínima de democracia", esta formada por um grupo de regras procedimentais destinadas à tomada coletiva de decisões, que necessariamente deve permitir a participação de todos os interessados de forma tão extensiva quanto possível. Porém, em continuação ao raciocínio, indica que a mera participação de grande número de indivíduos e a precisão de regras para a tomada de decisões não são suficientes, mesmo tratando de uma definição mínima. A estas características deve estar somada a possibilidade real de escolha entre as opções postas à mesa pelo regime democrático, garantindo aos decisores o poder de proferir suas próprias convicções num ambiente de liberdade de expressão individual ou coletiva (BOBBIO, 1997, p. 12, 20).

Contudo, é de amplo conhecimento que o Tribunal do Júri brasileiro nega aos jurados expressão livre durante o procedimento, medida estabelecida pela própria legislação na forma do art. 466, §1º do Código de Processo Penal (BRASIL, 2017), que determina que após o sorteio, os membros do conselho de sentença estarão proibidos de estabelecerem comunicação entre si ou com outras pessoas, impedimento que se estende a qualquer forma de manifestação de opinião acerca do processo até o fim da sessão de julgamento, cuja punição é a exclusão do conselho de sentença e pagamento de multa.

Para Jürgen Habermas (1997, p. 21), o principal aspecto do processo democrático, a política deliberativa, depende do estabelecimento de canais eficientes de comunicação e da contraposição do discurso constitucionalizado com a opinião pública, que surge de modo informal. Diante desta necessidade comunicativa, restringir a possibilidade de diálogo entre quem precisa decidir sobre a vida de outrem não parece condizer nem com democracia, nem com um processo racional de decisão em grupo.

A incomunicabilidade entre os mandatários do povo é proveniente de raiz autoritária, pois o Código de Processo Penal no Brasil foi inspirado na reforma de sua contraparte italiana idealizada por Alfredo Rocco, ministro da justiça do regime de Mussolini, que tinha a censura e o silêncio sempre presentes no pano de fundo do exercício do poder, em desrespeito a direitos e garantias fundamentais (CARVALHO, A.; CARVALHO, S., 2005, p. 84 *apud* MENDES; OYARZABAL, 2009, p. 196).

A imposição de silêncio aos jurados afronta o Estado democrático de direito, espolhando não as doutrinas modernas garantistas, mas sim uma realidade pretérita dos tempos

de repressão. Como curiosidade, ratificando a premissa de que a incomunicabilidade entre os jurados é fruto de um período influenciado por ideais totalitários, é possível conferir que no art. 270 do Código de Processo Criminal do período imperial (BRASIL, 1832) se permite conferência entre os membros do "jury de sentença" para chegar à resposta dos quesitos do caso. Concebida em 1941, a impossibilidade de comunicação entre os jurados não foi retirada do Júri nem com a reforma de 2008, perpetuando desacato à ideologia democrática, que largamente depende da possibilidade de comunicação e participação de todos da forma mais ampla possível para que haja a legitimação de um governo popular.

Um dos argumentos a favor de tribunais populares é o de que uma decisão tomada por uma pluralidade de julgadores é mais difícil de conter erros, mas isto decorre da discussão de opiniões entre os presentes, já que a comunicação permite uma melhor identificação dos pontos positivos e negativos das ideias em debate. No entanto, isto não se aplica ao Júri brasileiro, cujo órgão colegiado profere sete sentenças individuais, em que prevalece a mais repetida em vez de uma sentença votada em acordo pela maioria. Habermas (2003, p. 162) afirma que um processo deliberativo somente tem a capacidade de se autocorrigir por meio da discursividade, característica pela qual passa a produzir resultados racionalmente aceitáveis. Num procedimento em que há reduzida possibilidade recursal quanto ao mérito das decisões, estas precisam passar por um processo que lhes dê a maior possibilidade de estarem certas, requerendo para tanto a plena comunicação entre os julgadores.

5.3 ESTÍMULO AO SOLIPSISMO JUDICIAL

Para Figueira (2007, p. 219, 220), os jurados são alvos de dominação ideológica realizada para que suas decisões sejam influenciadas ao máximo pelo que é passado pelos tribunais, a fim de que os julgadores se tornem meros reprodutores das interpretações dos representantes das partes no processo, efeito piorado em decorrência da incomunicabilidade imposta pela lei. Apesar disso, há a possibilidade de que ignorem inteiramente a existência de fatos ou provas apresentadas durante as sustentações em plenário, assim como a exigência de levá-las em consideração para a tomada de decisão jurídica, momento em que decidirão primariamente segundo sua própria consciência, como determina o juramento do art. 472 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2017) prestado pelos cidadãos no momento de formação do conselho de sentença.

Entretanto, adverte Streck (2013, p. 25-27) que o Direito não é e nem pode ser fruto de uma perspectiva particular de seus intérpretes, pois o contrário levaria à relegação da importância da tradição, coerência e integridade do Direito, estabelecendo assim a possibilidade de um "grau zero de sentido" na interpretação jurídica, em que nada do que foi construído anteriormente à decisão em tela teria a capacidade de influenciá-la, gerando discricionariedade judicial indesejável.

É necessário notar que a crítica que se tece à discricionariedade no âmbito jurídico não deve ser vista como uma tentativa de se proibir o processo interpretativo natural do Direito, e sim como uma forma de evitar a ideia de que a norma jurídica produzida pela decisão judicial é consequência da mera opinião do julgador. A decisão do julgador não pode depender das parcialidades às quais se filia, pois atividade desta natureza é característica do Poder Legislativo, não do Poder Judiciário, e a permissão para que este fenômeno ocorra indica

convivência com uma forma de violação à separação dos Poderes — uma das decorrências do Estado democrático de direito —, ao autorizar que juízes atuem efetivamente como legisladores (STRECK, 2013, p. 95).

A crítica às “decisões conforme a consciência do julgador”, portanto, tomam como base a noção de que a decisão jurídica não deve resultar apenas de uma opção do juiz entre as alternativas possíveis para que o conflito seja resolvido, pois necessariamente o decisor precisa desenvolver seu veredicto de forma a levar em conta os preceitos da ordem jurídica da qual participa, resultantes de uma complexa teia de subjetividades, e não de um único intérprete (STRECK, 2013, p. 108, 117).

Apesar do solipsismo judicial não ser marca exclusiva do Tribunal do Júri, sendo também um fenômeno recorrente em decisões proferidas por juízes togados, o fato de ser um comportamento legalmente estimulado ao conselho de sentença cria a necessidade de que, ao menos em relação a este órgão colegiado, seja combatido de forma mais veemente, pois não deve o Estado fomentar um conjunto de atitudes que contraria sua própria estrutura jurídica, muito menos os instituir em suas próprias leis.

5.4 DESRESPEITO AO *IN DUBIO PRO REO*

Conforme Aury Lopes Jr. (2014), a prevalência do interesse do réu na existência de dúvida sobre sua condenação é critério pragmático para resolver incertezas judiciais, reforçando a exigência de que o acusado deve ser absolvido quando sobre sua culpa não recaia certeza. É corolário da presunção de inocência, garantia estabelecida pelo art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 2017), que determina que a culpa do acusado só seja decretada a partir do momento em que sentença penal condenatória em seu desfavor transite em julgado. A decorrência surge com a ideia de que se alguém não pode ser considerado como culpado antes do término de seu processo, deverá ser presumido como inocente até que o último provimento judicial decida em contrário, o que requer a comprovação da culpa do denunciado para além de qualquer incerteza.

Em pensamento semelhante, Gustavo Badaró (2003, p. 285) afirma que a presunção de inocência pode ser observada por uma ótica técnico-jurídica, em que funciona como um mandamento procedimental a ser invocado em favor do acusado em qualquer ocasião que houver dubiedade acerca de um fato pertinente à condenação. Portanto, em face da existência de um Estado democrático de direito que considera um acusado como inocente até que se prove integralmente sua culpa, há a necessidade de que a certeza sobre o decreto condenatório seja plenamente estabelecida durante o procedimento judicial, sem margem para qualquer grau de dúvida.

Por possuir importância central dentro do sistema processual penal brasileiro, sua preservação no procedimento de um órgão tido como representante da soberania popular deve ser encarada como um objetivo de grande importância. Porém, o art. 489 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2017) informa que as decisões do conselho de sentença serão tomadas por meio de maioria simples, configurando violação ao benefício da dúvida em favor do réu nos casos em que forem proferidas de forma não unânime para condenar, uma vez que tal hipótese não respeita a necessidade de certeza do julgador quanto à punição decretada.

Por sua vez, Marcelo Barazal (2012, p. 582) aduz que, por exemplo, numa condenação por quatro votos a favor e três contra, o réu seria condenado porque foi considerado ligeiramente mais culpado do que inocente, estando clara a violação à presunção de inocência. Importante notar que nessa hipótese quatro entre sete votos representam pouco mais do que 57% do total, somente um pouco acima da metade da representatividade numérica do órgão julgador. O autor defende que quando a decisão dos jurados não refletir a certeza que se espera da decisão em um processo criminal, o acusado deveria ser liberado, pois seria somente “quase culpado”, vítima de um Estado que nem ao menos foi capaz de produzir provas suficientemente convincentes a ponto de demonstrar sem dúvidas sua culpa a todos os membros do conselho de sentença.

Independentemente do aspecto procedimental tido com objeto da violação, tanto o *in dubio pro reo* quanto a presunção de inocência são partes necessárias a um processo justo e democrático, e a violação a esses preceitos caracteriza grave lesão ao sistema processual penal e à Constituição Federal.

6. CONCLUSÃO

Considerando sua importância histórica e o fato de ser um órgão por meio do qual o povo pode participar diretamente da administração judiciária, a maior parte da população e dos juristas do Brasil parece afirmar que o Tribunal do Júri é um grande representante da democracia. Contudo, a alegação é falaciosa quando atribuída ao órgão deste país, pois leva a crer que está estruturado de modo a corresponder a teorias democráticas modernas, ou que no mínimo respeitaria a Constituição Federal originada no período mais recente de democracia brasileira, o que se mostrou não ser verdade.

Por esses e outros motivos o Júri pode ser comparado facilmente a formas arcaicas de provimento judicial, inadequadas ao estágio atual de desenvolvimento do Direito ou da democracia. Seus aspectos de natureza lúdica e agonística são originários de período anterior ao advento dos Estados democráticos de direito, e por isso, buscar a verdade na sessão plenária ou ter como fim uma decisão justa sob os olhos do Direito são metas secundárias em face da vitória, que é obtida normalmente por intermédio da sutilmente extorquida legitimação ou não dos jurados quanto a um ato criminoso.

Com base em estudo sobre a democracia, conclui-se de que o Tribunal do Júri brasileiro não apresenta estrutura condizente para proporcionar o que se considera atualmente como um apropriado processo igualitário de tomada de decisão coletiva entre membros de uma associação, visto que não apresenta (ou só o faz parcialmente) diversas características tidas como necessárias para que se considere uma instituição como adequada ao caráter democrático moderno.

As afrontas à democracia estão igualmente presentes no próprio procedimento do Júri, pois permite que os cidadãos elegíveis sejam selecionados para um dever de cidadania por meio do arbitrário critério da notória idoneidade; impede comunicação efetiva entre os jurados após serem selecionados, desconsiderando que a democracia é um método de gestão baseado no estabelecimento de relações dialógicas entre os participantes; introduz em seu

próprio sistema normativo a prerrogativa dos julgadores utilizarem suas próprias concepções sobre o que o Direito deve ser, podendo ir contra o que foi construído historicamente na esfera jurídica sem ao menos suscitar os motivos para tanto; e autoriza, por exemplo, que de forma corriqueira em sua atuação sejam violadas garantias fundamentais como a regra do *in dubio pro reo*, que decorre da presunção de inocência, uma norma de natureza constitucional.

Espera-se que este trabalho tenha mostrado claramente esses problemas, pois haverá melhores possibilidades para resolvê-los em âmbito legislativo após a constatação precisa de que a forma atual do Tribunal do Júri no Brasil afronta noções modernas de democracia, além de violar a própria Constituição Federal que o institui.

REFERÊNCIAS

- ABRAMSON, Jeffrey. *We, the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003
- BALANDIER, Georges. *O poder em Cena*. Tradução por Luiz Tupy Caldas de Mouras. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BARAZAL, Marcelo Garcia. Questões polêmicas no tribunal do júri. In: TAYAH, José Marco; ROMANO, Leticia Danielle; ARAGÃO, Paulo (Org.). *Reflexiones sobre derecho latinoamericano*. v. 7. Buenos Aires: Quorum, 2012. p. 577-588.
- BONFIM, Edílson Mougnot. O selecionamento dos jurados, a questão da "notória idoneidade" e a boa formação do conselho de sentença no tribunal do júri. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais n. 693, p. 309-316, jul. 1993.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução por Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BRASIL. *Código de processo criminal*. Lei do império. Rio de Janeiro, 29 nov. 1832. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em: 13 jul. 2019.
- _____. *Código de processo civil e Constituição Federal*. 47. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. *Código penal, código de processo penal, Constituição Federal*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução por Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- CHEMNITZ, Mia. *Greenland's music history, part 1*. Groenlândia, 2017. Disponível em: <https://visitgreenland.com/articles/greenlands-music-history-part-1/>. Acesso em: 13 jul. 2019.
- DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Tradução por Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DISTRITO DE COLUMBIA. *Jury selection plan*. out. 2012. Disponível em: <https://www.dcd.uscourts.gov/sites/dcd/files/JurySelectionPlan2016.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Jury Selection and Service Act of 1968. *U.S. Code*, Título 28, Parte V, Capítulo 121. Washington, 27 mar. 1968. Disponível em <http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/part5/chapter121&edition=prelim>. Acesso em 13 jul. 2019.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. *O ritual judiciário do tribunal do júri: o caso do ônibus 174*. Rio de Janeiro: UFF, 2007. Disponível em: <http://ppgantropologia.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/16/2016/07/LUIZ-EDUARDO-DE-VASCONCELLOS-FIGUEIRA.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019.

GODELIER, Maurice. A parte ideal do real. In: Carvalho, Edgar de Assis (Org.) *Godelier*. São Paulo: Ática, 1981.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Tradução por Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Tradução por Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HUIZINGA, Johan. *Homo ludens*. Londres: Redwood Burn Ltd. Trowbridge & Esher, 1980.

JODELET, Denise. Os Processos Psicossociais da Exclusão. In: SAWAIA, Bader (Org.). *As artimanhas da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LIMA, Helcira Maria Rodrigues de. *Na tessitura do Processo Penal: a argumentação no Tribunal do Júri*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LORÊA, Roberto Arriada. *Os jurados "leigos": uma antropologia do tribunal do júri*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2003. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/3730>. Acesso em: 13 jul. 2019.

MENDES, Sílvia de Freitas; OYARZABAL, Tatiana Sovek. A incomunicabilidade entre os jurados no Tribunal do Júri e a democracia como processo de comunicação. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v.1, n.1, p. 193-202, jul-dez. 2009.

OKLAHOMA. *Local civil rules*. 17 ago. 2016. Disponível em: https://www.oknd.uscourts.gov/docs/27ac6e56-0243-40c5-8385-71647442fb8b/Local_Civil_Rules.pdf. Acesso em: 13 jul. 2019.

PIMENTEL, Manoel Pedro. A oratória perante o Júri. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 628, pp. 281-290, fev. 1988.

RANGEL, Paulo. *A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do conselho de sentença no júri brasileiro*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2005. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2619/paulorangel.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019.

REINO UNIDO. *Juries Act 1974*. Londres, 9 jul. 1974. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/23>. Acesso em: 13 jul. 2019.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Jogo, ritual e teatro: um estudo antropológico do Tribunal do Júri*. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. Tribunal do júri: Dramatizações da Vida através de Complexos Jogos Narrativos. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). *A criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 7-34.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Recebido/Received: 29.07.2019.

Aprovado/Approved: 25.09.2020.

SEGURO GARANTIA JUDICIAL E PROTEÇÃO EFETIVA DO CRÉDITO TRABALHISTA: PROPOSTA DE MODELO SECURITÁRIO DINÂMICO E FLEXÍVEL

JUDICIAL INSURANCE GUARANTEE AND
EFFECTIVE PROTECTION OF LABOR CREDIT:
PROPOSAL OF DYNAMIC AND FLEXIBLE INSURANCE MODEL

ANDRÉ LUIZ SIENKIEVICZ MACHADO¹

EDUARDO ROCHA DIAS²

RESUMO

Desenvolvido no campo da prestação de garantias securitárias no processo do trabalho, o artigo partiu do reconhecimento de que o atual quadro regulatório, rígido e precário, não propicia a equilibrada composição de interesses legítimos de credor e devedor. Diante desse problema, assumiu-se o objetivo primordial de propor a construção de modelo apto a conferir proteção efetiva e eficiente a créditos decorrentes de relação trabalho. Para isso, como método, iniciou-se com a análise estrutural e funcional do seguro garantia judicial em perspectiva processual e contratual (exame do sistema de direito positivo vigente); em seguida, examinou-se a correlação entre os tempos do processo e a efetividade do direito de crédito, realizada nos campos da estatística e da jurisprudência (análise de dados e casos); na sequência, formularam-se bases para o aprimoramento do modelo atual. Como resultado, identificou-se que, no modelo proposto, mais afinado com a boa técnica securitária, a rigidez deve ceder lugar para o dinamismo e a flexibilidade, para permitir ao bom pagador o acesso a condições diferenciadas e favorecidas na prestação de garantias securitárias, sem desproteger o credor. Esse modelo pode, na perspectiva processual, contribuir para a composição

1 Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Christus. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Núcleo de Estudos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de Fortaleza. Procurador do Estado (Procuradoria-Geral do Estado do Ceará). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-8053-9510>. E-mail: andreluizufpr@hotmail.com.

2 Graduação pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (1992), mestrado em Direito - Ordem Jurídica e Constitucional - pela Universidade Federal do Ceará (1997) e Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (2007). Atualmente é Procurador Federal - categoria especial - da Advocacia-Geral da União e Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Previdenciário e da Seguridade Social, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, previdência social, previdência do servidor público, administração pública e restrições a direitos, previdência privada e direito à saúde, sob as vertentes pública e privada. Integra o Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social - NEDTS, na Universidade de Fortaleza, e também o Grupo Internacional de Pesquisa Desenvolvimento Humano e Segurança Social na América Latina. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-0972-354X>. E-mail: eduardo-rochadias@unifor.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

MACHADO, André Luiz Sienkiewicz; DIAS, Eduardo Rocha. *Seguro garantia judicial e proteção efetiva do crédito trabalhista: proposta de modelo securitário dinâmico e flexível*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 323-347, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8058>.

equilibrada e eficiente de interesses de credor e devedor e, na dimensão contratual, servir de estímulo para o desenvolvimento do mercado desse ramo securitário.

PALAVRAS-CHAVE: Garantia do juízo. Garantia securitária. Depósito recursal. Garantia executiva. Seguro flexível.

ABSTRACT

Developed in the field of security guarantees in labor trials, the article started from the recognition that the current regulatory framework, rigid and precarious, does not provide a balanced composition of legitimate interests of creditor and debtor. In view of this problem, was assumed as a primary objective the construction proposal of a model capable of providing effective and efficient protection to credits from employment relationships. For that, as a method, it started with the structural and functional analysis of judicial guarantee insurance from a procedural and contractual perspective (positive law system analysis); then, was examined the correlation between the times of the process and the effectiveness of the right of credit, performed in statistics and jurisprudence fields (data and cases analysis); subsequently, were formulated basis for the current model improvement. As a result, it was identified that, in the proposed model, more in tune with good insurance technique, rigidity must give way to dynamism and flexibility, to allow the good payer access to differentiated and favored conditions in the provision of insurance guarantees, without unprotecting the creditor. From a procedural perspective, this model can contribute to the balanced and efficient composition of creditor and debtor interests and in the contractual dimension serve as a stimulus for the development of the market in this insurance field.

KEYWORDS: Judicial guarantee. Insurance guarantee. Appeal deposit. Executive warranty. Flexible insurance.

1. INTRODUÇÃO

O processo jurisdicional, por definição, envolve a composição de interesses em conflito. No exercício dessa atividade substitutiva, exige-se prudência e equilibrada distribuição de deveres e encargos, ainda que, nos domínios do processo do trabalho, desponte a necessidade de dispensar certa proteção especial e diferenciada aos direitos do trabalhador, ator social e processual que, no comum dos casos, apresenta condição vulnerável diante da parte adversa.

Dessa particular característica, decorre a imposição de cercar os créditos decorrentes de relação de trabalho, revestidos de natureza alimentar, com garantias reforçadas, para, com isso, propiciar satisfação efetiva. No cumprimento desse propósito, porém, deve-se buscar o adequado balanceamento com os – também – legítimos interesses do devedor. Nesse sentido, a efetividade do direito de crédito do trabalhador, como guia de orientação da atividade jurisdicional, deve colocar-se em sintonia com a eficiência, representada pelos imperativos de acomodação ótima dos interesses das partes em concerto processual cooperativo, a despeito das divergências que se encontram na raiz da situação de conflito.

Por conseguinte, o processo de concretização do direito fundamental à adequada tutela jurisdicional – em favor de autor e réu, de credor e devedor, ainda que com carga normativa diferenciada – envolve a prudente convergência entre efetividade e eficiência. Desse modo, em matéria de prestação de garantias, o equilíbrio de interesses transita pela proteção do

direito de crédito em harmonia com a proibição de imposição de cargas jurídicas e econômicas indevidas ou excessivas sobre o devedor.

Nesse contexto, a presente investigação destina-se ao exame do seguro garantia judicial nos domínios do processo do trabalho. Assim, como desígnio de ordem geral, a pesquisa volta-se para a construção de modelo prototípico de garantia securitária que consubstancie a aproximação entre efetividade e eficiência como medida de contraponto para resolver parte dos impasses derivados: do tradicional e pouco eficiente modelo estático e rígido de prestação de garantias na vigente ordem jurídica processual brasileira; do atual regime regulatório precário e não muito afinado com os pressupostos técnicos dos seguros.

De modo particularizado, assumem-se três objetivos. De largada, a dissecação estrutural e funcional do seguro garantia judicial em dupla perspectiva: processual, na qualidade de garantia processual securitária; contratual, na condição de garantia securitária processual. Em seguida, o exame da correlação entre a passagem dos tempos do processo e a efetividade do crédito derivado de relação de trabalho, também realizada em dois eixos: primeiro, predominantemente estatístico; na sequência, jurisprudencial, a partir de recorte analítico do tratamento a respeito do seguro garantia judicial com prazo de vigência predeterminado. Por fim, a formulação de modelo de garantia securitária dinâmica e flexível.

De maneira congruente com os particulares objetivos da pesquisa, o artigo reparte-se em três segmentos. Na porção inaugural, com finalidade predominantemente descritiva, percorrem-se dois caminhos discursivos reciprocamente complementares: o exame do seguro garantia como instituto do processo, a partir da ordem jurídica positiva (aproximação centrífuga, do processo ao contrato); a análise do seguro garantia a partir dos elementos da técnica securitária (acercamento centrípeto, do contrato ao processo).

No segmento subsecutivo, começa-se pela coleta de elementos quantitativos relacionados com os efeitos da passagem do tempo na satisfação do crédito trabalhista e parte-se para a realização de descrição analítica da evolução da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) acerca do seguro garantia judicial, com destaque para a questão das garantias securitárias vinculadas a prazo predeterminado de vigência, sobretudo no contexto regulamentar desse produto securitário. Na derradeira parcela, com finalidade exploratória, o artigo ingressa na indicação crítica de bases para a formulação de modelo de concretização da efetividade eficiente por meio de garantias securitárias dinâmicas e flexíveis.

2. O SEGURO GARANTIA JUDICIAL: FUNDAMENTO, CONTEÚDO E FUNÇÃO

Voltado para a compreensão panorâmica do perfil estrutural e funcional do seguro garantia judicial, o presente segmento, começa com o exame descritivo dos setores do sistema de direito positivo processual em que ele se acomoda. No fragmento subsecutivo, ainda com o propósito primordialmente narrativo, ingressa-se em breve dissecação do seguro garantia judicial como produto securitário, com a análise concentrada sobre os elementos jurídicos de formação e operação dos contratos de seguro.

2.1 O SEGURO GARANTIA JUDICIAL COMO GARANTIA PROCESSUAL SECURITÁRIA

Convém, de início, explanar o desenvolvimento do seguro garantia judicial no âmbito do sistema de direito positivo brasileiro, na particular perspectiva do processo do trabalho³. Para o efeito de exposição, propõe-se descrição dividida em cinco períodos. Assim, em primeiro lugar, menciona-se o estágio pré-formativo, anterior a 21.1.2007, data do início da vigência do artigo 2º da Lei 11.382, de 2006, que passou a prever a admissão do seguro garantia judicial na execução civil, mediante a reconstrução normativa do artigo 656, § 2º, do CPC de 1973⁴.

Sobreveio, na sequência, a etapa embrionária: de 21.1.2007 a 13.11.2014, data imediatamente anterior ao início da vigência do artigo 73 da Lei 13.043, de 2014, que, ao alterar quatro artigos da LEF, passou a prever a admissão do seguro garantia judicial no processo de execução fiscal⁵, percurso integrativo preferencial no ciclo executivo do processo do trabalho, na forma do artigo 889 da CLT⁶.

Em seguida, coloca-se em marcha o ciclo de afirmação e desenvolvimento, de 14.11.2014 a 17.3.2016, data imediatamente anterior ao começo da vigência do CPC de 2015, seguido do breve estágio de consolidação, de 18.3.2016 a 10.11.2017, a data imediatamente anterior à inauguração da vigência da Lei n. 13.467, de 2017. Nesse quadrante evolutivo, para efeito de substituição de penhora, equiparou-se o seguro garantia judicial a dinheiro sonante, com a seguinte condição: "desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento", na forma do artigo 835, § 2º, secundado pelo parágrafo único do artigo 848, que cuida, especificamente, da substituição da penhora.

Depois, adveio a fase de emancipação normativa, de 11.11.2017 em diante, com o formal ingresso da figura processual no sistema da CLT, com aprofundamento e aceleração a partir de 17.10.2019, em razão da disciplina regulamentar estabelecida pelo Ato Conjunto

3 Todas as referências a atos normativos primários provêm de consulta ao Portal da Legislação da Presidência da República (BRASIL, 2020c). Nessa condição, enquadram-se os seis atos dessa natureza, e respectivas alterações, com dispositivos mencionados ou transcritos ao longo do texto, aqui indicados em ordem cronológica crescente: Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto-lei n. 5.452, de 1943), Código de Processo Civil de 1973 (CPC de 1973 – Lei n. 5.869, de 1973); Lei de Execuções Fiscais (LEF – Lei n. 6.830, de 1980); Lei n. 8.177, de 1991; Código Civil (CC – Lei n. 10.406, de 2002); Código de Processo Civil de 2015 (CPC – Lei n. 13.105, de 2015). Idêntico registro vale para as menções à Constituição Federal de 1988 (CF) e respectivas emendas (EC).

4 "A parte poderá requerer a substituição da penhora: [...] § 2º. A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)". Como antecedente, a Superintendência de Seguros Privados estruturou o seguro garantia como produto securitário na ambiência regulamentar (Circular n. 232, de 2003, por exemplo), porém com emprego pouco difundido em virtude da resistência do Judiciário (GOLDBERG; PINTO, 2012, p. 89-90), fundada, sobretudo, na ausência de expressa previsão na ordem jurídica positiva processual.

5 No âmbito da União, regulamentou-se o emprego do seguro garantia pela Portaria n. 164, de 2014, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

6 Registre-se que o critério integrativo escolhido apresenta inconveniências de ordem estrutural, com a conseqüente necessidade de depuração sistêmica e hermenêutica. Indicam-se os seguintes pontos de tensão entre a Lei n. 6.830, de 1980, e a CLT: a primeira volta-se, apenas, para regência de processo de execução de título extrajudicial – no caso, a certidão da dívida ativa – representativo de obrigação de pagar quantia certa, sendo sempre, por definição, definitiva; ao passo que a segunda, no comum dos casos, opera com a execução como a fase processual destinada ao cumprimento de obrigação retratada por título executivo judicial, incluindo prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, admitindo-se a execução provisória. Em outras palavras: na Justiça do Trabalho, o processo de execução de título executivo extrajudicial para o pagamento de quantia certa, embora possível, na forma do artigo 876 da CLT, representa a exceção, e não a regra (SCHIAVI, 2016, p. 48), como revela a estatística (CAMPOS; DI BENEDETTO, 2015, p. 11-12). Exemplos: a execução fiscal de penalidade pecuniária imposta por órgão de fiscalização das relações de trabalho e a execução de créditos decorrentes de compromisso de ajustamento de conduta.

(AC) n. 1, de 2019, do TST⁷ (BRASIL, 2020f). Ao adentrar nesse sistema normativo, conservou a função primordial de garantir a execução, na forma do artigo 882. Além disso, passou a desempenhar novo papel (semelhante, mas não idêntico àquele): garantia para o efeito de interposição de recursos, de acordo com o artigo 899, § 11⁸.

O regime previsto na CLT, porém, difere da disciplina prevista nos domínios da execução civil e da execução fiscal. Em primeiro lugar, identifica-se distinção de caráter funcional. Como se demonstrou, no processo do trabalho, no caso de decisão de condenação para o pagamento de quantia, existe espaço para a apresentação de seguro garantia judicial para substituir o depósito necessário para preparar a interposição e o processamento de recursos, figura estranha às demais modalidades executivas.

Em segundo lugar, a dessemelhança reside nos critérios de definição do valor necessário para a cobertura securitária produzir o efeito garantidor⁹. Na execução fiscal, a determinação da quantia orienta-se pelo valor da causa, composto pelo débito original (artigo 2º, § 2º, II, da LEF), acrescido, conforme cada caso, de atualização monetária, juros de mora e "demais encargos previstos em lei ou contrato" (idem, e inciso IV, e artigo 6º, § 4º).

Ao cuidar, especificamente, da execução civil de título extrajudicial por quantia certa, o CPC estabelece que o seguro garantia judicial deve alcançar cifra "não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento". Nessa modalidade de execução, o débito indicado na petição inicial compõe-se do valor original nominal da prestação de pagar acrescida de correção monetária e de juros de mora, em sentido convergente com a previsão do artigo 292, I, do CPC, relativa à ação de cobrança de dívida¹⁰. Assim, na execução, como regra, existe correspondência de expressão monetária entre a pretensão executiva (proveito econômico inicialmente pretendido) e o valor da causa, e que servem de base para o cálculo da importância exigida para o reconhecimento da eficácia garantidora do seguro.

Devidamente adaptados, a aplicação de similares critérios encontra espaço na fase de cumprimento de sentença, com recurso às regras integrativas recíprocas previstas nos artigos 318, parágrafo único, 513 e 771, parágrafo único. Nesse ambiente, o seguro garantia – como substituto da penhora – pode conferir lastro a requerimento de atribuição de efeito suspensivo a impugnação a cumprimento de sentença, com o objetivo de sustar a prática de certos atos de execução, na forma do artigo 525, § 6º¹¹. Ademais, o produto securitário poderia ganhar terreno para permitir ao exequente o implemento da exigência de caução estabelecida pelo artigo 520, IV, do CPC, como condição para a autorização da prática de atos satisfativos em cumprimento provisório de sentença.

7 Inspirado no modelo regulatório previsto pela Portaria n. 164, de 2014, da PGFN, para o seguro garantia em execução fiscal, o artigo 12 do AC n. 1, de 2019, do TST, determinou a adaptação das garantias securitárias apresentadas desde o início da vigência da Lei n. 13.467, de 2017 (BRASIL, 2020f). O regulamento passou por modificação pelo AC n. 1, de 2020, do TST, vigente desde 29.5.2020 (BRASIL, 2020g).

8 "O depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial".

9 Nesse ponto, cumpre não confundir a validade e a eficácia do seguro garantia. A primeira ocupa dimensão preponderantemente "exoprocessual", ao passo que a segundo transita, primordialmente, pelo campo "endoprocessual". Para trocar em miúdos: a ausência de eficácia garantidora no – e para o – o processo não compromete, por si e em si, a validade do seguro garantia.

10 Convém assinalar que "cobrança" e "execução", embora compartilhem certas características, não se confundem: a execução singulariza-se, por exemplo, pela possibilidade de expropriação patrimonial.

11 Dessa maneira, com o emprego dos recursos de integração normativa, conclui-se que a garantia por penhora comporta substituição pelo oferecimento do seguro previsto no artigo 835, § 2º, do CPC, que, no caso, aliás, cumpriria função caucionadora. De modo similar, o seguro garantia serve de base para o executado pedir a atribuição de efeito suspensivo a embargos à execução (CPC, artigo 919, § 1º).

No regime de garantia executiva da CLT, a eficácia do seguro vincula-se ao valor em execução atualizado, nele incluídas as despesas do processo (custas, por exemplo). A parte final do artigo 882 da CLT remete ao artigo 835 do CPC. Assim, a exigência – ou a dispensa – de acréscimo de trinta por cento pode abrir margem para dúvida. Nesse passo, descortinam-se dois cenários interpretativos.

Nesse sentido, no primeiro cenário (exigência de acréscimo), a remissão guardaria relação com o regime integral de substituição da penhora estabelecido pelo artigo 835 do CPC. Nesse sentido, para efeito de equiparar o seguro à penhora de dinheiro, a cobertura deveria alcançar o débito em execução e, pelo menos, mais trinta por cento. No segundo (dispensa de acréscimo), a remissão normativa diria respeito apenas ao estabelecimento da "ordem preferencial" em si, e não ao regime de substituição.

Por essa compreensão, existiria opção legislativa de estabelecer a vinculação ordinal para a penhora (e apenas para ela), sem, porém, exigir aquele acréscimo quanto ao seguro garantia. Assim, nesse contexto hermenêutico, a CLT aceitaria o seguro como modalidade de "garantia direta", paralela à penhora, e não como substituta dela. O TST, no entanto, determina que a eficácia garantidora do seguro depende, sim, do acréscimo de, pelo menos, trinta por cento, conforme o artigo 3º, I, do AC n. 1, de 2019) (BRASIL, 2020f)¹².

2.2 O SEGURO GARANTIA JUDICIAL COMO GARANTIA SECURITÁRIA PROCESSUAL

O seguro garantia judicial, como produto securitário, apresenta conteúdo peculiar. Na essência, congrega os elementos comumente encontrados em contratos de seguro, como risco coberto, prêmio, sinistro e indenização. Nessa dimensão técnica, regulamenta-se pela Circular n. 447, de 2013, da Superintendência de Seguros Privados. No âmbito funcional, porém, sobretudo em avaliação conduzida pela perspectiva da inserção processual, o seguro garantia avizinha-se de figuras como a fiança. Consequentemente, o seguro garantia exhibe natureza bivalente: conserva, com temperamentos, a essencial característica securitária, mas, a par disso, apresenta finalidade fidejussória¹³.

Essa particular característica revela interessante potencial integrativo: como ideia de ordem geral, sempre que se prevê a admissão – ou a exigência – de fiança, existe, a princípio, a possibilidade de substituí-la por seguro garantia. Em mais elástica extrapolação, similar proposição encontraria, em tese, alguma reconfortação diante de exigência de depósito de garantia, como no caso de propositura de ação rescisória (artigo 836 da CLT e artigo 968, II, do CPC). Em campo conexo, o produto securitário poderia comparecer como garantia

12 Para isso, o preceito regulamentar invoca a Orientação Jurisprudencial n. 59 da SBDI-II do TST, que contém menção ao artigo 835 do CPC. Entra em cena, aqui, uma ressalva: construiu-se o referido entendimento jurisprudencial, alterado em 2016, na perspectiva da aplicação indireta – por simples integração – do CPC no processo do trabalho, antes, pois, da inauguração da fase de emancipação do seguro garantia como instituto dotado de direta previsão no próprio corpo normativo da CLT, etapa aberta, como se apontou, em 11.11.2017.

13 Informativo de Jurisprudência n. 483, de 2011, do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 1.224.1995, Quarta Turma, julgado em 13 set. 2011): "[...] o 'seguro garantia', ao contrário da generalidade dos seguros, não está adstrito ao mutualismo e à atuária. Com efeito, tendo em vista a singularidade dessa modalidade de seguro, que muito se aproxima da fiança, o tomador contrata seguro pelo qual a seguradora garante o interesse do segurado, relativo à obrigação assumida pelo tomador, não podendo, por isso, ser arguida pela seguradora a ausência de pagamento do prêmio. [...]" (BRASIL, 2011).

convencional aposta a negócio jurídico processual de parcelamento de débito em execução celebrado pelas partes com base no artigo 190 do CPC.

Dentro da técnica securitária, cuida-se de seguro de dano, estabelecido por conta alheia (FRANCO, 2009, p. 310), para proteger legítimo interesse de terceiro relativo à satisfação de direito de crédito, aproximando-a, nesse ângulo analítico, do seguro de responsabilidade civil (artigo 787 do Código Civil)¹⁴: na essência, o amparo decorrente do seguro volta-se para o credor de – eventual – obrigação de pagar. Consequentemente, como regra, o trabalhador comparece como o beneficiário da proteção securitária.

Entretanto, o seguro pode – e deve – alcançar outros atores do processo, desde que reconhecidos como credores “a quem a lei confere título executivo” (CPC, artigo 778), como, por exemplo, a União (quanto a créditos de natureza tributária, como as contribuições sociais previdenciárias e as custas do processo), advogados (honorários) e perito (idem), na forma prevista, aliás, pelo artigo 3º, I, do AC n. 1, de 2019, do TST (BRASIL, 2020f).

Nesse sentido, no plano subjetivo, entrelaçam-se, juridicamente, os interesses de três categorias de pessoas, em dupla condição: Na dimensão estritamente processual, encontram-se o credor (ou, em sentido mais recortado, o exequente); o devedor (idem, executado); o terceiro garantidor com a qualidade de eventual responsável e que, no caso de sinistro, adquire a condição de executado (CPC, artigo 779¹⁵).

Em perspectiva securitária, acham-se, respectivamente (ALMEIDA, 2018, p. 31-32): o segurado (ou, no caso de ocorrência do sinistro, o beneficiário), em favor de quem se estabelece a cobertura do risco de inadimplemento, com a qualidade de titular último do interesse salvaguardado pelo seguro; o tomador¹⁶, como aquele que, pagando determinado preço (prêmio), conclui o contrato de seguro para oferecê-lo como garantia judicial; a entidade seguradora, a pessoa jurídica que, em troca do recebimento do prêmio, assume o risco de inadimplemento do segurado. Os componentes da tríade mantêm, aos pares, relação entre si, que, em reunião, conformam a relação jurídica triangular de seguro garantia judicial (ALMEIDA, 2018, p. 32).

Ademais, em sentido de mais aberta compreensão, no campo institucional, reconhece-se o estabelecimento do seguro “em favor” do próprio Judiciário, como estrutura orgânica responsável pela concretização do direito fundamental a adequada tutela jurisdicional, em linha com a ideia decorrente da tradicional expressão “garantia do juízo”¹⁷.

14 No âmbito regulamentar, define-se o produto “Seguro Garantia: Segurado – Setor Público” como o “seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de: I – processos administrativos; II – processos judiciais, inclusive execuções fiscais; III – parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa; IV – regulamentos administrativos”.

15 Essa a caracterização deriva da interpretação conjugada dos seguintes, em costura analógica e finalística: “A execução pode ser promovida contra: [...] III – o novo devedor que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo; IV – o fiador do débito constante em título extrajudicial; V – o responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito; [...]”.

16 Definido como “devedor de obrigações trabalhistas que deve prestar garantia no processo judicial”, conforme o AC n. 1, de 2019, do TST, artigo 2º, X (BRASIL, 2020f).

17 No caso do depósito – ou de seguro garantia judicial – recursal, o papel da Justiça do Trabalho acerca-se da atuação de *escrow agent*, na gestão de *escrow account* (conta de compromisso), com destinação dependente do resultado do julgamento recurso garantido. O agente exerce a seguinte função: “A *third-party entrusted to hold asset or content while a disagreement over the assets is resolved or a event triggering the use of the assets occurs. Once the situation for escrow ends, this third-party delivers the escrowed items as specified in the escrow arrangement*” (THE LAW DICTIONARY, 2020).

Em sentido convergente com a finalidade de proteção do direito de crédito de terceiro (dos trabalhadores, primordialmente), limita-se o exercício da autonomia privada negocial no contrato de seguro garantia judicial com a fixação do seguinte perfil normativo: a proibição de previsão de franquia, de rateio ou de qualquer modalidade de coparticipação do segurado ou do tomador no caso de sinistro (artigo 10 da Circular n. 477, de 2013, da Susep); a vedação de previsão de carência (*idem*); a necessidade de contratação pela modalidade de seguro a primeiro risco absoluto (*idem*, artigo 9º) (BRASIL, 2020e), compreendido como “aquele em que o segurador responde pelos prejuízos, integralmente, até o montante da importância segurada, não se aplicando, em qualquer hipótese, cláusula de rateio” (IRB, 2011, p. 198); a vedação da exceção do contrato não cumprido com a derrogação do regime geral dos seguros com a exigência de que o contrato de seguro contenha previsão de renúncia à aplicação do artigo 763 do Código Civil¹⁸, de sorte que o eventual estado de inadimplemento quanto ao pagamento do prêmio não pode comprometer a indenização securitária (*idem*, artigo 11, § 1º, e artigo 3º, IV, AC n. 1, de 2019, do TST); a impossibilidade de resilição e resolução do contrato, unilateral ou bilateral (artigo 3º, § 1º, do referido ato normativo do TST¹⁹) (BRASIL, 2020f).

O risco amparado pelo seguro corresponde a possível e eventual inadimplemento total ou parcial de débito porventura decorrente do título executivo em formação (seguro como depósito recursal) ou em execução (seguro como garantia da execução). Dessa maneira, o negócio jurídico de seguro envolve – ou pode envolver – dupla incerteza. Em primeiro lugar, como manifestação inerente aos seguros em geral, a indefinição sobre a ocorrência do sinistro. Eventualmente, porém, a incerteza pode sobrepair o próprio interesse legítimo escudado pelo seguro.

Como se demonstrou, o interesse legítimo consiste no direito de crédito. No entanto, em razão das características e das finalidades desse produto securitário, o direito de crédito pode sofrer substancial modificação. Com efeito, na perspectiva do devedor, o oferecimento do seguro garantia prende-se à finalidade de acesso a contraditório²⁰: no caso de seguro garantia judicial recursal: para prolongar o ciclo de formação do título executivo; no caso de seguro garantia judicial executivo, para possibilitar a oposição de embargos à execução (CLT, artigo 884). Conseqüentemente, a depender do conteúdo do contraditório exercido em recurso ou em embargos e do correspondente julgamento, existe a possibilidade de comprometimento estrutural da relação jurídica obrigacional relativa ao direito de crédito coberto pelo seguro.

Nessa linha de entendimento, o julgamento do recurso, com a produção de efeito substitutivo (CPC, artigo 1.008), ou dos embargos à execução pode resultar no colapso do crédito, com o reconhecimento, por exemplo, da: inexistência da obrigação (extinção do crédito precariamente constituído); inexecutabilidade do título (afetação do *an debeatur*), inexigibilidade

18 “Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”.

19 Embora o ato normativo mencione, impropriamente, a impossibilidade de “rescisão”. Do ponto de vista da boa técnica jurídica, como a rescisão opera no campo das nulidades, o ato normativo não poderia permitir a preservação de contrato nulo. Cuida-se, pois, de interdição de resilição (denúncia vazia) e resolução (denúncia cheia, por incumprimento).

20 Como acima se demonstrou, no regime executivo do processo civil, o seguro garantia – na condição de substituto da penhora – cumpre função diversa: não se conecta, diretamente, com a abertura de contraditório, mas com a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo à impugnação ao cumprimento de sentença ou aos embargos à execução, na forma dos artigos 525, § 6º, e 919, § 1º, do CPC, respectivamente.

da obrigação (*idem*); ilegitimidade passiva do executado (*abalo do quis debeat*); ilegitimidade ativa do exequente (*ruína do cui debeat*), e assim por diante.

A perturbação do direito de crédito pode ser parcial, caso a decisão determine-lhe o redimensionamento qualitativo (alteração, para menos, do *quid debeat*) ou quantitativo (redução do *quantum debeat*), em razão, por exemplo, da exclusão de determinada parcela do âmbito da condenação ou do reconhecimento de excesso de execução na contagem de juros de mora. Desse modo, portanto, o seguro garantia enleia-se a interesse legítimo assinalado pela precariedade, resolvida de acordo com o resultado do julgamento do recurso ou dos embargos à execução.

A possibilidade de redimensionamento qualitativo e quantitativo do direito de crédito pode operar no sentido oposto, com a adição de parcelas ou o incremento do valor, com o empioramento da condição processual do devedor tomador de seguro garantia. Esse quadro pode derivar, por exemplo: do provimento de recurso da parte autora; do julgamento de procedência da impugnação da decisão – “sentença” – de liquidação apresentada pelo credor (CLT, artigo 884, § 3º, parte final²¹); da aplicação de penalidade processual no curso do processamento de recurso ou da execução, como multa e indenização em razão de litigância de má-fé ou pelo cometimento de ato atentatório à dignidade do sistema de justiça; no caso de sentença determinativa, da superveniente e paulatina aquisição de exigibilidade, pelo vencimento, de novas parcelas de trato sucessivo derivadas de relação jurídica de trato continuado (CLT, artigo 892²²).

A cobertura securitária abrange somente “[...] o valor máximo nominal garantido pela apólice [...]” (artigo 7º da Circular n. 477, de 2013, da Susep) (BRASIL, 2020e), que delimita a indenização (FRANCO, 2009, p. 309). Independentemente da discussão sobre a licitude da exigência de acréscimo de trinta por cento, a exigência regulamentar estabelece, para o seguro garantia executivo, que “o valor segurado deverá ser igual ao montante original do débito executado [...], devidamente atualizado pelos índices legais aplicáveis aos débitos trabalhistas na data da realização do depósito” (AC n. 1, de 2020, do TST, artigo 1º, I); e para o seguro garantia recursal, o valor da condenação, com a aplicação do limite previsto no artigo 40 da Lei n. 8.177, de 1991 (*idem*, II). Exige-se, ainda, que o valor segurado, para o efeito de eventual indenização, passe por atualização de acordo com os critérios de cálculo previstos na legislação de regência (*idem*, III) (BRASIL, 2020g).

O dever de indenizar recai sobre o valor a que a segurada se obrigou pela apólice, na forma do Anexo I da Circular n. 477, de 2013, da Susep – Condição Geral 6.6 (BRASIL, 2020e). A atualização inclui a correção monetária e os juros de mora (parcelas acessórias). Em rigor, nos cenários acima descritos, promove-se a alteração do próprio débito (principal), com acessões de ordem qualitativa ou quantitativa: não se cuida, pois, de simples atualização do primitivo débito por parcelas acessórias.

Consequentemente, a princípio, aqueles acréscimos não se inscrevem no âmbito da cobertura securitária, dependente, pois, de nova anuência da seguradora, mediante endosso

21 “Somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação, cabendo ao exequente igual direito e no mesmo prazo”. No comum dos casos, cuida-se, em rigor, de decisão interlocutória, com a solução de questão incidente, e não de sentença, em sentido próprio.

22 “Tratando-se de prestações sucessivas por tempo indeterminado, a execução compreenderá inicialmente as prestações devidas até a data do ingresso na execução”.

(artigo 7º, §§ 1º e 2º, da Circular n. 477, de 2013, da Susep) (BRASIL, 2020e), como o “documento, emitido pela seguradora, por intermédio do qual são alterados dados e condições de uma apólice, de comum acordo com o segurado” (SUSEP, 2020), dentro do período de vigência dela (IRB, 2011, p. 93). Entretanto, existiria campo para construir interpretação integrativa no sentido de que a exigência de acréscimo de trinta por cento encontraria fundamento justamente na possibilidade de ampliação do direito de crédito, como intercorrências e vicissitudes inerentes aos riscos incorridos em contrato de seguro, que o definem.

O risco coberto, porém, não se confunde, propriamente, com a eventualidade ou a precariedade do direito de crédito, mas com a possibilidade – ou a probabilidade – de inadimplemento. Consequentemente, expõe-se ao risco de incumprimento aquele que apresenta a condição de credor – ou de potencial credor – de obrigação de pagar quantia certa reconhecida em título executivo formado ou em processo de consolidação, como se verifica no caso de seguro garantia judicial recursal.

Assim, no processo do trabalho, como regra, o risco recai sobre a pessoa do trabalhador e dos demais credores de obrigações decorrentes do título executivo²³. De modo convergente com o risco inserido na cobertura securitária, o sinistro concretiza-se diante da configuração do estado de incumprimento da obrigação, no todo ou em parte. Com o accertamento qualitativo e quantitativo do débito ou, ao menos, da identificação da parcela incontrovertida da dívida, o sinistro ocorre diante da ausência de acudimento ao chamado oficial para a realização do pagamento, no prazo previsto na legislação processual. No caso do seguro garantia recursal, diante da necessidade de torná-lo compatível com o regime de depósito tradicional²⁴, o sinistro ocorre – ou deveria ocorrer – da maneira a seguir descrita.

Sobrevindo, com o trânsito em julgado, a consolidação da obrigação de pagar quantia certa e, com o eventual procedimento de liquidação (CLT, artigo 879), o accertamento quantitativo do direito de crédito, cabe ao devedor efetuar o pagamento da importância correspondente ao depósito recursal, observada, logicamente, as forças do crédito, no caso de parcial reforma da primitiva sentença, no prazo nela mesmo previsto, ou, no caso de ausência de previsão, naquele que o juízo da liquidação vier a estabelecer²⁵;

Diante da recalcitrância do devedor²⁶, configura-se o sinistro, compreendido como “o inadimplemento das obrigações do tomador cobertas pelo seguro ou a determinação judicial para recolhimento dos valores correspondentes à apólice” (artigo 2º, IX, do AC n. 1, de 2019,

23 Do ponto de vista teórico, não assomam empecilhos jurídicos para a constituição de obrigação de pagar quantia certa contra o trabalhador, na condição de autor ou na de réu. Desse modo, ele próprio poderia valer-se do seguro garantia judicial como substituto de depósito ou penhora.

24 Regulamentado pela Instrução Normativa (IN) n. 3, de 1993, do TST, e alterações (BRASIL, 2020h).

25 Cuida-se, portanto, na essência, de proposta de adaptação do procedimento previsto pelo Item IV, “e”, da IN n. 3, de 1993, do TST, que prescreve o seguinte: “com o trânsito em julgado da decisão que liquidar a sentença condenatória, serão liberados em favor do exequente os valores [de depósito recursal] disponíveis, no limite da quantia exequenda, prosseguindo, se for o caso, a execução por crédito remanescente, e autorizando-se o levantamento, pelo executado, dos valores que acaso sobejarem” (BRASIL, 2020h).

26 Ao cuidar da caracterização do sinistro, o artigo 10, II, “a”, do AC n. 1, de 2019, do TST, contém previsão mais rigorosa, para fazê-lo coincidir “[...] com o trânsito em julgado de decisão ou em razão de determinação judicial, após o julgamento dos recursos garantidos” (BRASIL, 2020f). Compreende-se, porém, que deve prevalecer, como regra, a solução indicada na parte final do preceito normativo, com a regular abertura de oportunidade processual para o devedor–segurado efetuar o pagamento relativo à garantia recursal, mediante notificação. Em rigor, embora se possa admitir a aplicação adaptada da ideia de interpegação pelo tempo (*dies interpellat pro homine*), a simples superveniência do trânsito em julgado não pode corresponder, automaticamente, ao estado de inadimplemento, sobretudo nos casos em que se conjuga a falta de liquidez do objeto da condenação com o parcial provimento de recurso interposto pelo devedor–segurado. Ademais, em linha com a Condição Geral 6.5.1 do Anexo I da Circular n. 477, de 2013, da Susep, a ocorrência do trânsito em julgado insere-se na “expectativa de sinistro” (BRASIL, 2020e), assim considerada como “verificação pelo segurado da possibilidade de ocorrência de sinistro”

do TST), com o consequente processamento da indenização securitária, definida como o “pagamento pelas seguradoras das obrigações cobertas pelo seguro, a partir da caracterização do sinistro” (idem, artigo 2º, III) (BRASIL, 2020f). No caso de débito consolidado com expressão quantitativa superior aos valores correspondentes aos depósitos com finalidade recursal, o processo deve prosseguir com a execução do saldo remanescente.

Traçados os elementos de ordem geral sobre a estrutura e a função do seguro garantia judicial em dimensão processual e contratual, ingressa-se em mais detido exame da correlação da garantia securitária na perspectiva dos tempos do processo, inclusive com a análise mais demorada sobre o momento de ocorrência do sinistro e do prazo de vigência da apólice.

3. O SEGURO GARANTIA JUDICIAL E O(S) TEMPO(S) DO PROCESSO NO CONTEXTO DA EXECUÇÃO TRABALHISTA: TENSÕES E DIVERGÊNCIAS

O elemento tempo cumpre papel central no desenvolvimento do processo (ANDOLINA, 2009, p. 259). Por definição, o processo consiste na coordenação sucessiva de atos endereçados para o atingimento da finalidade de produzir e entregar a devida prestação jurisdicional, em tempo razoável²⁷. Para isso, o tempo assume a condição de marcador do sistema de extinção de oportunidades para a prática de atos do processo, com os fenômenos da preclusão e da coisa julgada²⁸.

Assim, nesta seção, começa-se pelo exame da relação entre a passagem do tempo e a efetividade da atividade executiva da Justiça do Trabalho para a concretização do direito de crédito reconhecido em favor do trabalhador. Na sequência, parte-se para a análise descritiva do – ainda em curso – processo de sedimentação da jurisprudência do TST a respeito da validade e da eficácia de seguro garantia judicial com prazo prefixado de vigência, com a subsequente análise da técnica regulamentar por ele adotada no AC n. 1, de 2019, para a caracterização do sinistro, à vista do regime jurídico geral dos seguros de danos.

3.1 O TEMPO E A EXECUÇÃO DE CRÉDITO DE RELAÇÃO DE TRABALHO

No ambiente da legislação ordinária, reconhece-se a integração da atividade jurisdicional satisfativa no conteúdo operativo do direito fundamental a processo com razoável duração (CPC, artigo 4º). Desse direito, ademais, emergem deveres de concerto cooperativo entre todos os atores do processo (artigo 6º²⁹).

(Ato n. 1, de 2019, do TST, artigo 2º, II) (BRASIL, 2020f), e não no sinistro em si, “caracterizado com o não pagamento pelo tomador, quando determinado pelo juízo, do valor executado, objeto da garantia” (Condição Geral 6.5.3) (BRASIL, 2020e).

27 Nesse contexto, o tempo assoma como elemento constitutivo do direito fundamental a processo judicial e administrativo com duração razoável e tramitação célere (Constituição Federal, artigo 5º, LXXVIII).

28 Na forma do artigo 223 do CPC, “Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa”.

29 A propósito, a autoridade judiciária comparece como privilegiada destinatária dos deveres irradiados pelo direito fundamental a processo de razoável duração, na forma do dever geral previsto no artigo 139, II. Desde a conformação original (de 1943), a CLT opera em sentido semelhante: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo

Nos processos de execução ou na etapa satisfativa da demanda, na condição de grande gargalo do sistema de justiça (BRASIL, 2019, p. 126 e 221)³⁰, o elemento tempo parece apresentar categórica correlação com as possibilidades de atingimento da finalidade da execução: promover a efetiva satisfação do direito de crédito decorrente do título executivo³¹.

Nesse sentido, quanto mais se afasta, no tempo, do ponto de constituição da obrigação, mais escassas se tornam as chances concretas de efetiva conversão do direito de crédito estampado no título naquilo que o jargão processualístico designa como "bem da vida", sobretudo no caso do processo do trabalho, em que as vicissitudes de médio e de longo prazo conectadas com o exercício de atividade empresarial podem comprometer por completo a efetividade da tutela jurisdicional executiva, identificadas, por exemplo, pela denominada "taxa de sobrevivência"³² e pelo tempo médio de existência das empresas³³.

No campo das relações de trabalho, o problema adquire mais dramáticos contornos: no comum dos casos, os trabalhadores recorrem à jurisdição apenas no caso de – ou quando da – extinção da relação contratual, o que, em certo sentido, acaba por converter a Justiça do Trabalho, de acordo com a encontrada expressão, em "Justiça dos Desempregados"³⁴; os créditos em discussão, como regra, revestem-se de natureza alimentar³⁵, necessários, portanto, para o trabalhador prover as necessidades de nível mais elementar (SAMPAIO, 2009, p. 13), ligados com a própria sobrevivência.

e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas" (artigo 765). Nota-se, aliás, que a ampla liberdade de condução do processo atua como meio posto a serviço do ligeiro andamento do processo.

- 30 De acordo com a Justiça em Números, "O Poder Judiciário contava com um acervo de 79 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2018, sendo que mais da metade desses processos (54,2%) se referia à fase de execução", com "clara tendência de crescimento do estoque" (BRASIL, 2019a, p. 126).
- 31 Em estudo técnico a respeito do estado da execução fiscal brasileira, Queiroz e Silva (2016, p. 9) aponta que "a distância temporal entre o lançamento do crédito tributário e sua cobrança contribuiu para o esvaziamento patrimonial do devedor" e, adiante, reforça: "a distância temporal entre lançamento e execução favorece o desfazimento do patrimônio do devedor, reduzindo substancialmente as chances de sucesso da execução" (QUEIROZ E SILVA, 2016, p. 9). Em linha semelhante, ainda sobre a execução fiscal, a Justiça em Números observa que "acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação" (BRASIL, 2019a, p. 131).
- 32 Dois anos depois da constituição, a taxa de sobrevivência correspondia, na média, em 2014, a 76,6% das empresas (BRASIL, 2016, p. 16-17). Em outras palavras: quase a quarta parte das empresas em geral não ultrapassava o marco de dois anos de operação. No segmento das microempresas, na mesma época, a taxa alcançava apenas 55% (BRASIL, 2016, p. 24). Os dados sobre as microempresas, no contexto da presente investigação, apontam para cenário ainda pior, por congregarem cerca da metade da força de trabalho ocupada. Além disso, a crise que se abateu sobre a economia brasileira depois de 2014 (época da coleta dos dados), pode revelar situação ainda mais crítica.
- 33 Em 2015, em média, a empresa brasileira contava com apenas 10,9 anos de existência (IBGE, 2017, p. 22). No mesmo ano, identificou-se taxa de mortalidade de 15,7% (IBGE, 2017, p. 24). Trocando em miúdos: do conjunto de empresas existentes em 31.12.2014, 15,7% deixaram de existir ao longo de 2015. No período de 2008 a 2014, o índice anual de mortalidade variou de 14,6% (2013) a 20,7% (2014) (IBGE, 2017, p. 24).
- 34 Não sem razão. Em 2020 (com dados até abril), de acordo com o "Ranking dos Assuntos mais Recorrentes na Justiça do Trabalho", os quatro mais frequentes temas prendem-se, necessariamente, à extinção do contrato de trabalho: "aviso prévio"; "multa [indenização, em rigor] de 40% do FGTS"; "multa do artigo 477 da CLT"; "multa do artigo 467 da CLT" (TST, 2020b). Esses mesmos quatro assuntos ocupavam a dianteira na apuração relativa a 2018 (BRASIL, 2019b, p. 62) e 2019 (TST, 2020b). E de acordo com a Justiça em Números de 2018, "na Justiça do Trabalho, com 12% do total de processos ingressados, há uma concentração no assunto "verbas rescisórias de rescisão do contrato de trabalho" – o maior quantitativo de casos novos do Poder Judiciário [como um todo]", embora ressalve que "isso ocorre em razão da Justiça do Trabalho possuir menores possibilidades de cadastro nas Tabelas Nacionais, gerando, por consequência, dados mais concentrados em um único item" (BRASIL, 2019a, p. 204).
- 35 Especial atributo reconhecido, aliás, por norma da Constituição Federal: ao disciplinar o regime jurídico de execução de obrigação de pagar quantia certa imposta pelo Judiciário à Fazenda Pública, o artigo 100, § 1º, atribui a condição de "natureza alimentícia" aos créditos "[...] decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil [...]".

Na Justiça do Trabalho, com dados de abril de 2020, o processamento da execução³⁶, entre o início e o fim, perdura, em média, cerca de mil dias³⁷, e isso depois da constituição do título executivo, que, em promédio, considerado o ciclo processual recursal, leva cerca de outros mil dias (TST, 2020c)³⁸.

A duração do processamento não significa, em si, o atingimento da finalidade satisfativa da execução, com o efetivo cumprimento do conjunto de obrigações representadas pelo título. Com efeito, assomam intercorrências como a extinção atípica da execução³⁹ e a suspensão pela ausência de identificação do paradeiro do devedor ou, na forma do artigo 921, IV, do CPC, em razão da inexistência – ou da insuficiência – de patrimônio disponível.

3.2 O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E O SEGURO GARANTIA JUDICIAL: JURISPRUDÊNCIA CLAUDICANTE, REGULAÇÃO ASSERTIVA

Como se demonstrou, no processo do trabalho, a previsão expressa de admissão do seguro garantia judicial ocorreu em novembro de 2017, por ocasião do início da vigência da Lei n. 13.467, de 2017. Antes disso, a partir da aplicação das regras de integração sistêmica previstas nos artigos 769 e 889 da CLT, a jurisprudência do TST vinha aceitando essa modalidade de garantia, mas ainda de maneira errática e pouco consistente.

No estágio pré-formativo, anterior a 21.1.2007, não se encontram decisões a respeito do tema em análise. Na etapa seguinte, da mencionada data até 13.11.2014, verifica-se pronunciada tendência de recusa do seguro como meio idôneo de garantia, sobretudo pela inobservância da escala ordinal preferencial da penhora em dinheiro⁴⁰ e pela previsão de prazo de vigência para a cobertura securitária⁴¹, invocando-se, no geral, a aplicação da Súmula n. 471, I, do próprio TST⁴².

36 A divulgação do apanhado estatístico apresenta, dentre outras, as seguintes limitações: não distingue a execução como fase de um processo (execução de sentença, por excelência) do processo autônomo de execução de título extrajudicial (execução de termo de assunção de compromisso de ajuste de conduta, por exemplo); não estabelece diferença quanto à natureza e ao conteúdo do objeto da execução (obrigações de pagar, de fazer, de não fazer e de entregar coisa, basicamente). Além disso, os dados não apresentam especificação nem demarcação quanto à estabilidade do título executivo (execução provisória e definitiva), detalhes cujo conhecimento, pelo público, poderia propiciar mais adequada compreensão a respeito dos efeitos do tempo na efetividade da execução. A Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, no sistema e-Gestão, levanta dados com maior grau de recorte, como, por exemplo, sobre as "Execuções extintas – outras" (Item 90.096), com abrangência sobre as "execuções encerradas sem que tenha havido a extinção por cumprimento integral do acordo, a extinção total da dívida obtida pelo executado, a aplicação da prescrição intercorrente ou o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer" (TST, 2020a).

37 Assim, considerada apenas a escala temporal, as desventuras do trabalhador encontram paralelo no périplo experimentado pela mítica rainha persa Sherazade.

38 Em 2019, o prazo médio chegou a 1.687 dias (TST, 2020c). Além disso, a séria histórica iniciada em 2004 revela forte tendência de incremento do prazo médio. Houve discreta queda em 2012 (682 dias), com retomada de crescimento entre 2013 (961 dias) e 2015 (1.315), com novas ligeiras quedas em 2016 (1.121) e 2017 (1.026), seguidas de acentuada subida em 2018 (1.300) (TST, 2020c).

39 Em consonância com o artigo 924 do CPC, "Extingue-se a execução quando: I – a petição inicial for indeferida; II – a obrigação for satisfeita; III – o executado obtiver, por qualquer outro meio, a extinção total da dívida; IV – o exequente renunciar ao crédito; V – ocorrer a prescrição intercorrente".

40 Exemplo: RO-0116400-46.2009.5.15.0000, SDI-2, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 19.4.2011.

41 Exemplo: AIRR-0133400-06.2006.5.15.0084, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 7.11.2014.

42 "Não fere direito líquido e certo do impetrante o ato judicial que determina penhora em dinheiro do executado, em execução definitiva, para garantir crédito exequendo, uma vez que obedece à gradação prevista no [então vigente] artigo 655 do CPC [de 1973]". De passagem, nota-se que o processo de sedimentação desse entendimento terminou em 20.9.2000, com a aprovação da Orientação Jurisprudencial n. 59 da SDI-II, com ulterior conversão na súmula (agosto de 2005), em época anterior, portanto, à positivação do seguro garantia judicial na ordem jurídica processual. Em outras palavras: a formação da

Na fase subsequente, de 14.11.2014 a 17.3.2016, preserva-se, de início, a tendência anterior, pelo emprego de idênticos fundamentos. Contudo, no segmento final, observa-se guinada de entendimento, passando-se a aceitar o seguro garantia como adequado sucedâneo da penhora em dinheiro, ao menos em execução provisória⁴³. Com a chegada do próximo ciclo, de 18.3.2016 a 11.11.2017, consolida-se a aceitação da substituição de penhora em dinheiro pela garantia securitária em execução provisória⁴⁴, embora se mantivesse, como regra, a recusa em execução definitiva⁴⁵. Ademais, nesse período, em junho de 2016, na esteira do processo de revisão sumular realizado por ocasião do início da vigência do CPC de 2015, sobreveio relevante marco para a viragem jurisprudencial, com a alteração da Orientação Jurisprudencial n. 59 da SDI-2, que passou a prever, expressamente, a equivalência garantidora do dinheiro e do seguro⁴⁶.

No entanto, o ponto de inflexão, para admitir a eficácia substitutiva do seguro garantia em execução definitiva, parece ter sobrevivido somente em março de 2017⁴⁷, com a decisão proferida no Processo n. 0020901-94.2016.5.04.0000⁴⁸, jurisprudência que, nesse ponto, se mantém estável⁴⁹ desse marco inflexivo em diante⁵⁰, inclusive depois do começo da vigência da Lei n. 13.467, de 2017, período no qual se inicia amplo processo de formação de entendimento a respeito do seguro garantia judicial recursal. A propósito, a modalidade de seguro recursal propiciará o desenvolvimento da jurisprudência do TST acerca do emprego da garantia securitária em geral, permitindo-lhe cumprir o relevante papel de uniformização da interpretação da ordem jurídica trabalhista ordinária, por meio do julgamento de recursos de revista e, especialmente, de embargos (competência funcional da SDI-1).

No período anterior a 11.11.2017, com o seguro previsto apenas para a garantia executiva, não existia espaço institucional amplo para a solução de controvérsias ordinárias, em razão da limitação de acesso à instância recursal especial, em execuções, aos casos de violação direta à Constituição Federal (CLT, artigo 896, § 2º, e Súmula n. 266 do TST). Assim, naquele período, as controvérsias chegavam ao TST apenas em casos excepcionais, em grau de recurso ordinário em mandado de segurança. Desse modo, ainda que por integração analógica, poderá haver campo para aplicar à garantia executiva determinadas soluções jurídicas construídas para resolver impasses sobre a modalidade recursal.

Súmula n. 471, I, não levou em conta – nem poderia levar – o impacto decorrente da legislação superveniente que permitiria a substituição da penhora em dinheiro pelo seguro garantia.

43 Exemplos: RO-1000612-51.2014.5.02.0000, SDI-2, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 11.3.2016; RO-0021773-80.2014.5.04.0000, SDI-2, Redator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 8.4.2016.

44 Exemplo: RO-0021321-02.2016.5.04.0000, SDI-2, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 2.12.2016.

45 Exemplo: RO-0010385-59.2015.5.18.0000, SDI-2, Relatora Ministra Delaide Miranda Arantes, DEJT 30.9.2016.

46 “Mandado de segurança. Penhora. Carta de fiança bancária. Seguro garantia judicial. [...] “A carta de fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito em execução, acrescido de trinta por cento, equivalem a dinheiro para efeito da gradação dos bens penhoráveis, estabelecida no artigo 835 do CPC de 2015 (artigo 655 do CPC de 1973)”.

47 Cuida-se de cenário interessante: ao contrário do que se espera, nota-se que a modificação da OJ n. 59 da SDI-2 antecedeu – e, mais do isso, propiciou – a própria alteração do quadro jurisprudencial.

48 RO-0020901-94.2016.5.04.0000, SDI-2, Relator Ministro Antonio Jose de Barros Levenhagen, DEJT 31.3.2017.

49 Em linha com o comando normativo decorrente do artigo 926 do CPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

50 Exemplos: RO-0021527-16.2016.5.04.0000, SDI-2, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 11.4.2017; RO-0021757-58.2016.5.04.0000, SDI-2, Relator Ministro Antonio Jose de Barros Levenhagen, DEJT 28.4.2017; RO-0021468-28.2016.5.04.0000, SDI-2, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 12.5.2017; RO-0021531-53.2016.5.04.0000, SDI-2, Relatora Ministra Delaide Miranda Arantes, DEJT 26.5.2017; RO-21507-25.2016.5.04.0000, SDI-2, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 26.5.2017, e assim por diante.

O debate jurisprudencial também passou pela questão do prazo de vigência da garantia securitária. Ao longo do processo de inserção do seguro nos domínios do processo de trabalho, no âmbito do TST, não se aceitou, como regra, a eficácia garantidora de apólice gravada por cláusula de vigência temporária, predeterminada. Em suma, entendia-se que a precariedade comprometia o próprio cumprimento da finalidade da garantia, conectada com a satisfação do direito de crédito decorrente do título executivo⁵¹, exigindo-se, ao menos, apólice com prazo de vigência razoável.

Em período mais recente (ano 2019 em diante, em particular), passaram a coexistir decisões em ambos os sentidos⁵², mesmo depois do início da vigência do AC n. 1, de 2019, em 16.10.2019 (BRASIL, 2020f)⁵³, período em que, entretanto, parece desenhar-se a tendência mais acentuada pela aceitação da predeterminação de prazo de vigência, em linha com a disciplina regulamentar.

No âmbito do regulamentar, para a finalidade de preservar a eficiência da garantia (e, por conseguinte, proteger o titular do direito de crédito), construiu-se regime operativo pouco ortodoxo. Para isso, em atividade de construção de realidade técnica, deslocou o momento de ocorrência do sinistro, conforme o artigo 10 do AC n. 1º, de 2019 (BRASIL, 2020f). De modo mais específico, criaram-se cinco hipóteses de ocorrência, orientadas por dois parâmetros: em função do inadimplemento (critério material) e em razão do tempo de vigência (critério temporal). Dessa maneira, no primeiro caso, concretiza-se o sinistro: "com o não pagamento pelo tomador do valor executado, quando determinado pelo juiz" (seguro garantia executivo – artigo 10, I, "a") e "[...] em razão de determinação judicial, após o julgamento dos recursos garantidos" (seguro garantia recursal – artigo 10, II, "a", parte final).

No segundo caso, a concretização do sinistro ocorre nas seguintes hipóteses: "com o não cumprimento da obrigação de, até 60 (sessenta) dias antes do fim da vigência da apólice, comprovar a renovação do seguro garantia ou apresentar nova garantia suficiente e idônea" (seguro garantia executivo – artigo 10, I, "b"); idem (seguro garantia recursal – artigo 10, II, "b")⁵⁴ e, por fim, na forma examinada na seção anterior, "com o trânsito em julgado de decisão" (idem – artigo 10, II, "a", primeira parte).

Complementa-se a regulação com a previsão de que "a comprovação da renovação da apólice constitui incumbência⁵⁵ do recorrente ou do executado, sendo desnecessária a sua

51 Exemplo: AIRR-0001349-07.2010.5.01.0205, Sexta Turma, Relator Desembargador Convocado Américo Bede Freire, DEJT 8.5.2015.

52 Exemplo de recusa: AIRR-0002039-45.2016.5.13.0026, Segunda Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 5.4.2019 (no caso, observa-se que o prazo de vigência do seguro expirará apenas em 20.6.2023). Exemplo de aceitação: RR-0010025-52.2014.5.01.0059, Sexta Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 13.9.2019, no qual se assentou que "a existência de prazo de validade no seguro-garantia não o invalida, uma vez que é próprio de seguros a existência de prazos nas apólices". Exemplo de aceitação com ressalva: RR-1000110-66.2016.5.02.0704, Terceira Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 27.9.2019, com a indicação de que, no caso de "[...] prazo determinado de validade da apólice [...]" a garantia "[...] deve ser renovada ou substituída antes do vencimento".

53 Exemplo de persistência quanto à recusa: RR-0011652-45.2015.5.15.0131, Segunda Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 14.2.2020. Do mesmo relator: RR-1001402-19.2018.5.02.0057, DEJT 5.6.2020, e AIRR-0001055-87.2017.5.12.0015, DEJT 19.6.2020, dentre outros.

54 A previsão de sinistro configurado pelo risco de não renovação do seguro parece inspirar-se no artigo 10 da Portaria n. 164, de 2014, da PGFN, com redação quase idêntica. Existe, apenas, ligeira diferença: "obrigação de renovar o seguro" (PGFN) e "obrigação de comprovar a renovação do seguro" (TST).

55 Com acerto, cuida-se da posição jurídica do tomador do seguro como incumbência, pois se relaciona a providência que lhe cabe para, em interesse próprio, manter a condição relativa à garantia recursal ou executiva. No entanto, de modo contraditório, no artigo 10, I, "b", e II, "b", menciona-se a "obrigação de [...] comprovar a renovação do seguro garantia ou apresentar nova garantia suficiente e idônea".

intimação para a correspondente regularização" (artigo 10, parágrafo único)⁵⁶. Ocorrido o sinistro, em qualquer modo de manifestação, convoca-se a entidade seguradora para efetuar o pagamento da correspondente indenização (artigo 11⁵⁷).

O critério material, relacionado com a configuração do estado de inadimplemento, mostra-se convergente com a natureza do interesse de crédito protegido pela cobertura securitária. O critério temporal, no entanto, em alguma medida, parece forçar os limites de conformação e operação dos seguros em geral, sobretudo ao levar-se em conta a aplicação de outras medidas derogatórias do correspondente regime jurídico previsto no Código Civil, acima examinadas.

Na essência, o critério previsto no regulamento converte em sinistro a simples possibilidade de extinção da própria garantia securitária, sem aderência imediata com o interesse acobertado pelo seguro, relacionado com o risco de inadimplemento de direito de crédito. De modo heurístico, estabelece-se a seguinte cadeia presuntiva: a iminência de extinção da garantia equivale à própria extinção dela (previsão de sessenta dias de antecedência); a extinção da garantia equivale ao próprio inadimplemento⁵⁸.

Além disso, o deslocamento do sinistro, no tempo, modifica a própria natureza do interesse salvaguardado pelo seguro e, por consequência, o risco assumido pela entidade seguradora: em certo sentido, deixa-se de proteger o direito de crédito em si para proteger a própria garantia que sobrepaira sobre aquele crédito. De semelhante modo, o risco apropriado pelo segurador não mais se circunscreveria ao estado de inadimplemento alusivo ao direito de crédito, mas passaria a abranger o risco relativo à simples ausência de renovação do próprio contrato de seguro e, por extensão, o risco de extinção da garantia recursal ou executiva.

Nesse sentido, não se poderia reconhecer, a princípio, que o seguro protege o interesse legítimo do próprio tomador quanto à prestação de garantia recursal ou executiva. Em certo sentido interpretativo, porém, poderia existir lugar para defender a ideia de que se trata de seguro por conta alheia com a vocação funcional de proteger o legítimo interesse do credor quanto ao direito de contar com o amparo de garantia recursal ou executiva.

Do ponto de vista da técnica securitária, acima examinada, no entanto, cuida-se de contrato de seguro por conta alheia, em benefício daquele que comparece como titular do direito de crédito. Independentemente dessa discussão, na perspectiva do credor, o regime estabe-

56 A regra coloca-se na contramão do dever processual da cooperação, com alcance sobre todos os atores do processo, inclusive o Judiciário (CPC, artigo 6º). No caso do seguro garantia judicial recursal, vinculado ao pressuposto objetivo extrínseco de preparo, a incongruência com aquele dever assoma de modo mais evidente. No caso de expiração, ou de iminência de expiração, do prazo da garantia securitária durante o processamento do recurso, mesmo depois de iniciado o julgamento (CPC, 933, § 1º), cumpriria ao relator intimar o recorrente para prestar nova garantia (securitária ou não), na forma do artigo 933, cabeça, e, por analogia, do artigo 1.007, § 2º, ambos do CPC. De acordo com essa compreensão, o reconhecimento de deserção superveniente ocorreria apenas no caso de ausência de acudimento tempestivo para a regularização do preparo.

57 "Configurado o sinistro, o magistrado que estiver na direção do processo determinará à seguradora o pagamento da dívida executada, devidamente atualizada, no prazo 15 (quinze) dias, sob pena de contra ela prosseguir a execução nos próprios autos, sem prejuízo de eventuais sanções administrativas ou penais pelo descumprimento da ordem judicial". Como semente para oportuna investigação, deixa-se registrada a seguinte pergunta: o pagamento da indenização securitária, em condição substitutiva (indenização como reparação de dano), geraria interferência na natureza jurídica da obrigação originalmente em execução para o efeito de incidência de tributos?

58 A técnica regulamentar acaba por encurralar o tomador do seguro e o agente segurador: em rigor, ou renova-se o contrato de seguro garantia (com a criação do dever jurídico de renovar o seguro) ou incorre-se em sinistro, o que, por conseguinte, compromete a aleatoriedade inerente aos arranjos securitários. De acordo com Tavares (2017, p. 121), o marco regulatório vigente pode representar situação "[...] disfuncional e antialeatória em virtude do compromisso do segurador em indenizar sem a ocorrência do risco, na hipótese de não renovar a apólice e o tomador não substituir a garantia".

lecido pelo regulamento adensa sobremaneira a garantia relacionada com a satisfação do crédito, como que à maneira de reforço assecuratório.

Nesse particular ângulo analítico, o regime regulamentar resulta em proteção de dupla camada, em sobreposição: na camada externa, de proteção imediata, a garantia da garantia, contra o risco de haver risco de inadimplemento (exigência de manutenção da garantia; “metagarantia”); na porção interior, de salvaguarda mediata, a proteção do direito de crédito em si, contra o risco de inadimplemento.

A despeito disso, a heterodoxia regulamentar pode abrir margem para questionamentos relacionados com a legalidade (e, por conseguinte, com a segurança jurídica), além de poder comprometer a viabilidade do seguro garantia judicial como produto securitário do qual a própria Justiça do Trabalho pode colher benefícios institucionais para a eficiente concretização de direitos fundamentais relacionados com a atividade jurisdicional satisfativa. Desse modo, na próxima seção, examinam-se possibilidades de aprimoramento do regime de garantia securitária no processo do trabalho.

4. O SEGURO GARANTIA JUDICIAL E A PROTEÇÃO DO DIREITO DE CRÉDITO DO TRABALHADOR: PROPOSTA DE CONFLUÊNCIA NORMATIVA EFICIENTE

Com o propósito de conferir especial e efetiva proteção ao titular de direito de crédito – comumente com natureza alimentar –, o marco de regulação no âmbito do TST reestruturou a base conformativa do seguro garantia judicial, distanciando-o, em alguma medida, do regime jurídico dos seguros em geral e da técnica securitária mais ortodoxa.

A despeito da existência de fundamentos idôneos, ligados, sobretudo, à concretização de direitos do trabalhador, o reforço do sistema protetivo realizado dessa maneira pode, ao cabo de contas, servir como fator de insegurança e emitir sinal de desestímulo para a difusão de instrumentos securitários como garantia no processo do trabalho.

Em outras palavras, o regime regulatório pode resultar no encarecimento de prêmios ou na adoção de comportamento ainda mais cauteloso por parte dos agentes seguradores. Por consequência, no limite, o estreitamento do campo de operação da garantia securitária representaria retrocesso institucional, com o retorno ainda mais reforçado do pouco eficiente sistema tradicional de penhora, expropriação e alienação de bens.

O aprimoramento do sistema de garantias securitárias no processo do trabalho pode percorrer diversos caminhos complementares. O primeiro deles, conectado com o princípio da legalidade e da segurança jurídica, consiste em conduzir o seguro garantia judicial para o ambiente do sistema de direito positivo ordinário (lei em sentido estrito), para além da simples previsão genérica na ordem jurídica processual. Cuida-se, portanto, de discipliná-lo em lei, como produto securitário, quanto a determinados pontos de tensão que o distancia dos seguros em geral, sem, evidentemente, ingressar em minudências, que podem – e devem – permanecer no ambiente regulamentar, dotado de maior dinamismo e especialização técnica. Nesse sentido, existe o Projeto de Lei do Senado n. 543, de 1999 (BRASIL, 2020d), nele

aprovado, e atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei n. 2.851, de 2003 (BRASIL, 2020a), preparado para votação em plenário.

De acordo com a redação aprovada pela casa legislativa iniciadora, solucionam-se, por exemplo, no nível legal, os seguintes impasses: a interdição de uso da exceção do contrato não cumprido (artigo 5^o⁵⁹) e o prazo de vigência correspondente, como regra, ao tempo de duração da obrigação amparada pela garantia (artigo 8^o⁶⁰), o que elimina aquela pouca castiça técnica regulamentar de ficcional deslocamento do sinistro no tempo em razão do simples “risco de risco” de inadimplemento, pela aproximação do término da vigência do seguro.

Além disso, conviria emendar o artigo 2^o⁶¹, para acrescentar a expressa previsão de cobertura sobre obrigação decorrente de decisão ou processo judicial. Outro ponto merecedor de atenção diz respeito à harmonização do regime securitário com a permanente possibilidade de solução consensual da demanda⁶²: nesse campo, o seguro garantia não deve atuar como fator de desestímulo.

Consequentemente, como medida de preservação da vocação conciliatória da Justiça do Trabalho, poderia prever-se que a novação da dívida, em virtude de negócio jurídico de transação, não compromete a eficácia garantidora do seguro, observado, porém, como limite máximo, o valor da cobertura inicial, derogando-se, portanto, nesse ponto, a regra geral constante do artigo 364 do Código Civil⁶³.

O segundo possível caminho de aprimoramento envolve a construção de modelo de garantia securitária dinâmica e flexível, com incremento de efetividade e produção de ganhos de eficiência para o conjunto de interessados. Nesse paradigma regulatório: preserva-se – e acentua-se – a finalidade de proteção do direito de crédito (dos trabalhadores, sobretudo, com qualidade alimentar), com a instituição de regime misto de garantias; (re)aproxima-se o seguro garantia judicial da técnica securitária ordinária, com destaque para a presença mais evidente das diretrizes de equilíbrio econômico, financeiro e atuarial.

59 “A mora ou inadimplemento do tomador no pagamento do prêmio não prejudica os direitos do segurado, continuando a apólice em vigor. Parágrafo único. Na hipótese de mora ou inadimplemento no pagamento de qualquer parcela do prêmio, ocorrerá o vencimento das demais, podendo o segurador recorrer à execução das contragarantias”.

60 “O contrato de seguro vigorará da data de início fixada na apólice até a extinção da obrigação garantida. § 1º. O término de vigência do contrato de seguro poderá ser formalizado pela devolução do original da apólice pelo segurado ou por sua declaração escrita, atestando o cumprimento da obrigação garantida. § 2º. O término de vigência do contrato de seguro dar-se-á, ainda, por declaração do tomador à seguradora que, neste caso, notificará o segurado para que se pronuncie no prazo de 30 (trinta) dias, importando a não-manifestação em certificação do cumprimento da obrigação. § 3º. A apólice poderá estabelecer prazo certo de vigência para o contrato de seguro, nos casos autorizados pelo órgão oficial de fiscalização e controle da atividade”.

61 “Seguro-garantia é aquele pelo qual a seguradora garante ao segurado o fiel cumprimento de uma obrigação do tomador, decorrente de lei ou contrato, até o valor fixado na apólice”. Em rigor, a obrigação decorrente de decisão judicial não deixa de decorrer de lei. No entanto, por imperativo de precisão, registra-se sugestão de emenda: “Seguro-garantia é aquele pelo qual a seguradora garante ao segurado o fiel cumprimento de uma obrigação do tomador, decorrente de lei, de contrato ou de decisão ou processo judicial, administrativo ou arbitral, até o valor fixado na apólice”. A expressão “de decisão ou processo” justifica-se pela necessidade incluir as obrigações representadas por título executivo judicial (CPC, artigo 515) e extrajudicial (CPC, artigo 784). A extensão para o processo administrativo – em relação à imposição de sanção pecuniária, por exemplo, – poderia permitir que o devedor obtivesse certificação de conformidade antes mesmo do eventual ajuizamento de execução fiscal.

62 De acordo com o artigo 764 da CLT, “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”.

63 “A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. [...]”. Por idêntico motivo, deve repelir-se a aplicação analógica do artigo 787, § 2º, pelo qual, em seguro de responsabilidade civil, se proíbe “[...] ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador”.

De modo mais específico, a modelagem securitária dinâmica parte da identificação das probabilidades de ocorrência de sinistro (inadimplemento da obrigação), com a consequente criação – e manutenção – de tábuas de sinistralidade. Para isso, valendo-se de ferramentas de tecnologia de informação e comunicação, devem correlacionar-se estatisticamente os dados pertinentes, muitos deles rotineiramente levantados pela Justiça do Trabalho (TST, 2020a).

Nesse apanhado de dados, podem incluir-se, dentre outros, os seguintes elementos relacionados à passagem do tempo: o tempo médio de perduração do ciclo cognitivo do processo (da propositura da demanda ao trânsito em julgado da decisão condenatória⁶⁴); o tempo médio de perduração do processo de execução (execução de título extrajudicial) ou da etapa executiva da demanda (idem, judicial); o tempo médio de existência e de sobrevivência das empresas do ramo, eventualmente correlacionada com o efetivo tempo de atividade do devedor–tomador.

Para obter retrato dotado de maior grau de fidedignidade, pode-se adotar recorte geográfico. Surge, assim, como possibilidade de critério, a apuração por área de abrangência de cada Tribunal Regional do Trabalho (elementos “a” e “b”, em especial) e por Estado ou município (idem, “c”). Além disso, podem adicionar-se, certos parâmetros de ordem material e pessoal, como, por exemplo, o ramo da atividade econômica desenvolvida pelo devedor, de acordo com a Classificação Nacional de Atividades Econômicas, e a natureza e o objeto da obrigação coberta pela garantia, mediante, por exemplo, a oposição entre parcelas decorrentes de contrato de trabalho em execução e de contrato de trabalho extinto.

O rigoroso tratamento estatístico desses elementos pode resultar no estabelecimento de índices de sinistralidade e/ou de graus de risco de inadimplemento. Nesse sentido, existiria espaço para examinar a possibilidade de adoção de modelo inspirado no equacionamento objetivo de riscos relacionados com a saúde, a segurança e ambiente do trabalho, no sistema de apuração de contribuições previdenciárias pelo regime SAT/RAT (Seguro Acidente de Trabalho e Risco Ambiental do Trabalho).

O quadro acima delineado confere dinamismo ao sistema securitário. Em outro flanco, porém, convém emprestar-lhe flexibilidade. O caráter dinâmico guarda relação com a sinistralidade e os riscos de ordem geral, considerando o conjunto de agentes com atuação no domínio econômico. A conformação flexível consiste em partir daquele quadro dinâmico e, sem perder a objetividade, de modo complementar, adequá-lo à condição particular do devedor–tomador⁶⁵, adotando-se como fonte de inspiração, nesse segmento, o trabalho desenvolvido por Feitosa e Cruz (2019, p. 12-14) no campo do Direito Tributário, para o equacionamento de impasses na relação entre o Fisco e o contribuinte, com as necessárias adaptações para o particular contexto de prestação de garantia securitária processual.

64 Para atenuar o viés estatístico, a apuração deve recair, dentro do possível, sobre os processos de que resulte o reconhecimento da exigibilidade de obrigação, sem incluir, pois, os casos de extinção anômala, por questão meramente processual, e assim por diante.

65 Embora com fundamentos e propósitos não integralmente coincidentes, o artigo da CLT 899 contém previsões que se avizinham da ideia de flexibilidade, mediante a redução ou a dispensa de prestação de garantia recursal: § 9º. “O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte”; § 10. “São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial”. Na mesma linha operativa, quanto à dispensa de prestação de garantia executiva: “A exigência da garantia ou penhora não se aplica às entidades filantrópicas e/ou àqueles que compõem ou compuseram a diretoria dessas instituições” (CLT, artigo 882, § 6º).

Assim, a maleabilidade securitária atua nos seguintes eixos operativos: como diretriz geral, conservar a efetividade da proteção decorrente do seguro garantia; propiciar ao “bom devedor–tomador” melhores condições de acesso a produtos securitários competitivos (a prêmios mais módicos, por exemplo); por consequência, servir de incentivo para os agentes econômicos em geral adotarem comportamento compatível com a aquisição ou a manutenção do estado de “bom devedor–tomador” (e, com isso, poderem contar com aquele regime favorecido)⁶⁶.

A qualidade de “atual bom devedor–tomador” (no processo em que se pretende oferecer garantia) resulta, em grande medida, da condição passada de “bom pagador”. Nessa linha de raciocínio, o “bom pagador”, no geral, revela a tendência de enquadrar-se como devedor idôneo e confiável. A apuração objetiva dessa condição poderia resultar, por exemplo, da instituição de sistema de pontuação, a tomar em consideração o desempenho histórico do devedor quanto ao regular, adequado e tempestivo cumprimento de obrigações perante a Justiça do Trabalho.

Também poderia compor a avaliação do comportamento pregresso do devedor as ocorrências ilícitas como, por exemplo: a prática de ato atentatório contra a dignidade do sistema de justiça (CPC, artigos 774 e 918, parágrafo único, dentre outros); a interposição de recursos com propósito de protelação, com a desnecessária adição de tempo ao processo, elemento que, como se demonstrou, atua no sentido contrário da efetividade satisfativa, e o descumprimento de deveres processuais em geral (CPC, artigo 77, dentre outros).

De similar maneira, o descumprimento de deveres do processo não propiciaria, apenas, reprimenda endoprocessual, mas poderia, de forma indireta, irradiar efeitos para outros processos, com alcance exoprocessual, portanto: a punição aplicada em determinado processo resultaria na diminuição da nota de desempenho do transgressor, refletindo, por consequência, no regime de acesso a prestação de garantias em condições diferenciadas.

Na mesma linha de raciocínio, no caso de escorreita observância dos deveres do processo, a conduta do sujeito processual poderia colocar-se na base de sistema de sanção positiva exoprocessual, medida que representaria incentivo para o agente adotar adequado comportamento como litigante não apenas no contexto reduzido e finito de um processo, mas perante o sistema de justiça como um todo (estímulo para a conformidade processual).

Um indicativo da condição “bom pagador” provém do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT) e da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), na forma prevista no artigo 642-A da CLT. Dessa maneira, em linha geral, no procedimento de prestação de garantias, o devedor–tomador inscrito no BNDT contaria com condição menos favorecida do que aquele que pode exibir CNDT⁶⁷.

66 Como argumento de reforço para a admissão de garantia executiva maleável, aponte-se a investigação realizada por Campos e Di Benedetto (2015, p. 18), na qual se identificou que a oposição de embargos à execução na Justiça do Trabalho (dependente, como regra, de prestação de garantia) não aparece com frequência nem integra o catálogo dos mais preocupantes problemas relacionados com a inefetividade das execuções. De acordo com eles (2015, p. 20 e 45-46), o problema reside, primordialmente, no inadimplemento voluntário dos devedores, independentemente, portanto, da apresentação de garantias como meio de acesso ao exercício do contraditório: “em suma, ao estudar os embargos (à execução e de terceiros), percebe-se que a subfase em que eles são impetrados [opostos, na verdade] não apresenta problemas graves para o avanço da fase de execução trabalhista. Isto porque os embargos são bastante raros em tribunais de todos os portes. [...]”, de sorte que “os embargos não parecem obstaculizar, de maneira séria, as execuções na Justiça do Trabalho” (CAMPOS; DI BENEDETTO, 2015, p. 18).

67 Assim, a apresentação de seguro garantia executivo, como substituto da penhora, pode servir como porta de acesso para a CPDT, com efeitos de CNDT.

O resultado da aplicação de sistema de dupla ponta – dinâmica e flexível; geral e particular – poderia repercutir no regime jurídico de prestação de garantia recursal e executiva, com alcance não apenas sobre o seguro garantia judicial. No caso da garantia securitária, a nota de desempenho do devedor–tomador exerceria influência – positiva ou negativa – em duas dimensões: privada, perante o mercado segurador, e pública, diante do sistema de justiça (Justiça do Trabalho, no caso em estudo).

Junto ao mercado segurador, a influência adviria da correlação direta entre o desempenho do devedor interessado e o acesso à contratação de seguro em condições competitivas (a menores prêmios, por exemplo, como se apontou). Perante a Justiça do Trabalho, descortinam-se numerosas possibilidades de calibração do regime de garantias de acordo com o histórico do devedor.

O bom desempenho do devedor–tomador poderia permitir acesso a regime menos rigoroso. Nesse sentido, por exemplo, existiria espaço para aceitar seguro garantia judicial com prazo de vigência predeterminado sem que isso, em si, representasse incremento de risco de inadimplemento. Assim, por exemplo, de acordo com a tabulação estatística construída na forma acima enunciada, o prazo de vigência mínima da apólice poderia oscilar ao sabor daquele conjunto de variáveis, calcadas, sobretudo, em parâmetros de passagem do tempo.

Ainda sobre o prazo de vigência da cobertura, como recurso integrativo, a partir do critério de acréscimo de trinta por cento sobre o valor do débito (acima discutido), haveria lugar para a exigência de acréscimo de vigência sobre o tempo médio de expectativa de perduração do processo ou da fase de execução. A própria exigência de adjeção de tempo pode variar de acordo com desempenho histórico do devedor–tomador: assim, o agente com bom desempenho anterior poderia apresentar garantia com menor tempo de vigência, conseguindo obter, com isso, prêmio de menor valor. A interposição de recursos – que, por definição, representa o prolongamento da relação jurídica processual – poderia resultar em exigência de adição de tempo de garantia, mediante endosso securitário.

Um passo mais ousado, com base naquele conjunto de elementos estatísticos, consistiria em prever a possibilidade de dispensa de parte da garantia, com a redução do próprio valor da cobertura, que, nesse caso, não alcançaria a integralidade do débito, vantagem que encontraria justificativa e fundamento na identificação do baixo grau de risco de inadimplemento. Em qualquer caso, no entanto, a proposta de aprimoramento do sistema acompanha-se da previsão de retaguarda securitária e processual, destinada à proteção dos interesses dos credores.

De antemão, registra-se que as próprias retaguardas securitárias podem comportar modulação flexível, impondo-se de modo mais ou menos rigoroso, conforme a identificação dos riscos concretamente envolvidos. Nesse sistema de escolta garantidora, incluem-se a exigência de contratação de resseguro e a paralela aplicação de instrumentos processuais de incremento da efetividade do processo, ainda que não se coloquem, diretamente, como condição para a aceitação do seguro garantia judicial.

Os instrumentos paralelos transitam pela atenuação do impacto da passagem do tempo sobre o processo, mediante, por exemplo, a exigência de pagamento imediato da parcela incontroversa da dívida e a aplicação eficiente da ideia de trânsito em julgado progressivo⁶⁸,

68 Nesse sentido, a Súmula n. 100, II, do TST.

com o processamento de execução definitiva quanto às parcelas não discutidas em recurso e em relação ao devedor principal enquanto pende o julgamento de recurso de devedores subsidiários, exceto, logicamente, nos casos de possibilidade de produção do chamado efeito expansivo objetivo ou subjetivo, respectivamente.

Ademais, os contrafortes securitários devem incluir a regulamentação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (FGET), com criação determinada pelo artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, mas ainda pendente de regulamentação (CAMPOS; DI BENEDETTO, 2015, p. 41-45)⁶⁹: para eventualidade de expiração da vigência do seguro garantia judicial acompanhada pelo estado de inadimplemento do devedor, a satisfação do crédito proviria de recursos desse fundo, sem prejuízo, nesse caso, do direito de regresso contra aquele devedor, para ressarcimento.

Parte do custeio do FGET poderia provir do próprio sistema securitário. Sobre as operações de seguro, incide imposto específico (IOF)⁷⁰. Diante da impossibilidade de vinculação direta de imposto a despesas determinadas⁷¹, abre-se como possibilidade a substituição integral ou parcial do imposto por contribuição social geral ou interventiva⁷², com arrecadação atrelada ao fundo.

5. CONCLUSÃO

A efetiva satisfação de créditos decorrentes de relação de trabalho depende da previsão de determinadas medidas de proteção processual especial em favor do credor-trabalhador, com alcance sobre as garantias creditícias. Esse credor, como regra, encontra-se em situação de vulnerabilidade: os dados encontrados na pesquisa apontam que, na Justiça do Trabalho, existe acentuado predomínio de demandas que cuidam de matérias relacionadas com a extinção da relação jurídica contratual.

O sistema de proteção processual especial, porém, deve orientar-se pelo equilibrado equacionamento entre legítimos interesses contrapostos de credor e devedor, para propiciar, a ambos, a concretização ótima do direito fundamental a tutela jurisdicional adequada. Em meio a esse cenário, a investigação centrou-se no exame do instituto do seguro garantia judicial em dupla perspectiva operativa (processual e contratual), nas modalidades de seguro executivo e de seguro recursal, nele encontrando regime pouco eficiente e carente de aprimoramento.

A ineficiência decorre, sobretudo, de certo paradoxo regulatório. De um lado, o atual quadro de regulação sobre o seguro garantia judicial assenta-se na premissa do fortalecimento da proteção do direito de crédito do trabalhador, com base em normas regulamentares rígidas que, em significativa medida, derrogam o desenho estrutural geral dos seguros de

69 Questiona-se o estado de inércia legislativa na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 27, proposta em 2014 pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (STF, 2014). E desde aquele então prevalece o estado de omissão jurisdicional, pois a ação segue sem decisão. A matéria integra o objeto do Projeto de lei n. 4.597, de 2004, em tramitação na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2020b).

70 CF, artigo 153, V.

71 CF, artigo 167, IV.

72 CF, artigo 149.

dano delineado no Código Civil. No entanto, por outro lado, o objetivo – ou a intenção – de adensar normativamente a proteção dada ao direito de crédito do trabalhador parece não conseguir oferecer resultados práticos satisfatórios: a formal inclusão do seguro garantia judicial nos domínios do processo do trabalho ainda não repercute de modo perceptível na efetivação do crédito nem na redução do tempo médio de duração da execução no processo do trabalho, contexto em que o fator tempo atua como elemento central nas probabilidades de adimplemento da dívida.

Diante desse diagnóstico de ineficiência do regime do seguro garantia no processo do trabalho, a pesquisa cuidou de identificar elementos para a reversão – ou, ao menos, a atenuação – desse quadro. Nessa atividade, notou-se que a solução do problema pode passar pelo estabelecimento de modelo securitário dinâmico e flexível, assentado no exame probabilístico de realização do direito de crédito, inclusive para reaproximar o seguro garantia da conformação estrutural elementar desse tipo de contrato, assinalado pela aleatoriedade.

Nessa proposta, os elementos de dinamismo e flexibilidade do seguro garantia associam-se à avaliação do comportamento pregresso do devedor quanto ao correto e pontual adimplemento de créditos derivados da relação de trabalho, para identificar o “bom pagador”. Para isso, aventa-se a instituição de sistema de pontuação e/ou estabelecimento de categorias de risco de inadimplemento, operacionalizada a partir do tratamento estatístico de dados produzidos pela Justiça do Trabalho e de outras fontes, públicas e, eventualmente, privadas.

O dinamismo, especificamente, determina que a avaliação da condição de bom pagador deve ocorrer de maneira contínua, como medida para estimular a conservação dessa qualidade e permitir a identificação de eventual alteração do grau de risco de inadimplemento associado a determinado devedor. A partir da identificação do risco de inadimplemento, dinamicamente avaliados, a flexibilidade deve propiciar a instituição de regimes securitários diferenciados e favorecidos para beneficiar os agentes que contam com a condição de bom pagador, em linha com a seguinte enunciação: quanto menores forem os riscos de inadimplemento, menos rigorosas devem ser as exigências de prestação de garantias. Para conservar a proteção especial conferida aos créditos decorrentes das relações de trabalho, o modelo securitário dinâmico e flexível deve receber reforço a partir de sistema de garantias de retaguarda, como a previsão de contratação de resseguro e integração desse modelo no FGET, ainda pendente de regulamentação.

Nesse sentido, a proposta de modelo de seguro garantia judicial dinâmico e flexível apresenta, ao menos, duas grandes virtudes: na perspectiva processual, contribui para a composição equilibrada e eficiente de interesses legítimos de credor e devedor (beneficia o bom devedor sem desproteger o credor); do ponto vista contratual, pode servir de estímulo para o desenvolvimento do mercado desse ramo securitário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Machado Cabral de. *O seguro garantia judicial e o Código de Processo Civil de 2015*. 2018. 62 p. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2018.

ANDOLINA, Ítalo. *Il tempo e il processo*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 176, p. 259-274, out. 2009.

BRASIL (2011). Superior Tribunal de Justiça. Secretaria de Jurisprudência. *Informativo de Jurisprudência*: Informativo n. 0483 – período: 12 a 23 de setembro de 2011. Brasília: STJ, 2011. Disponível em: <http://tiny.cc/2afzqz>. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL (2016). Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. *Sobrevivência das empresas no Brasil*. Coordenação Marco Aurélio Bedê. Brasília: Sebrae, 2016. Disponível em: <http://tiny.cc/xkcxqz>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL (2017). Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Coordenação de Metodologia das Estatísticas de Empresas, Cadastros e Classificações. *Demografia das empresas: 2015*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. (Estudos & Pesquisas: informação econômica n. 29). Disponível em: <http://tiny.cc/20ttsz>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL (2019a). Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL (2019b). BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Relatório geral da Justiça do Trabalho: 2018*. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa. Brasília: TST, 2019. Disponível em: <http://tiny.cc/segxqz>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL (2020a). Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 2.851, de 2003*. Dispõe sobre o seguro-garantia e dá outras providências. Disponível em: <http://tiny.cc/20a8qz>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL (2020b). Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 4.597, de 2004*. Dispõe sobre o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas previsto pelo artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, e dá outras providências. Disponível em: <http://tiny.cc/81x8qz>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL (2020c). Presidência da República. *Portal da legislação*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL (2020d). Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n° 543, de 1999*. Dispõe sobre o seguro-garantia e dá outras providências. Disponível em: <http://tiny.cc/rwa8qz>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL (2020e). Superintendência de Seguros Privados. *Circular Susep n.º 477 de 30/09/2013*. Dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga condições padronizadas e dá outras providências. Disponível em: <https://is.gd/aB5DKZ>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL (2020f). Tribunal Superior do Trabalho. *Ato Conjunto n. 1/TST.CSJT.CGJT, de 16 de outubro de 2019*. Dispõe sobre o uso do seguro garantia judicial e da fiança bancária em substituição a depósito recursal e para garantia da execução trabalhista. Disponível em: <http://tiny.cc/xyh5qz>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL (2020g). Tribunal Superior do Trabalho. *Ato Conjunto n. 1/TST.CSJT.CGJT, de 29 de maio de 2020*. Altera os artigos 7º, 8º e 12 do Ato Conjunto n. 1/TST.CSJT.CGJT, de 16 de outubro de 2019, que dispõe sobre o uso do seguro garantia judicial e da fiança bancária em substituição a depósito recursal e para garantia da execução trabalhista. Disponível em: <http://tiny.cc/l4h5qz>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL (2020h). Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa n. 3, de 1993*. Interpreta o artigo 8º da Lei n. 8.542, de 23 de dezembro de 1992, que trata do depósito para recurso nas ações na Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://tiny.cc/rf64qz>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CAMPOS, André Gambier; DI BENEDETTO, Roberto. *Insumos para a regulamentação do Funget*: informações sobre execuções na Justiça do Trabalho. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015 (Texto para discussão n. 2.140). Disponível em <https://is.gd/OpSZuS>. Acesso em: 25 jun. 2020.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; CRUZ, Antonia Camilly Gomes. *Nudges fiscais: a economia comportamental e o aprimoramento da cobrança da dívida ativa*. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 4, p. 1-16, out./dez. 2019. Disponível em: <https://is.gd/QaYOlq>. Acesso em: 24 jun. 2020.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: Direito civil e empresarial*. São Paulo: RT, 2009.

GOLDBERG, Ilan; PINTO, Carolina. Considerações a respeito da aceitação do seguro garantia judicial perante o poder judiciário brasileiro. In: *Direito de seguro e resseguro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Cap. 8, p. 89-97.

INSTITUTO BRASILEIRO DE RESSEGUROS. *Dicionário de seguros: vocabulário conceituado de seguros*. 3. ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2011.

QUEIROZ E SILVA, Jules Michelet Pereira. *Execução Fiscal: eficiência e experiência comparada*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.

SAMPAIO, Jáder dos Reis. O Maslow desconhecido: uma revisão de seus principais trabalhos sobre motivação. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 44, n. 1, p. 5-16, jan./mar. 2009.

SCHIAVI, Mauro. *Execução no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS (2020). *Glossário*. Disponível em: <https://is.gd/cSmo5x>. Acesso em: 22 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro pede informações em ação sobre fundo de execuções trabalhistas. *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 28 fev. 2014. Disponível em: <http://tiny.cc/csx8qz>. Acesso em: 24 jun. 2020.

TAVARES, André. Seguro Garantia: limites temporais e nexos funcionais. *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 112-125, nov. 2017. Disponível em: encurtador.com.br/bjGQ1. Acesso em: 25 jun. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (2020a). *E-Gestão 1º Grau: manual de orientações do sistema e-Gestão 1º Grau – versão 2.0*. Disponível em: <http://tiny.cc/g9x xqz>. Acesso em: 17 jun. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (2020b). *Estatística: assuntos mais recorrentes na JT*. Disponível em: <http://tiny.cc/k1bxqz>. Acesso em: 16 jun. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (2020c). *Estatística: prazos na JT*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/prazos>. Acesso em: 17 jun. 2020.

THE LAW DICTIONARY (2020). *What is ESCROW AGENT?* Disponível em: <http://tiny.cc/g4w8qz>. Acesso em: 24 jun. 2020.

Recebido/Received: 28.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

SUBVERSÃO DO SIGNO HEGEMÔNICO DA REPRESENTAÇÃO SINDICIAL: ANÁLISE-CRÍTICA DAS DESIGUALDADES DENTRO DOS SINDICATOS À LUZ DO SEGUNDO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

ANALYSIS OF INEQUALITIES WITHIN UNIONS IN THE
LIGHT OF JOHN RAWLS 'SECOND PRINCIPLE OF JUSTICE

RAINER BOMFIM¹

MARINA SOUZA LIMA ROCHA²

RESUMO

John Rawls, em sua obra "Uma Teoria da Justiça", realiza explicações sobre o que considera ser a Teoria da Justiça através da análise de dois princípios: o primeiro, que trata sobre liberdades básicas iguais para todos; o segundo, que trata sobre igualdade e equilíbrio nas desigualdades sociais e econômicas e a sua vinculação com a acessibilidade a cargos e posições de lideranças a todos. O autor afirma que tais princípios devem ser adotados por entes coletivos que chama de Instituições Sociais, que, por sua vez, formam a estrutura básica da sociedade. No âmbito do Direito do Trabalho Coletivo, identifica-se que os sindicatos se amoldam ao conceito de instituições sociais descrito por Rawls, de maneira que se torna conveniente a análise da aplicabilidade dos princípios da justiça em tais entes. Pode-se tomar como base a análise da aplicabilidade do segundo princípio da justiça, uma vez que os sindicatos se mostram, historicamente, como instituições que priorizam em sua estrutura interna a voz dos homens brancos, heterossexuais e cis-gêneros. Ao realizar uma análise crítica da estrutura dos sindicatos, sugere-se que a aplicação do segundo princípio da justiça, como equilibrador de desigualdades sociais, econômicas e de oportunidade de acesso a cargo e posições, auxiliaria na pluralização do ambiente interno de tais entes, de maneira que as suas próprias demandas e bandeiras de luta naturalmente seriam alteradas de modo a abarcar trabalhadores/as pertencentes às mais variadas classes sociais, econômicas e culturais, proporcionando um ambiente mais justo, segundo a visão liberal igualitária de justiça de Rawls.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Coletivo do Trabalho. Teoria da Justiça. John Rawls. Sindicato.

1 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito da Previdência Social pela FAVENI. E-mail: rainerbomfim@outlook.com.

2 Mestranda em Direito pela UFOP. Bolsista UFOP. E-mail: marinarocha.direito@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

BOMFIM, Rainer; ROCHA, Marina Souza Lima. *Subversão do signo hegemônico da representação sindical: análise-crítica das desigualdades dentro dos sindicatos à luz do segundo princípio da justiça de John Rawls*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 348-362, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.7763>.

ABSTRACT

John Rawls, in his work "A Theory of Justice", explains what to consider the Theory of Justice through the analysis of two principles: the first, which deals with equal basic freedoms for all; the second, which deals with balance and balance in social and economic economies and their connection with accessibility to loads and leadership positions in all. The author states that such principles must be adopted by collective entities that they call Social Institutions, which, in turn, form a basic structure of society. Within the scope of Collective Labor Law, it is identified that the indicators conform to the concept of social institutions described by Rawls, so that it is convenient to analyze the application of the principles of justice in such entities. The applicability analysis of the second principle of justice can be taken as a basis, since indicators are historically more common as institutions that prioritize the voice of white, heterosexual and cisgender men in their internal structure. When performing a critical analysis of the structure of the indicators, we suggest that you apply the second principle of justice, such as the balance of social inequalities, the economy and the opportunity to access loads and positions, assist in the pluralization of the internal environment of such entries, in a way that its demands demand and fight flags normally altered in order to include workers tend to occur in more social, economic and cultural classes, to use a fairer environment, according to Rawls' liberal egalitarian vision of justice.

KEYWORDS: Collective Labor Law. Theory of Justice. John Rawls. Syndicate.

1. INTRODUÇÃO

Sob a vertente metodológica jurídico-crítica (GUSTIN, DIAS, 2013, p. 23), objetiva-se analisar a desigualdade dentro dos sindicatos com o enfoque na teoria política de John Rawls, especialmente o segundo princípio de justiça elaborado pelo autor no livro "Uma teoria da justiça" (2008). O trabalho justifica-se pela centralidade da atuação sindical na luta do Direito Coletivo do Trabalho que se concentra num signo masculino, branco, cisgênero, sendo centrado num sujeito tipicamente marcado como moderno. Assim, a eleição e a análise dentro do espectro da filosofia política é uma escolha de, aos poucos, ocupar espaços estratégicos que também são majoritariamente masculinos, brancos e elitizados por um paradigma de conhecimento hegemônico no norte global (BALLESTRIN, 2003; EISENSTEIN, 2014).

Dessa forma, a questão-problema a ser respondida é se com a aplicação prática do segundo princípio (igualdade), elaborado por John Rawls, o sindicato se tornaria uma instituição mais democrática e atenta às demandas da sociedade contemporânea? Frente a isso, a hipótese deste trabalho é que caso se respeite o referido princípio, nos moldes e pressupostos apresentado pelo filósofo, se teria uma estrutura mais aberta à pluralidade dos sujeitos e mais igualitária àqueles/as trabalhadores/as da modernidade.

Contextualizando, tem-se que um dos principais entes de representação coletiva do país (se não o principal) é o sindicato, pois se trata de órgão estruturado, com proteção constitucional, para dar voz à classe trabalhadora em sua injusta relação estabelecida com os empregadores. Portanto, perceber o porquê de sua existência com proteção normativa é tentar estabelecer diálogos, conflitos e regras, através da criação de normas coletivas (Acordos Coletivos de Trabalho e Convenções Coletivas de Trabalho), que garantam aos/as trabalhadores/as o mínimo de direitos necessários para que com aquela relação de emprego se estabeleça uma vida digna e justa, conforme os ditames da Constituição Federativa da República do Brasil de 1988 (CFRB/88) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Dessa maneira, o alcance do que é intitulado como “vida digna e justa” seria através da efetivação dos princípios fundamentais da CFRB/88, sendo importante que para este alcance os sindicatos ajam de maneira justa e inclusiva em suas negociações. Ocorre que, dentro de sua própria estrutura interna, os sindicatos não costumam ser justos no que tange à distribuição de cargos e posições, reproduzindo as práticas discriminatórias sofridas pela população marginalizada da sociedade e contribuindo para a perpetuação de desigualdades econômicas e sociais de membros da heterogênea classe trabalhadora.

Os sindicatos, em sua grande maioria, se mostram como um retrato do que ocorre nas empresas: homens brancos e cis são priorizados em face das demais classes e gêneros. Mulheres^{3,4} por exemplo, ainda não alcançaram o patamar de liderança necessário à garantia de sua justa representação nestes órgãos. O que faz necessário um constante trabalho de conscientização da classe trabalhadora acerca da importância da valorização da figura feminina no ambiente de trabalho.

Assim, torna-se impetuoso repensar a maneira com que os sindicatos, em suas próprias dinâmicas internas, realizam a distribuição de cargos e posições, sendo a aplicação da “Teoria da Justiça” de John Rawls para a realização de uma reflexão acerca da injustiça que paira sob essas instituições.

O trabalho é desenvolvido com uma apresentação dos sindicatos enquanto instituições sociais, em seguida se apresenta o segundo princípio da teoria da justiça de Rawls e se conclui o texto com a construção à necessidade de se reformular as estruturas internas do sindicato, em busca de maior justiça e igualdade.

2. O SINDICATO COMO INSTITUIÇÃO SOCIAL

As instituições sociais são fundamentais para o bom funcionamento da sociedade e, compreendê-las como entes coletivos e partes integrantes de nossa complexa estrutura normativa, é tarefa que demanda certo aprofundamento e atenção (RAWLS, 2008). John Rawls (2008, p. 58) afirma em seu livro “Uma teoria da justiça” que instituições sociais são um sistema público de regras que definem cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades.

Pode-se dizer, portanto, que cada instituição social possui um conjunto normativo que rege o comportamento de seus indivíduos, seja pelo caráter coercitivo de suas normas, ou

3 Há comprovação estatística quanto ao fato de haver flagrante e persistente desigualdade de gênero no mercado de trabalho que impede a mulher de usufruir das mesmas condições, salários e oportunidades que o homem nesta esfera. Segundo dados colhidos pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), as mulheres, em 2016, possuíam rendimento médio mensal de R\$1.764, enquanto o dos homens equivalia a R\$2.306. Isto se dá, boa parte, em função dos homens ocuparem maioria dos cargos gerenciais (públicos ou privados) do país: segundo dados do mesmo instituto, 60,9% destes cargos eram ocupados por homens e somente 39,1% por mulheres, mesmo estas últimas tendo, em média, nível de formação superior ao dos homens (também segundo dados do IBGE). Ademais, a invisibilidade e vulnerabilidade nos ambientes de trabalho se justifica pelo fato de que as mulheres têm, em sua maioria, que cumprir jornada dupla de trabalho, posto que continuam sendo as grandes responsáveis também pelos afazeres domésticos, segundo o IBGE (dedicaram, em 2016, 73% a mais de horas do que os homens em afazeres domésticos semanais) (BRASIL, IBGE, 2018).

4 Considera-se, no âmbito desta investigação, o termo mulheres no sentido heterogêneo, compreendido o universo plural e ampliado do qual participam mulheres, mulheres LGBTI+, mulheres negras e outras classificações. Considera-se, também, no mesmo sentido, a heterogeneidade das trabalhadoras mulheres participantes do universo plural e disperso dos trabalhadores em geral.

pela sua aceitação e reconhecimento como estruturas coletivas normatizadas (RAWLS, 2008).

Para Rawls (2008), o alcance do que considera uma “Teoria da Justiça” depende de instituições sociais equilibradas, efetivas e justas, que formam, por sua vez, uma estrutura social básica fundamental para a sociedade. Ademais afirma que a justiça social depende da cooperação dessas instituições para efetivação de seus princípios:

O primeiro objeto dos princípios da justiça social é a estrutura básica da sociedade, a ordenação das principais instituições sociais em um esquema de cooperação. Vimos que esses princípios devem orientar a atribuição de direitos e deveres nessas instituições e determinar a distribuição adequada aos benefícios e encargos da vida social. Os princípios da justiça para instituições não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em circunstâncias particulares. (RAWLS, 2008, pp. 57-58).

Nesse sentido, os sindicatos se amoldam ao conceito de instituições sociais, uma vez que representam uma coletividade de trabalhadores e trabalhadoras e, em sua dinâmica interna delega cargos, regras, direitos e deveres.

A classe trabalhadora representa, historicamente, um povo (super)explorado, que foi aliado dos meios de produção pelos detentores de capital, restando-a vender sua força de trabalho para sobreviver (MARX, 2014). Por isso o/a trabalhador/a representa a parte hipossuficiente da relação de trabalho e, para diminuir a desigual relação entre capital e trabalho, se organiza com os/as demais de sua classe para formarem um sujeito de luta coletivo que estabeleça uma relação de maior simetria para enfrentar e negociar com o/a empregador/a.

Diante disso, sabe-se que os sindicatos podem ser instituições injustas e excludentes, contudo, é importante que existam tais instituições, para que mesmo as tentativas falhas sejam transformadas em exemplos da eventual aplicação de uma teoria da justiça (RAWLS, 2008).

3. SINDICATOS: INSTITUIÇÕES SOCIAIS JUSTAS?

Para que se possa falar em sindicatos justos, é fundamental que o seu comando seja imparcial e efetivo, de tal forma que se entende aqui por imparcialidade que os sindicatos devem se abster de juízos de valor em sua administração e ações junto ao seu público. Um exemplo dessa imparcialidade seria o de que seus diretores ou dirigentes não devem deixar de agregar em sua estrutura de funcionamento pessoas de determinado gênero ou raça por razões estritamente pessoais e subjetivas. Outro exemplo seria o de não deixar o poder do capital influenciar nas negociações coletivas que estabelecem com os/as empregadores/as (é de certa forma uma utopia dizer isso, pois, numa interpretação marxista, o capital é quem comanda essa relação “empregador/a x trabalhador/a”. Mas, ao mesmo tempo, seria também uma utopia pensar em uma teoria da justiça para aplicação no âmbito sindical em um sistema capitalista, sendo que ambas as partes estão em reconhecida desigualdade material?).

Igualmente, entende-se que o próprio exercício de se pensar uma forma ideal, justa e imparcial de funcionamento dos sindicatos pode ser um exercício utópico, porém, não deixa de ser necessário, pois, segundo Rainer Forst⁵, a justiça plena⁶, na visão empregada pelo autor, pode ser, de fato, inalcançável, porém, é inevitável a sua constante busca pelos cidadãos (FORST, 2018, p. 243).

Os sindicatos, por mais que não consigam ser totalmente justos em suas atuações, conseguem ao menos amenizar a disparidade causada pela relação exploradora entre empregadores e trabalhadores(as), o que fortalece a liberdade de luta da classe trabalhadora.

O autor, aprofundando ainda mais no tema, bem como introduzindo o conceito de justiça formal, afirma:

Imaginemos ainda que essa concepção da justiça tem uma ampla aceitação na sociedade e que as instituições são imparcial e consistentemente administradas por juízes e outras autoridades. Ou seja, casos similares são tratados de modo similar, as similaridades e diferenças sendo aquelas identificadas pelas normas existentes. A regra correta definida pelas instituições é regularmente observada e adequadamente interpretada pelas autoridades. A essa administração imparcial e consistente das leis e instituições, independentemente de quais sejam seus princípios fundamentais, podemos chamar de justiça formal. Se pensamos que a justiça sempre expressa algum tipo de igualdade, então a justiça formal exige que em sua administração as leis e instituições se devam aplicar igualmente (ou seja, do mesmo jeito) àqueles que pertencem às categorias definidas por elas. [...] A justiça formal é a adesão ao princípio, ou, como disseram alguns, a obediência ao sistema (RAWLS, 2008, p. 61-62).

De tal maneira que se pode chamar de justiça formal o fato dos sujeitos da relação trabalhista (trabalhadores/as e empregadores/as) respeitarem as regras e os princípios estabelecidos pelas instituições que os comandam (ex: Justiça do Trabalho, legislação, súmulas, orientações jurisprudenciais e sindicatos). Dessa forma, se há o reconhecimento geral de que uma norma coletiva, uma lei ou um costume deve ser respeitado, independente se são, de fato, justas ou não, existe então a figura da justiça formal ou apenas numa concepções formalísticas.

Segundo John Rawls (2008), mesmo que as leis e instituições (neste caso, os sindicatos) sejam injustas (em diferentes níveis), é menos danoso que haja o respeito às suas determinações, do que se estabelecer um ambiente desinstitucionalizante, sem regras e sem leis. Afirma o autor que, mesmo as instituições injustas (como são a maioria dos sindicatos e suas negociações coletivas) fazem mais justiça do que a ausência de normatividade e de uma instituição que represente a classe trabalhadora. Frise-se que este é o posicionamento de Rawls (2008), não sendo necessariamente o entendimento correto ou hegemônico. Um ambiente que possui normas injustas abre margem para que ocorram diversos tipos de discriminação, como o machismo, racismo e o autoritarismo, por exemplo. Frente a isso, mostra-se necessário ter o entendimento que não são todas as injustiças que são justificáveis sob o pretexto de que a ausência de normas seria mais danosa (RAWLS, 2008).

5 Para mais informações, consultar a obra de 2018 de Rainer Forst: *Justificação e Crítica. Perspectivas de uma teoria crítica da política*.

6 Questiona-se quais são essas condições de justiça plena num contexto capitalista de exploração da mão de obra dos trabalhadores/as, mas mantém pela tradição da filosofia política adotada.

Dessa forma, um começo para o alcance de uma teoria da justiça é que se estabeleça um padrão mínimo aceitável de reconhecimento às instituições e suas normas. No caso, o próprio fato dos sindicatos existirem e possuírem determinado poder de negociação já é um primeiro passo para a aplicação dos princípios explicitados por Rawls, necessários para a efetivação da teoria da justiça.

4. OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Os sindicatos são instituições sociais que possuem poderes de negociação coletiva visando estabelecer um mínimo normativo necessário à existência de uma justiça formal. Diante disso, passa-se à análise dos "princípios da justiça" que, segundo Rawls, são necessários à efetivação de uma estrutura plenamente justa. Segundo o Autor, os dois princípios são os seguintes:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos (RAWLS, 2008, p. 64).

Afirma que o primeiro princípio antecede ao segundo, de maneira que deve ser assegurado a todos liberdades básicas iguais (liberdade política para votar, liberdade de expressão para manifestar e falar, liberdade de consciência, etc⁷). Apenas depois, deve-se assegurar que a distribuição de riqueza e oportunidades deve ser vantajosa a todos, mesmo que não seja igual. De acordo com o segundo princípio, todos(as) devem ter as mesmas oportunidades e os cargos de autoridade e responsabilidade a todos(as) devem ser acessíveis.

Para o que interessa ao ponto de vista do Direito do Trabalho Coletivo, pode-se afirmar que, em um sistema capitalista neoliberal⁸, torna-se tarefa hercúlea enxergar um horizonte, mesmo que longínquo, que assegure uma justa distribuição de riquezas. Ademais, há baixo vislumbre de possibilidade de que todos/as tenham acesso aos cargos de autoridade e res-

7 Para que se entenda a importância do conceito de "liberdades básicas" para Rawls, transcreve-se lição de Denilson Luis Werle, que ao explicar do que se tratam, afirma que são a condição básica para o adequado desenvolvimento e exercício pleno das capacidades morais do ser humano. Vejamos: "Rawls continuará a manter a tese da prioridade da liberdade no sentido de que uma liberdade só pode ser limitada ou negada em nome de uma outra ou de outras liberdades fundamentais, e nunca por considerações de bem estar geral ou por valores perfeccionistas. Sendo que as liberdades fundamentais podem ser limitadas quando entram em choque entre si, nenhuma delas pode ser considerada absoluta. Para justificar a prioridade das liberdades básicas Rawls esclarece qual o conceito de pessoa que está na base do liberalismo político. Além de serem vistas como cidadãos livres e iguais, as pessoas são tidas como cidadãos que possuem duas faculdades (ou capacidades) morais: a de terem um senso de justiça e a de formar, buscar e revisar uma concepção racional do bem. A lista de liberdades básicas sugerida por Rawls representa as condições sociais fundamentais para o desenvolvimento adequado e exercício pleno dessas duas capacidades da pessoa durante a vida inteira, fundamentais para o desenvolvimento de um senso de independência pessoal e de auto-respeito [...] O que justifica o conceito de pessoa adotado por Rawls é o próprio propósito da justiça como equidade: "o objetivo é formular uma concepção de justiça política e social afim às convicções e tradições mais profundamente arraigadas de um Estado democrático moderno. O propósito de fazer isso é verificar se podemos resolver o impasse de nossa história política recente, qual seja, de que não há concordância sobre a forma pela qual as instituições básicas devem ser organizadas para se harmonizarem com a liberdade e igualdade dos cidadãos enquanto pessoas" (WERLE, 2011, p. 190-191).

8 "O neoliberalismo pode ser definido como o conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens segundo o princípio universal da concorrência" (DARDOT; LAVAL, 2019, p. 15).

ponsabilidade, uma vez que estes, em ambientes sindicais em geral, pertencem quase que exclusivamente a homens brancos e cis.

Sintetizando o entendimento sobre os dois princípios, portanto, o fato de Rawls afirmar que ambos se aplicam às instituições sociais, nos faz pressupor que são aplicáveis, por consequência, aos sindicatos.

5. A APLICAÇÃO DO SEGUNDO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA AO SINDICATO

Se os/as trabalhadores/as possuem todas as suas liberdades preservadas, parte-se para a efetivação do segundo princípio, que determina uma distribuição de riquezas que seja benéfica a todos. Contudo, seria inocência afirmar que os/as trabalhadores/as, mesmo com a intervenção das instituições sociais (sindicatos), possuem preservadas as suas liberdades básicas. Para exemplificar, basta apontar que, mesmo com a previsão formal de que todos/as possuem liberdade para exercer o direito de greve quando, onde e como acharem conveniente (art. 9, CFRB/88⁹), vê-se o tempo todo o judiciário declarando ilegalidades em legítimos movimentos paredistas, ao revés do disposto na CFRB/88, utilizando como argumento uma legislação infraconstitucional (Lei de Greves – nº 7.783/89¹⁰) que tem o único papel de limitar um exercício que, por determinação da nossa constituição, deveria ser pleno. Nesse sentido explica Rafael Borges Bias:

Há um conflito entre o texto restritivo da Lei 7.783/89 e o artigo 9º da Constituição, que estabelece uma concepção ampla do direito de greve, transferindo aos trabalhadores a responsabilidade para decidir o momento e a forma de deflagração, bem como as reivindicações que buscam conquistar. Foi delegada à lei ordinária apenas a definição dos serviços e atividades essenciais, além do tratamento das necessidades inadiáveis da comunidade, nos exatos termos do parágrafo 1º do artigo 9º. Entretanto, a Lei 7.783/89 é um compêndio de limitações ao exercício do direito de greve, ferindo a constituição, que não possui nenhuma expressão sujeitando forma, finalidade ou exercício da greve à norma específica. O conceito de greve é constitucionalmente definitivo, não permitindo restrições. (BIAS, 2014, p. 7).

Márcio Túlio Viana defende que a existência dessa lei infraconstitucional não deveria ser uma limitação ao pleno exercício das greves, vez que ela deveria ser lida de forma crítica, sem perder de vista a base constitucional (VIANA, 1996, p. 302). Ocorre que, infelizmente, o que se vê na prática é uma real limitação do exercício pleno do direito de greve.

9 Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. (BRASIL, 1988).

10 Alguns autores afirmam que tal lei é inconstitucional. Dentre eles, destaca-se a lição de Baboin: "Desta forma, a Lei 7.783/89, ao fixar restrições ao direito garantido no artigo 9º da Carta Magna, o faz de forma inconstitucional. Não pode mera lei ordinária, cuja aprovação exige apenas a maioria simples de votos, impossibilitar o exercício de direito constitucional, direito este que inclusive reveste-se de caráter fundamental em nosso ordenamento. Como aponta José Afonso da Silva, 'a melhor regulamentação do direito de greve é a que não existe. Lei que venha a existir não deverá ir no sentido de sua limitação, mas de sua proteção e garantia'". (BABOIN, 2013, p. 33). Para mais informações sobre o tema, ver: "Greves Atípicas: um novo olhar sobre os movimentos de resistência da classe trabalhadora" de Marina Souza Lima Rocha.

Sendo assim, vê-se que, ao menos no Brasil, as instituições sociais (seja o Judiciário, sejam os sindicatos) não conseguem garantir nem a observância total do primeiro princípio de justiça de Rawls, de maneira que o alcance do segundo se torna igualmente limitado.

O autor, após longa explicação e desconstrução dos conceitos dos diversos princípios e subprincípios que acredita fazerem parte deste sistema, chega à teoria que acha adequada para a construção de um ideal de justiça e que, conseqüentemente, se mostra também adequada à idealização dos sindicatos, objeto deste estudo (RAWLS, 2008). Trata-se da "Igualdade Democrática" e o "Princípio da Diferença" (RAWLS, 2008).

Afirma Rawls, acerca destes institutos, especificamente sobre o princípio da diferença, que se trata de um esquema em que a expectativas de todas as pessoas pertencentes à sociedade aumentam, independentemente de sua classe social, na medida em que a expectativa de alguma delas, isoladamente, aumenta. Desta maneira, a desigualdade pode se manter entre elas, porém, a expectativa de todas elas melhora quando alguma delas alcança patamares superiores. Veja-se:

Simplemente maximizamos as expectativas da posição menos favorecida, obedecendo as limitações exigidas. Contudo que isso traga benefícios para todos, como supus até agora, os ganhos estimados, em relação a situação de igualdade hipotética são irrelevantes, quando não impossíveis de determinar. Pode haver, entretanto, um outro sentido em que todos se beneficiam quando o princípio da diferença é satisfeito, ao menos se fizermos algumas suposições. Suponhamos que as desigualdades nas expectativas estão ligadas em cadeia: ou seja, se uma vantagem tem o efeito de elevar as expectativas da posição mais baixa, ela também eleva as expectativas de todas as camadas intermediárias (RAWLS, 2008, p. 85).

Por fim, aponta Rawls que o Princípio da Diferença dá peso às considerações descritas por outro princípio: o princípio da reparação (RAWLS, 2008, p. 107). Este último princípio, segundo o autor, prevê que: "desigualdades imerecidas exigem reparação; e como desigualdades de nascimento e de dotes naturais são imerecidas, elas devem ser de alguma forma compensadas" (RAWLS, 2008, p. 107). Esse tipo de desigualdade imerecida se encontra amplamente presente dentro dos sindicatos, cujos cargos de liderança são ocupados, em sua maioria, por homens brancos, justamente por serem constituídos dessas características naturais supervalorizadas pela modernidade (BALLESTRIN, 2013.).

Tal modelo de sindicato representa o espelho da fábrica taylorista-fordista, composta, em sua maioria, por homens brancos, "operários manejando equipamentos industriais e vestidos com macacões" (RODRIGUES, 2019, p. 4). Dessa forma, tipificar a classe trabalhadora de forma homogênea, como se ela se encaixasse apenas no molde branco, industrial, masculino e assalariado é perpetuar um espaço sindical excludente, configurado por uma homogeneidade incolor e masculina (PEREIRA, 2017). É ignorar uma pluralidade de experiências e lutas daqueles/as que não se encaixam nesse padrão moderno (PEREIRA, 2017).

Fica nítido, portanto, que, adotando-se o ponto de vista da igualdade democrática, a junção entre o Princípio da Diferença e o Princípio da Reparação se mostra um bom caminho para a pavimentação das instituições sociais rumo à uma efetiva teoria da justiça.

Igualmente, se os sindicatos conseguissem, através da reformulação de seus estatutos e dinâmica interna, fazer com que a atuação dos sindicalistas fosse mais diversificada e plural, como a classe trabalhadora, isso se refletiria em benefícios para os/as trabalhadores/

as (Princípio da Diferença). Assim, o ponto de partida dos desfavorecidos/as, ou daqueles/as que não possuem oportunidades em função da sua classe social, gênero ou raça, será o tanto igualitário quanto possível no seu interior, o que reverberará também no mercado de trabalho e, conseqüentemente, na sociedade como um todo (Princípio da Reparação). Dessa forma, constituir-se-ia realmente instituições sociais coletivas que não só promovem a Justiça Social, como a efetivam por meio de suas ações.

A maneira, contudo, como tais instituições sociais devem aplicar conjuntamente os princípios da diferença e da reparação, já se trata de outra reflexão, que, tendo em vista sua enorme complexidade e dificuldade de superação, deve ser objeto de novo estudo, desta vez empírico.

6. REORGANIZAÇÃO DA ESTRUTURA SINDICAL

O problema que se observa é a estrutura injusta, hierarquizada, preconceituosa e patriarcal que se encontra no interior dos sindicatos. Como estes, que são os sujeitos coletivos representantes da heterogênea classe trabalhadora, podem lutar por justiça e maiores direitos trabalhistas na relação capital/trabalho, se eles mesmo são instituições injustas, excluídas e desiguais?

Dessa forma, os sindicatos brasileiros são compostos, em sua grande maioria, por homens brancos e cisgêneros, principalmente quando se avalia os cargos de liderança (dirigentes sindicais). Se mulheres, negros, pessoas transexuais¹¹ e outros sujeitos marginalizados não participam (ou participam minimamente) da composição dos sindicatos, então suas vozes não são ouvidas e sequer lembradas. Assim, esses sujeitos e sujeitas são excluídos não só do mercado de trabalho, mas da própria luta de classes.

A ausência ou baixa diversidade social, racial e de gênero nos sindicatos pode ser diagnosticada como uma reprodução da desigualdade estrutural da sociedade, o que acaba aprofundando e gerando cada vez mais desigualdades no mercado de trabalho e na sociedade como um todo, se configurando em um ciclo vicioso histórico de exclusão permanente de determinados sujeitos (RODRIGUES, 2018). Segundo Adriana L. Saraiva Lamounier Rodrigues "um sindicato que discrimina, que ignora as minorias, que reproduz discursos machistas não representará seus trabalhadores. A democracia tem que começar dentro das entidades sindicais para quem sabe um dia alcançar também a esfera empresarial (RODRIGUES, 2018, p. 92). É necessário quebrar esse ciclo. A desigualdade não se inicia nos sindicatos, mas é apropriada por esses entes coletivos. Dessa forma, combater e romper com ela dentro dos sindicatos afetará de forma direta os níveis de desigualdade (e, conseqüentemente, de igualdade) no mercado de trabalho e na sociedade.

11 Se tais características já são marginalizadas separadamente, imagine, então, uma mulher negra, transexual e de classe social baixa? Por isso, é fundamental considerar a interseccionalidade. Segundo Crenshaw, a ideia de interseccionalidade "refuta o enclausuramento e a hierarquização dos grandes eixos da diferenciação social que são as categorias de sexo/gênero, classe, raça, etnicidade, idade, deficiência e orientação sexual. O enfoque interseccional vai além do simples reconhecimento da multiplicidade dos sistemas de opressão que opera a partir dessas categorias e postula sua interação na produção e na reprodução das desigualdades sociais" (CRENSHAW, 2002).

Por conseguinte as questões de raça e gênero, em especial, se mostram fundamentais para a construção de uma maior representatividade e força política do sindicato. Isso porque a presença de questões de movimentos sociais na pauta dos sindicatos é essencial para se considerar “o caráter plural da classe trabalhadora contemporânea, no seio da qual as clivagens de gênero e raça costumam gerar situações de precariedade ainda maiores para aqueles que não se incluem na mão-de-obra masculina e branca” (DA SILVA, 2010, p. 122).

Em relação aos negros e negras há um problema estrutural da sociedade, que é comprovado pela existência de uma carga extra de problemas sobre eles/as, decorrente de sua condição racial (SILVA, 2008). Jair Batista da Silva, em seu texto intitulado “Racismo e Sindicalismo – reconhecimento, redistribuição e ação política das centrais sindicais acerca do racismo no Brasil (1983-2002)” traz parte da resolução do 5 Congresso Nacional da CUT para demonstrar a realidade vivenciada pelos/as negros/as e a apatia dos sindicatos brasileiros:

O reconhecimento de que as desigualdades raciais constituem um problema estrutural da sociedade brasileira implica reconhecer o papel fundamental do movimento sindical no combate ao racismo. Noutras palavras, implica reconhecer que, ao não enfrentar a questão racial, o movimento sindical legítima e contribui para a reprodução das desigualdades raciais, frustrando uma espécie de acordo tácito entre o Estado opressor e autoritário e o sindicalismo em torno da marginalização do povo negro. O acordo de que falamos explica o fato de que os dados publicados pelo DIEESE não são sequer lidos pela maioria dos dirigentes, nem considerados na ação sindical. Com efeito, diante do debate sobre a questão racial, os dirigentes se limitam a manifestações solenes de solidariedade que nunca ultrapassam o discurso, isso na melhor das hipóteses. Mas há casos mais esquisitos, em que companheiros sem qualquer informação a não ser aquela fornecida pela ideologia dominante deitam falação sobre as —vantagens e os benefícios— do racismo brasileiro se comparado ao sul-africano ou ao norte-americano. Tomados em conjunto, tais comportamentos configuram o desserviço prestado pelo sindicalismo à luta contra o racismo, compreendida como parte integrante da luta pela democratização da sociedade brasileira. A responsabilidade do sindicalismo no combate ao racismo não se deve, diga-se de passagem, a questões de natureza humanitária, mas ao fato de que metade dos trabalhadores são negros e, portanto, é dever do sindicato incorporar os interesses desse segmento [(Resoluções do 5 Congresso Nacional da CUT). CUT, 1994, p. 132 - Grifo JBS] (SILVA, 2008, p. 103-104).

Em relação às mulheres, uma pesquisa realizada pela Dieese em 2017 sobre o número de dirigentes sindicais por grupo e sexo demonstrou que, dos 139.567 dirigentes sindicais de sindicatos trabalhistas do Brasil, 99.738 são homens e apenas 39.829 são mulheres (FONTE). O resultado da pesquisa demonstra uma grande desigualdade na estrutura interna dos sindicatos, que privilegia homens em cargos de direção e que, “mesmo quando as mulheres conseguem fazer parte das lideranças, elas dificilmente têm voz” (BERTOLIN; KAMADA, 2012, p. 47), pois são minoria e dificilmente encontram solidariedade em uma estrutura arcaica e engessada.

Em relação à questão de gênero, Sara Deolinda Cardoso Pimenta (2012) ressalta que a tradição masculina do sindicalismo gera a invisibilidade das mulheres no mundo do trabalho e se reproduz historicamente no discurso sociológico ao tratar a classe social sem se referir ao sexo dos atores sociais. Mesmo com o avanço dos movimentos feministas, para a autora, os sindicatos permanecem sob a ótica masculina e as mulheres são objeto de uma

sociologia específica, "como se o lugar da produção de onde se tratava a classe social fosse dissociado das relações sociais" (PIMENTA, 2012).

Precisa existir uma compatibilidade entre o que pregam os sindicatos e como eles se organizam internamente. O discurso sindical que defende a democracia, a justiça e a superação das desigualdades, muitas vezes não encontra respaldo nas relações práticas cotidianas, assim mascarando as relações de opressão e discriminação (PIMENTA, 2012). Em relação a presença das mulheres nessas instituições sociais, Junéia Batista, secretária da Mulher Trabalhadora da Central Única dos Trabalhadores (CUT), em entrevista destacou: "Mesmo o número de mulheres no mundo do trabalho ter (sic) aumentado, a presença delas no sindicato ainda não reflete essa proporção, em especial quando verificamos os cargos de poder nas organizações sindicais" (CONFEDERAÇÃO, 2016).

A classe trabalhadora não pode ser tida mais somente como aquela constituída "pelo operariado, empregado, sindicalizado no âmbito industrial de uma empresa taylorista-fordista verticalizada, concentrada em um único espaço de produção no território nacional" (FLEURY; NICOLI, 2018, p. 15-16). A classe trabalhadora é plural, colorida, heterogênea, composta pelas mais diversas clivagens (PEREIRA, 2017). Por isso, a participação de sujeitos invisibilizados (na sociedade contemporâneas e nas relações trabalhistas) na estrutura interna dos sindicatos pode romper com uma estrutura homogênea, branca e patriarcal da luta de classes herdado da modernidade, que busca apagar as complexas diversidades do tecido social (EISENSTEIN, 2014, p. 2) Nesse sentido, para a ressignificação da categoria classe social -e, conseqüentemente, para a recuperação da eficácia das lutas coletivas no capitalismo contemporâneo¹² – deve-se superar a análise herdada do paradigma racional-moderno que a concebe como algo homogêneo, e, portanto, incolor, universalista como em branco, cisgênero e masculino: o trabalho vem em cores, sexos, gêneros e é formulado mediante expressões de poder que atravessam aqueles sujeitos dentro das suas diversas relações sociais (PEREIRA, 2017).

Para que os sindicatos se configurem como instituições sociais justas, que proporcionam uma estabilidade da sociedade bem organizada, eles precisam amparar a luta de toda classe trabalhadora, para que tenham condições dignas de vida e trabalho, bem como direito de acesso aos cargos internos da estrutura sindical, com participação efetiva na luta de classes. A desigualdade que vemos dentro dos sindicatos, dominados por homens cisgêneros brancos, é uma desigualdade prejudicial, que lesa a representação de sujeitos que já são marginalizados na sociedade e no mercado de trabalho.

Por serem desigualdades injustas e prejudiciais (que não se encaixam no Princípio da Diferença de Rawls, explicado anteriormente) àqueles que já se encontram em situações de maior precariedade e exploração, devem ser transformadas para que cessem as injustiças dentro dos sindicatos, que devem ser instituições sociais justas.

O segundo princípio da justiça permite desigualdades, mas apenas se elas trouxerem benefícios a todos, o que não ocorre no problema aqui tratado. Tal desigualdade é extrema-

12 O capitalismo ao qual o texto se refere é o capitalismo pós-industrial, transnacional e em redes que proporciona um cenário de descaracterização do paradigma clássico do Direito do Trabalho, de precarização e descoletivização das relações laborais e de esbatemento do contrato de trabalho (RODRIGUES *apud* FERREIRA, 2000).

mente prejudicial às mulheres, negros/as, LGBT+¹³ e demais sujeitos marginalizados. Dessa forma, é necessário que se aplique e analise os dois princípios da justiça (liberdade e igualdade) internamente à estrutura dos sindicatos para que represente a diversidade do tecido social. Só assim os sindicatos podem lutar por mais justiça para os trabalhadores e trabalhadoras, enfrentando empregadores e o próprio capital.

Os sindicatos são órgãos representantes da classe trabalhadora, mas não de sua heterogeneidade. Sendo assim, necessitam ter uma estrutura interna mais igualitária, justa, inclusiva e aberta a grupos marginalizados, principalmente negros/as, mulheres e a comunidade LGBT+. Segundo Maria Antonino, "os espaços institucionais precisam refletir a sociedade, mas continuam sem conseguir esse feito" (ANTONINO, 2018).

Nesse sentido, aduz Flávia Souza Máximo Pereira que "há um conflito entre capital e trabalho, mas a desigualdade social gerada pelo capital não é simplesmente monolítica e excessiva; ela é particularmente excessiva conforme cor, sexo, nacionalidade e orientação sexual" (PEREIRA, 2017, p. 78). Por essa razão, os sindicatos precisam se reinventar internamente e externamente. Internamente, diversificando aqueles/as que ocupam os cargos de direção e externamente, voltando seu olhar para outros movimentos que extrapolam a esfera econômico-laboral, como movimentos feministas e antirracistas (FLEURY; NICOLI, 2018). As discriminações decorrentes da raça e do gênero (dentre tantas outras) apoiam e são apoiadas pelo capitalismo¹⁴, que lucra com a superexploração e precarização dessas vidas invisibilizadas (SILVA, 2008, p. 105).

De acordo com Lilian Arruda: "[...] torna-se imperiosa a "reinvenção do movimento sindical" como fator de democratização do trabalho e como reforço da "voz coletiva" (ARRUDA, 2004, p. 431). Nesse sentido, uma possível proposta de maior inclusão e representação desses sujeitos invisibilizados na estrutura dos sindicatos, para que eles se consolidem como instituições sociais justas que aplicam os dois princípios da justiça de Rawls, seria a adoção de cotas, principalmente nos cargos de direção e liderança. Principalmente, como se encontra num paradigma moderno, com cotas para mulheres, negros/as e transexuais, sendo uma medida temporária para realizar uma forma de reparação pelas constantes injustiças que esses sujeitos sofrem diariamente na sociedade e também dentro dos sindicatos.

A partir do momento em que sujeitos marginalizados ganham voz e espaço dentro dos sindicatos, eles/as passam a ter força e uma estrutura de apoio para mudar a realidade no âmbito das relações de trabalho. Segundo Lucas Petroni e Raissa Ventura, no texto "Pode a teoria normativa ter alguma contribuição na luta contra a injustiça?", a prioridade da preocupação da sociedade deveria ser em relação aqueles/as que estão pior situados e que, conseqüentemente, precisam de maior atenção (VENTURA; PETRONI, 2014). De acordo com Flávio Malta Fleury e Pedro Augusto Gravatá Nicoli:

13 O acrônimo representa Lésbicas, Gays, Bissexuais, o termo guarda-chuva Trans, que representa pessoas transgêneras, travestis e transexuais e o "+" representa a pluralidade e todas as demais construções que estão acrescentadas e representadas na sigla e aquelas que estão sendo incluídas.

14 Flávio Malta Fleury e Pedro Augusto Gravatá Nicoli exemplificam tal situação: "Final, o sistema capitalista explora, economicamente, essas modalidades de discriminação e de opressão, em eixos sobrepostos, perpetuando sua existência no mundo do trabalho e em outras dimensões da vida humana e da sociedade (COLLINS; BILGE, 2016). O capitalismo explora, economicamente, o sexismo, o racismo, a homofobia, a lesbofobia e a transfobia quando, por exemplo, emprega, preferencialmente, mulheres, pessoas negras, gays, lésbicas, travestis e transexuais em centrais de teleatividades, mais usualmente conhecidas como call centers, onde a existência dessas pessoas é invisibilizada e ocultada de 'uma sociedade de consumo que privilegia certos padrões estéticos' (VENCO, 2009, p. 170)" (FLEURY; NICOLI, 2018, p. 13).

A emancipação individual e coletiva de trabalhadoras e trabalhadores deve perpassar, necessariamente, o enfrentamento a todas as formas de discriminação e de opressão das quais são vítimas dentro do ambiente de trabalho, quando conseguem acessá-lo, e fora dele (FLEURY; NICOLI, 2018, p. 13).

Tem-se o desafio de compreender as conexões complexas entre gênero, classe e raça, componentes fundamentais das desigualdades, e o que percebe-se é que os sindicatos são reproduções dessas desigualdades. Tal comportamento excludente dos sindicatos aprofunda sua crise, vez que mulheres, negros/as, LGBTQ+ entre outros sujeitos constantemente marginalizados param de se identificar com a instituição, que não os representa. Assim, o sindicato perde cada vez mais adeptos e se enfraquece. Nas palavras de Adriana L. Saraiva Lamounier Rodrigues:

De modo geral, a crise da representatividade significa a perda da capacidade de o sindicato unir os comportamentos dos trabalhadores, e de representar a vontade da coletividade obreira. Se todos os trabalhadores perdem a identificação com sua própria entidade, a crise transforma-se em declínio (RODRIGUES, 2018, p. 91).

Portanto, para que o movimento sindical recupere o fôlego e a força, precisa construir sindicatos mais justos e democráticos e, para isso será necessária uma atuação afirmativa e reparadora, para incluir sujeitos socialmente excluídos em sua estrutura interna.

A igualdade na presença e atuação das mulheres, negros(as), LGBTQ+ nos sindicatos é um projeto que beneficiará a sociedade como um todo (ANTONINO, 2018), transformando o ciclo vicioso, abordado anteriormente, em um ciclo virtuoso de inclusão e participação plural da heterogênea classe trabalhadora, que procura acabar com as desigualdades, respeitando as diferenças, dentro das instituições sociais e da sociedade.

Portanto uma atuação justa no interior dos sindicatos pode ter uma implicação direta na diminuição das injustiças no mercado de trabalho. Se a diversidade de sujeitos trabalhadores é contemplada na dinâmica sindical e do mercado de trabalho, com oportunidades, ocupação de cargos de destaque, usufruindo de uma maior visibilidade, isso ecoará efeitos em várias esferas da sociedade, como índices de desemprego, escolaridade, violência, miséria, maior poder econômico e aquisitivo da população, entre outros.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a isso, sem a pretensão de finalizar a discussão, tem-se que os sindicatos, que tem assento constitucional, são entes coletivos que representam trabalhadoras e trabalhadores, possuindo estatuto próprio, cargos, direitos e deveres atribuídos aos seus membros e, por isso, configuram-se como instituições sociais da visão de John Rawls. Segundo Rawls, o que contribui para que uma sociedade seja justa, é o bom funcionamento das suas instituições sociais.

Dessa forma, o cenário atual de organização e atuação interna da grande maioria dos sindicatos demonstra que eles são instituições sociais injustas, patriarcais e hierarquizadas, que raramente representam a heterogeneidade da classe trabalhadora, vez que são forma-

dos, em sua grande maioria, por homens brancos e cis. Dessa forma, os sindicatos acabam por reproduzir a desigualdade estrutural que há na sociedade em sua organização interna, excluindo sujeitos marginalizados, como mulheres, negros(as) e transexuais.

Igualmente, a aplicação da "Teoria da Justiça" e dos princípios da justiça de John Rawls, especialmente do segundo (igualdade), na organização sindical, apesar de ser uma tarefa extremamente difícil, pode resultar em uma estrutura sindical mais justa e inclusiva, que acolha e dê visibilidade àqueles/as trabalhadores/as que são marginalizados/as pela sociedade e excluídos do mercado de trabalho.

Nesse sentido, tratando-se no sentido da igualdade material, a aplicação de cotas de gênero, identidade de gênero e raça na estrutura dos sindicatos, principalmente, em relação aos cargos de maior protagonismo, pode funcionar como uma forma de dar visibilidade a essas pautas e setores marginalizados da sociedade na história da modernidade e, também, uma reparação histórica às desigualdades injustas e maléficas sofridas pelos mesmos.

Assim, entende-se que uma atuação justa e equilibrada no interior dos sindicatos pode impactar diretamente na dinâmica do mercado de trabalho e no tratamento das relações trabalhistas de todos(as) que exercem a atividade laborativa, em especial, daqueles mais marginalizados e invisibilizados por uma sociedade patriarcal, preconceituosa e racista.

Diante disso, a partir do momento que esses/as sujeitos ganharem protagonismo dentro dessas instituições sociais e apoio da numerosa e heterogênea classe trabalhadora, o mercado, sendo entendido como uma instituição heterogênea, provavelmente, terá que ceder às suas pressões e reivindicações diretas por meio da luta constante e coletiva, pois a classe trabalhadora articulada e com representação plural é mais numerosa, em volume, força de consumo e reivindicação, que qualquer outra e, quando unida, atenta as demandas sociais e solidificada, tem muito mais força do que imagina, como, por exemplo, ter espaços para realizar mais conquistas de direitos, expansão dos sujeitos protegidos dentro da relação de emprego.

REFERÊNCIAS

ANTONINO, Maria. *Mulher, política e representatividade: meu voto será feminista e o seu?* QG Feminista, [S. l.], 3 out. 2018. Disponível em: <https://medium.com/qg-feminista/mulher-politica-e-representatividade-3904e5db6f5d>. Acesso em: 4 jul. 2020.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. *O tratamento jurisprudencial da greve política no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2013.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Rev. Bras. Ciênc. Polít.* [online]. 2013, n. 11, pp. 89-117. ISSN 0103-3352. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-33522013000200004>. Acesso em: 4 jun. 2020.

CONFEDERAÇÃO Nacional dos Trabalhadores em Transportes e Logística. *Oficina "Todo poder às mulheres nos sindicatos" debate participação feminina no movimento sindical*. Publicado em 22 jan. 2016. Disponível em: <https://cnttl.org.br/noticia/5648/oficina-todo-poder-as-mulheres-nos-sindicatos-debate-participacao-feminina-no-movimento-sindical>. Acesso em: 02 jun. 2020.

EISENSTEIN, Zillah. An Alert: Capital is Intersectional; Radicalizing Piketty's Inequality. *The feminist Wire*, Phoenix, 2014.

FORST, Rainer. *Justificação e Crítica. Perspectivas de uma teoria crítica da política*. Tradução Denilson Luis Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca Dias. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2013.

MARX, Karl. *O Capital: Crítica da economia política. Livro I: O processo de produção do capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2014.

PIMENTA, Sara Deolinda Cardoso. *Participação, poder e democracia – mulheres trabalhadoras no sindicalismo rural*. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10 (Anais Eletrônicos). Florianópolis: 2012.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RODRIGUES, Adriana Letícia Saraiva Lamounier. *Redes Sindicais Internacionais: Uma contribuição ao fortalecimento do Direito do Trabalho na Itália e no Brasil*. Bauru: Praxis, Canal 6, 2018.

VENTURA, R. W.; PETRONI, L. *Pode a teoria normativa ter alguma contribuição na luta contra a injustiça? Conexão Política*. [s.l.] Universidade Federal do Piauí, 2014. v. 3. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/conexao-politica/article/view/3550/2038>. Acessos em 02 jun. 2020.

WERLE, Denilson Luis. *Liberdades Básicas, Justificação Públicas e Poder Político em John Rawls*. Org: Denis Coitinho Silveira. Ed: Luís Rubira e Robinson dos Santos. Universidade Federal de Santa Catarina. DISSERTATIO Revista de Filosofia, v. 34, ano 2011.

Recebido/Received: 23.03.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

THE QUESTION OF THE MINIMUM LUGGAGE ALLOWANCE IN THE BRAZILIAN AIR TRANSPORT UNDER THE PERSPECTIVE OF THE ECONOMIC REGULATION THEORY

MARIA MARCONIETE FERNANDES PEREIRA¹

MATHEUS JERUEL FERNANDES CATÃO²

JOSÉ ANTÔNIO ROCHA³

ABSTRACT

The present work aims to investigate the regulation of luggage allowance in the Brazilian civil aviation sector based on the Economic Regulation Theory proposed by George Stigler. This is a bibliographic study, with emphasis on Brazilian and foreign doctrines on the economic regulation theory as well as on the regulation of the air transport sector. The method used was predominantly deductive, starting from general analyses on the economic regulation theory and the air transport sector to the applicability of the Economic Regulation Theory into Resolution 400/2017. In conclusion, we understand that, contrary to what has become popular, the end of the regulation for luggage allowances in Brazil, as a measure of economic liberalization, benefits the airline industry as a whole, favoring competition, consequently, consumers.

Key words: Economic Regulation Theory. Civil Aviation. Luggage allowance.

INTRODUCTION

The civil aviation sector is always a worldwide subject for relevant discussions, especially with regard to the regulatory part. The relatively low number of companies on the market, the high cost of operations and government incentives are factors that hinder free competition.

- 1 Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professora Titular de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). E-mail: mmarconiete@gmail.com.
- 2 Advogado. Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa, Paraíba, Brasil. (PPGD/UNIPÊ). Pós-Graduando em Direito Tributário. E-mail: matheus_jeruel@hotmail.com.
- 3 Mestrando em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa, Paraíba, Brasil (PPGD/UNIPÊ). E-mail: jantoniorocha@outlook.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes; CATÃO, Matheus Jeruel Fernandes; ROCHA, José Antônio. The question of the minimum luggage allowance in the Brazilian air transport under the perspective of the economic regulation theory. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 363-377, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.7974>.

In effect, the issue involves the role of economic regulation, notably with regard to consumer protection.

The Brazilian regulatory system went through several regulatory phases throughout the development of the civil aviation market, one of the main marks of this history being the creation of the National Civil Aviation Agency (ANAC). Since its creation, it has already issued several regulatory acts for the sector, proving to be an important instrument for the regulation of the Brazilian aviation market.

Recently, another regulation was issued, which gained great national repercussion: the end of the luggage allowance. This regulatory initiative guaranteed passengers the right to have checked luggage weighing proportionally to the size of the aircraft. As of the edition of this regulation, the baggage check could be charged separately, with the alleged objective of cheapening the ticket price for those passengers who did not checked their luggage. This decision was the target of several criticisms, mainly in the consumer protection agencies, which saw the measure as a setback.

Economic regulation, in turn, is based on the belief that full liberalization may not be as advantageous, notably due to the existence of market failures. Therefore, some theories were created to explain the regulatory phenomenon, such as the public interest theory, which argues that economic regulation exists in the interest of everyone and the capture theory, proposed by Stigler, who argues that, in fact, economic theory serves exactly the regulated companies that capture the regulatory entities.

That said, the objective of this paper is to investigate, from the point of view of economic regulation theories, the end of the luggage allowance in the Brazilian civil aviation from the formulation of the following question: Having the phenomena described by the Theory of Captura as basis, the end of the baggage allowance rule would or not be beneficial to the Brazilian air sector? The research method predominantly used will be the deductive method, where from an analysis of the theories of economic regulation, emphasizing the theory of capture, about the regulation of the airline sector in Brazil, starting with a specific analysis about the regulation of the luggage allowance in Brazilian civil aviation and its allocation in the capture theory.

The predominantly used research technique will be the bibliography review, adopting ANAC Resolution 400/2016 as a primary source, secondary sources to Brazilian and foreign doctrine, with emphasis on the air sector and materials related to the theories of economic regulation, having as reference the George Stigler's work "Theory of Economic Regulation".

The first topic dedicated to a thorough analysis of the regulation theory proposed by Stigler, by verifying its main positive and negative points, starting with an analysis on the regulation in the airline sector, with emphasis on the United States of America. In this referred country, the matter on regulation was the first initiative. Subsequently, a historical view of the regulation of the Brazilian air market will be demonstrated with a more in-depth analysis of the end of the luggage allowance. After this brief analysis, we will try to make a correlation between the elements of the capture theory and the regulation of the luggage allowance within the Brazilian law, seeking to understand the similarities and the distinctions between them.

By the final part of this work, the hypothesis will develop towards the promotion of economic freedom, which is the goal of the end of luggage allowances; although *a priori* it can demonstrate a relationship with the capture, *a posteriori* it can mean progress, considering that it promotes free competition, thus reducing the possibilities of capture.

1. THEORY OF ECONOMIC REGULATION: EVOLUTION AND PRIMARY CONCEPTS

The movement favouring state intervention on the economic domain arose between the end of the 19th century and the beginning of the 20th century. It is clear that the self-regulation model proposed by Adam Smith could trigger what is commonly named "market failure". In this case, the intervention would serve to maintain the Pareto balance of perfect competition, which cannot occur in the presence of these failures (STIGLITZ; ROSENGARD, 2015).

Stiglitz; Rosengard (2015) point out six market failures considered to be basic. The first is imperfect competition, which occurs when, for various circumstances, the offer is concentrated in a monopoly or oligopoly. The second is the existence of public goods, which consists of those goods where demand is not controlled, such as the provision of national security or navigation channels. The third market failure is presented by the externalities, which are facts that are alien to the transaction itself but that interfere with it. The fourth failure is the incomplete markets, which are situations in which there is no supply even if the costs do not exceed the benefits. The fifth failure consists on information failures, which are the situations in which buyers do not have as much knowledge as the sellers about the products purchased and, finally, unemployment, inflation and imbalance.

Regarding economic regulation, Moncada (2007, p. 45) and Chang (1997) note that, indirect intervention goes through three major phases from the post-war period. The first phase is named the "Era of Regulation", which lasted between 1945 and 1970, marked by a strong interventionist character to guarantee the public interest; the second phase is named the "Transition Period", between the 1970s and 1980s; and, finally, "the Era of Deregulation" that began in the 1980s and continues to this day.

In the transition period, from 1970 to 1980, it was questioned whether the welfare government could consider the public interest an absolute truth. Indeed, government failures arose. In this sense, Oliveira (2015, p. 139) argues that the key feature is found in state paternalism, which ends up reducing the individuals' private autonomy and "regulatory asphyxiation", where excessive regulation ends up preventing the exercise of economic activity. According to the author "Regulatory asphyxiation" is the term used by the doctrine to designate "excessive regulation, which makes the economic activity unfeasible, as well as the absence of regulation, compromising equality in the market full of failures" (2015, p. 21). Also, that it is "the infeasibility of exercising economic activities due to the excess of state restrictions, configuring, in some cases, indirect expropriation of the right to exercise a certain economic activity" (2015, p. 140).

There are still two major arguments that developed from the analysis of government failures, the first of which is the rent seeking theory: the monopolies are created through governmental regulatory impositions, being a direct consequence of this and not an evil to be drifted away. And the theory of regulatory capture or capture theory, a direct consequence of regulation would be the control of regulation by the interests of the regulated sector, to the detriment of consumers, and that is the theory adopted for this research (CHANG, 1997, p. 740).

The capture theory, defended, initially, by the American economist George Stigler, arises out of the simple assumption that the regulation is a product and, as any other, can be easily traded on the market. The only difference between the usual products and regulation is that in the second one the market structure is defined by the political process and not by the economic one (CARRIGAN; COGLIANESE, 2016, p. 4). In other way, it means that those who offer the regulation have a coercive power over those who "consume" them.

The "consumers" of regulation are the economic sectors that can benefit from it. According to the author, there may be four ways of regulatory politics that an economic sector can take advantage of. The main one is the direct grant, where the State gives money directly to the economic agents, followed by the state restriction for the entry of new competitors on the market by both the adoption of strict rules for it or even the full prohibition; restriction that may affect the producers of substitute products, such as margarine restrictions to benefit the butter industry or ethanol restrictions to benefit the gasoline industry and, by the end, price politics (STIGLER, 2017).

In his articles, published for the first time in 1971, Stiglitz emerged as one of the most important critics of those who justified the state intervention as an instrument for consumers protection and mitigation of competition imbalance, and furthermore evaluated the state action by its intention and not its results. In other words, those who defended the intervention from what it should be and not what it actually was (FIANI, 2004). In contrast, Stigler studied the regulation from a realistic point of view and in accordance with its consequences. Additionally, he brought several empirical examples to justify his point.

Another critic of this "romantic" view of state regulation was Richard Posner (2017) that, when stating critics over the public interest theory, told that, among other characteristics, there are no means to guarantee that the public opinion would translate into legislative action for the public interest. Additionally, according to the author, however there may be problems on Stigler's theory, it may be the most correct one, since it is the one that illuminates other areas beyond the market behavior.

After Stigler and Posner, several others studied the capture theory. The one that most stood out, according to Fiani (2004), were Peltzman with his "result idea" from 1976, Becker in 1983 with his "efficient regulation" idea and Loffont and Tirole with their "cost function specification of the regulated form" in 1993. However, for this research, considering also its juridical point of view, we will adopt the general ideias proposed by Stigler.

2.1 ECONOMIC REGULATION IN THE NORTH AMERICAN AIR TRANSPORT SECTOR

In the United States, air transport regulation began in the 1920s with the so-called "Kelly Act" which consisted of direct government subsidies to airlines. After that, in 1938, Civil Aeronautics Board was created, a regulatory agency responsible for the sector that, among other

restrictions, prohibited price competition between companies, still with the focus of protecting the sector and promoting its development (CHMURA, 1984)

Although it is easy to conclude that the few companies existing on the market at the time have benefited from this regulation, both by state aid and the restricted competition, reinforcing the capture theory proposed by Stigler. Chmura (1984) states that American civil aviation would not have developed or stabilized so quickly without government assistance, however, the high growth of companies was justified by government subsidies. From it, complaints about the sector began, causing a movement of deregulation, which started in the 1960s.

Gowrisankaran (2002) states that, since the beginning of deregulation and the consequent freedom of route operation and pricing by companies, the North American air market faced considerable growth. According to the author, the number of passengers between the years 1975 and 2000 more than tripled, while ticket prices fell by less than half, showing that the self-regulation market mechanisms, in several cases, promote growth.

However, it is important to highlight that, due to the peculiarities of the sector, some type of regulation becomes necessary and shows positive effects. One example is the regulation to create barriers to develop monopolies. Leaving mergers and acquisitions of free companies at the discretion of economic agents can often promote the creation of monopolies, which is disadvantageous for consumers.

2. THE REGULATION OF BRAZILIAN AIR TRANSPORT: INTRODUCTORY REMARKS

According to the Administrative Council for Economic Defense (CADE), this means of transportation, following the global trend of the time, was strongly regulated by the State (2019, p. 3). Its historical milestones in Brazil point out that the first companies and regular airlines date from the 1920s, from the last century. In 1931, the Department of Civil Aviation (DAC) was created, initially called the Department of Civil Aeronautics, predecessor to ANAC (2006) and in 1938 the Brazilian Air Code was published.

The regulation of the air transport market for passengers in Brazil, according to Oliveira (2007), has undergone two major regulatory reforms. The first, started in the 1970s, known as "Controlled Competition" and the second, starting in the 1990s, named "Flexibility Policy", that is, followed the same order as the United States. The first was marked by intense regulation, including price controls, while the second reform was characterized by greater market liberalization. For Oliveira (2007), these two major reforms can be subdivided into six stages of regulation: the first stage, the regulation as an industrial policy for development; the second, regulation as an active stabilization policy; the third, liberalization as an inactive stabilization policy; the fourth, liberalization as a constraint on the stabilization policy; the fifth, quasi-deregulation and the sixth, re-regulation, which started in 2003.

Clearly, an abrupt process of economic deregulation was not applied to the aeronautical modal, that is, the Brazilian State did not choose to adopt a consolidated package of libe-

ral measures, choosing a gradual evolutionary process. In 2005, after the creation of ANAC, several other measures were taken to stimulate competitiveness and free competition in the sector. Among them, Guarany (2010) points to the establishment of pricing freedom and of supply by law in the strict sense. Another important measure, the restriction of the role of the regulatory agency when indications of competitive illicit acts were identified, where its role would be only to communicate it to the competent authority, in that case, the Brazilian competition defense system.

Finally, it should be noted that an important chapter in the history of regulation of the Brazilian airline sector occurred between 2018 and 2019, with the edition of Provisional Measure 863/2018 and its subsequent conversion into Law No. 13,842/2019. This regulation modified the Brazilian Aeronautical Code, allowing companies with 100% foreign capital to enter the national market, provided that they have their headquarters and administration in the country. Previously, 4/5 of the capital should belong to Brazilians and the management functions should also be exercised by Brazilians.

2.1 THE LUGGAGE ALLOWANCE ISSUE

The National Civil Aviation Agency (ANAC), from 2000 until the adoption of Resolution No. 400/2016, obliged air transport companies to offer their passengers a minimum luggage allowance. It corresponded to 23 kilos, on domestic flights on airplanes with a capacity above 31 passengers, being 30 kilos for passengers flying in first class, 18 kilos for aircrafts of 21 to 30 seats and 10 kilos for aircrafts of up to 20 seats.

To delimit the General Conditions of Air Transport and build the Resolution 400/2016, the National Civil Aviation Agency used Regulatory Impact Analysis (RIA)⁴, in which it assessed that the sector's regulatory proposals should address both the issue of freedom of establishment tariffs and differentiation of services to air operators and also the point of mandatory maintenance of the right to franchise.

This RIA is the result of research by the Agency since 2013 and, with regard to the baggage allowance, it is guided by the guidelines of the International Civil Aviation Organization (especially Doc. 9587) and international experience on the subject. RIA's studies culminated in Public Hearing No. 03/2013, in which several consumer protection agencies - such as the National Consumer Secretariat (SENACON), São Paulo Consumer Protection and Defense Attorney (PROCON/SP) and Consumer Guidance Service (SOS Consumidor) - argued that the separate purchase of the baggage delivery service would harm consumers. However, ANAC noted that state intervention in the baggage allowance rules did not offer economic efficiency gains to passengers and prevented the development of the air carrier business model. In addition, the stipulation of baggage allowance in this mode lacked technical fundamentals, since old regulations on the subject needed to adapt to the new context of civil aviation, according to parameters of a market economy that is both more evolved and mature, able to assimilate the best ones competition practices in an increasingly competitive market (BRA-

4 Available at: <https://www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas/audiencias/2016/aud03>. Accessed: Ago 21, 2020

SIL, 2013). For these reasons, the Agency concluded that the free franchise model was more beneficial to the sector, both in relation to domestic and international transport.

In 2016, with the maturing of debates⁵, the Resolution No. 400 gave a new shape to the general conditions applicable to the regular air transportation of passengers (domestic and international), such issues related to the provision of the service; alteration and termination of the air transport contract by the passenger; check-in and presentation for boarding.

Specifically regarding our object of study, the standard defined that the transportation of checked luggage is an accessory contract and companies are free to determine the rates applicable to their respective services. Considering that, the checked luggage allowance was no longer mandatory. On the other hand, hand luggage per user, established at 10 (ten) kilos per person, remained mandatory - the previous estimations was only 05 (five) kilos.

Resolution No. 400/2016 became effective in March 2017, however the provisions on checked luggage were suspended by decision of the Federal Court⁶⁷. Consumer agencies promoted Public Civil Actions claiming that the exclusion of the luggage allowance excessively burdened the consumer and caused an imbalance in consumer relations.

The Brazilian Bar Association and the Municipal Department of Consumer Protection and Defense - PROCON, of the Municipality of Fortaleza (author of Public Civil Action No. 0816363-41.2016.4.05.8100), reasoned that the regulatory body when issuing the Resolution failed the provisions of article 734 of the Civil Code⁸, since the transport of people would include, in addition to the passenger himself, the luggage. For them, the national legal system perceives the transportation of luggage as an accessory provision immanent to the transportation of people and, therefore, the conclusion established by article 13 of Resolution 400/2016 from ANAC would not be correct. There would be a transfer of responsibility and operation costs of the luggage clearance service to the consumer, without requiring any compensation from the carrier.

In the merit judgment, the Federal Court ruled that the request was unfounded. First, by observing that the Consumer protection agencies described that, necessarily, the modifications of Resolution No. 400/2016 would cause losses to air transport users, however such an explanation is not immediately extracted from any provisions of the normative act depleted. In fact, as will be shown in a timely topic, the path of economic deregulation of air transport has proved to be effective in the interests of consumers. Secondly, it was found that the burden of carrying luggage in contracts for the transport of people in general (Article 734 of the Civil Code) does not oblige the carrier to take any and all luggage, in any quantity or weight.

5 Verify other public hearings that contributed to the formation of Resolution No. 400/2016 at: <https://www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas/audiencias-encerradas/audiencias-publicas-encerradas-de-2013> .Accessed: May 21, 2020.

6 Four Public Civil Actions (ACP) were processed against ANAC, with the Superior Court of Justice (STJ) defining that the 10th Federal Court of the Judiciary Section of Ceará was the competent judge for the trial (asserted jurisdiction). Of the other three ACPs, one had been filed by the Consumer Protection and Defense Management of Pernambuco (Procon / PE), and the other, proposed by the Brazilian Bar Association, was being processed at the 4th Federal District Court. The fourth, from the 22nd Federal Civil Court of the São Paulo Judicial Subsection, proposed by the Federal Public Ministry. It was in the midst of this last Public Civil Action that a preliminary injunction remained to suspend articles 13 and 14 of Resolution 400/2016.

7 According to data available on the ANAC website, airlines have only effectively applied the unbundling of baggage handling services as of June 2017. See: <https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1>.

8 Brazilian Civil Code (Law No. 10.406 / 2002), article 734: The carrier is liable for damages caused to the persons transported and their luggage, except for reasons of force majeure, any clause excluding liability being null and void.

Thus, it is legitimate for the provider to stipulate reasonable conditions of service and, in the case of air transport, it is legitimate for the National Civil Aviation Agency to list such restrictions in advance. Third, already in appeal, the Federal Regional Court of the 5th Region recognized that, according to a study developed by the Secretariat for Economic Monitoring of the Ministry of Finance (Sae/MF), of the 3rd Coordination and Review Chamber of the Federal Public Ministry (3rd CCF/MPF). In addition to the Legislative Consultancy of the Chamber of Deputies, the sale of airline tickets with checked luggage allowance is of a "tied sale" nature, a circumstance prohibited by article 39, I of the CDC. In this regard, Silva & Gonçalves (2017) observe that this "grouping of services" - passenger transportation and luggage transportation - referred to in the specialized literature as *bundling*, obliges the passenger to necessarily pay to take luggage, even if he does not carry any volume. That is, for each and every passenger, both the transportation of a person and his luggage are sold, although only a few are interested in checking luggage⁹.

The costs of transportation services are passed on by the carrier to the user, the amount related to the availability of the checked luggage allowance is shared by all users. However, it is clear that only those who actually use the service should pay for using the transport of volumes. Thus, ANAC regulations are legal by allowing travellers who do not wish to dispatch any volume to purchase tickets where the value of this accessory service is not included.

Concluding the legal arguments favorable to the removal of the mandatory luggage allowance, the 1st degree merit decision of Public Civil Action nº: 0816363-41.2016.4.05.8100 highlights other important arguments presented by the Agency (2017, p. 8):

[...] "currently the imposition of the 23kg offered for checked luggage is far beyond the national average, which, according to Technical Note 11/2016 / GEAC / SAS, is below 12kg per passenger", arguing that "saying that the transport of luggage is essential to the air transport service is fallacious, whereas 35% of passengers transported today travel without luggage, according to data from the Civil Aviation Secretariat of the Ministry of Transport, even with this included in the ticket price. In this sense, a state imposition of this value imposes unnecessary costs on the provider of transport services, which are passed on to the consumer. The cost of transporting luggage, in turn, is shared by all, without this having to constitute an obligation on passengers". It further claims that the referred release complies with the principles of freedom of tariffs and freedom to offer routes, which govern air transport contracts, under the terms of Law No. 11,182 / 2005, and that ANAC, contrary to what the author states, subsidized technical and historical elements to edit the regulation in question, specifically with a comparative study of the reality of several other countries, in which it was found that Brazil would be among the most restrictive countries with regard to the regulation of luggage transport, both on domestic as well as international flights, which significantly increases the cost of air transportation for consumers, since "the fare for air tickets includes, by the regulation prior to the Resolution now under attack, among its costs, those pertinent to the luggage dispatch in the franchise maximum allowed (23kg and 2x32kg) in any period. Certainly, this cost is passed on to the passenger, at any time of the year, on any route and even if he/she checks in less weight luggage or even that he/she does not check luggage." Thus, "the expectation is that the release of the luggage allowance will allow the airline to set fares with different luggage allowances

and it will be up to the consumer, in his free choice exercise, to choose the one that best suits his profile. It also tends to provide the opportunity cost on the part of the airlines, in order to allow them to manage the hold and cargo transportation, which will contribute to the profitability of a flight and the consequent reduction of prices in passenger transportation”.

Thus, in line with the understanding of the Federal Court of the 5th Region, there are no indicative assumptions of legality bias in the provisions of Resolution 400/2016. On the contrary, the maintenance of the “grouping of services” is that, in addition to being out of alignment with liberal market ideas, it violates the national order, according to the diction of article 39, item I of the Consumer Protection Code.

Still, according to Bastos et al (2017), ANAC argues that deregulation favors the creativity and free choice of airlines. Collaborative thinking in other countries, which also allow collection, however, the measure displeased several consumers, in addition to institutions such as the Public Ministry. They then manifested themselves in disfavor of the resolution as it represented a setback in guaranteed rights.

3. APPLICABILITY OF THEORY OF ECONOMIC REGULATION TO THE REGULATION OF THE LUGGAGE ALLOWANCE

In the field of applicability of the theory of economic regulation in relation to the consumer of aeronautical services, two large groups are identified, both supported by the argument that consumer protection is a fundamental principle of the economic order, article 170, of the Federal Constitution of 1988. This argument demonstrates, from different perspectives, the need to regulate the dispatch of luggage in the air modal. On the one hand, based on the conception that consumer protection will take place with the evolution of the aeronautical market and in favour of eliminating luggage allowance. On the other, consumer dissatisfaction with prices and quality of services. This confrontation of ideas involves the old discussion about the role of the State in the face of the markets, it supports the confrontations of the conceptions of regulation in the public interest *versus* economic regulation.

In this scenario, there are those who argue that the dissolution of the luggage handling service will result in immediate benefits for consumers, considering that it will lead to a reduction in the value of tickets. This conclusion is supported by the numbers reached by air navigation after the beginning of the policy of freedom fare.

ANAC concluded that “freedom fare is one of the pillars that support the low prices of airline tickets, social inclusion and the growth of air transport” (BRASIL, 2012, p. 28). According to the figures released at a seminar held in 2012, the average utilization rate of aircraft¹⁰ in the transport of domestic passenger improved significantly, from 57% in 2002 to 70% in 2011, and the number of paid passengers transported for the same period rose from 33 to 85 million, with an average growth of 11.2% per year.

¹⁰ Passenger demand (in paid passenger-kilometers transported, treated by the acronym RPK) for available seats (in seats offered kilometers, ASK). The formula for calculating aircraft utilization is RPK / ASK.

The Domestic Air Fare Report for the 4th Quarter of 2018 points out that the average air fare¹¹ decreased from R\$ 499.62 in 2009 to R\$ 348.46 in 2018¹² (BRASIL, 2019, p. 13). As a result, the modal, previously very expensive, became popular, demanding greater efficiency from companies in managing their costs and tariffs in the face of new market conditions and competition (BRASIL, 2012, p. 28). This process of popularization ratifies the statistical data of 2018, in which 6.7% of the total tickets were sold with fares below R\$ 100.00 and 50.9% below R\$ 300.00, while the tickets over R\$ 1,500.00 represented only 0.8% (BRASIL, 2019, p. 12).

Resende (2018, p. 11), in an analysis of the Air Transport Statistical Database (BDETA), found that in the months following the breakdown of the dispatch service, there was a significant and gradual decrease in the average number of luggage checked per passenger and a reduction in more than one kilogram in the average amount of checked luggage per person. In addition, using mathematical and statistical modeling, he found an average reduction of R\$ 14.85 in the price of airfare fares.

However, the checked luggage allowance is not the most determining variable in the calculation of the carrier's expenses and, consequently, in the prices required in the fares. The largest expenditures of aviation companies are with fuels and lubricants, which account for 32.2% of expenses, and aircraft leasing, insurance and maintenance amounts, corresponding to 20.3% (BRASIL, 2019, p. 7). In this way, fluctuations in the price of oil or even variations in the exchange rate directly influence the costs of aeronautical service, factors that are independent of companies or consumers.

Consequently, the reduction of air fares is not an immediate consequence of the post-Resolution 400/2016 regime¹³. Fortunately, consumer protection is not only achieved by decreasing the values of products or services, being the limitation to State intervention in the aeronautical services market and the formation of another item of differentiation of services and prices offered for the choice of passengers the positive highlights of the normative instrument.

The reduction in state interventionism, similar to that already practiced in the rest of the world, allows the availability of different offers from transport companies for the free choice of passengers, according to their different needs, preferences and payment disposition¹⁴ (BRASIL, 2019, p. 8). In other words, fare freedom gives companies the opportunity to apply different prices to transportation services, in order to capture different segments of the public, based on the economic theory of price discrimination.

In his studies of microeconomics, Varian (2015, p. 658) subdivides price discrimination in three degrees. In the first degree, named perfect discrimination, there is the sale of units to

11 Average amount paid by the passenger on a trip to his destination due to the provision of air transport services. The indicators were presented in nominal values and in real values (deflated by the IPCA). Until the making of this article, ANAC had not released the general statistics for 2019.

12 Values related only to the routes monitored by Decrees 1,213 / 2001 / DGAC / 2001 and 447 / 2004 DGAC / 2004. Only from July 2010, when Resolution No. 140/2010 came into force, did all domestic lines begin to be monitored. The "general" airfare as of 2011 also declined, from R\$ 472.45 that year to R\$ 426.54 in 2018.

13 Assessing the problem, this is how ANAC positioned itself: "The context of the various variables that influence the entire market and the economy in general within a period can be quite different from the other period to be compared. The price difference cannot be expected to be explained by a single factor in isolation. The association of fluctuations in prices to any possible cause, such as the transport of luggage, necessarily depends on a robust time series with several indicators, so that it is possible to isolate the impacts of each variable considered" (2019, p. 9).

14 Domestic airfares report 3rd Quarter 2019.

the person who attributes the greatest value to the asset, confirming the transaction only for the maximum price that person is willing to pay. In the second, there is the sale of different units of product at different prices, but each person who buys the same quantity of goods pays the same price (prices differ with respect to units of good, but not with regard to people). And, in the third degree, exemplified in the practice of discounts for elderly people and students when the production is sold to different people with different prices, but each unit sold to a certain person is sold at the same price.

Airlines usually use the second degree of price discrimination (non-linear pricing), notably regarding the distinction between first class and economy class (2015, p. 664). By launching different packages, companies provide consumers with an incentive to self-select based on the quality of the offer. The main strategy is to convince the public most likely to pay higher prices to choose the highest quality services and, for that, there is a reduction in the quality of the services offered in the simplest packages.

If there were no consumers of the best quality packages, the economy class would obtain a higher quality product, but at a higher price. On the other hand, without consumers in the economy class, those in the first class would benefit from the reduction in the price charged, however they would register a surplus equal to zero¹⁵. Fare freedom gives companies the opportunity to explore the relationship with both classes, to which Varian (2015, p. 665) observes an important social utility in the price discrimination system, once otherwise companies could decide that it would be great to sell only to high demand markets.

Even so, there are those who resort to the propositions of the regulation theory in the public interest and question the feasibility of the State intervening in the values practiced in checked luggage fees or even in the global-final price, in order to establish maximum amounts for charging consumers¹⁶. As Trindade (2019, p. 55) explains, the theory of regulation by the public interest incorporates non-economic aspects such as the well-being of the population and the interests of the community. That way, the economic views on the market lose strength in the face of the responsibility of promoting benefits to the general population, especially to consumers. In the present case, the logic would be that "the exclusion of the luggage allowance should excessively burden the vulnerable part of the consumption relationship, unbalancing the subscription contracts of the passenger air transport" (OAB, 2019, p. 3).

It urges to recall that the present work has already demonstrated the negative aspects of luggage allowance, notably by forcing all passengers to pay for the checked luggage even if they are not using it. Furthermore, the legal impracticability of the measure remains clear, since the maintenance of luggage allowance violates the precepts of the Consumer Protection Code, as it is a kind of tie-in sale. The thesis raised by entities, such as the OAB, cease asking who are the real beneficiaries; who bears the burden of regulation; what is the form

15 Consumer surplus is the difference resulting from the consumer purchasing a product for less than the highest price he would be willing to pay. See: <http://robguena.fearp.usp.br/Introducao/excedente.imp.pdf>

16 There are those who defend the need for the Brazilian State to adopt the price cap regulation technique. According to *Investopedia*, "price-cap regulation is a form of economic regulation generally specific to the utility industry in the United Kingdom. Price-cap regulations set a cap on the price that the utility provider can charge. The cap is set according to several economic factors, such as the price cap index, expected efficiency savings and inflation". (<https://www.investopedia.com/terms/p/price-cap-regulation.asp>). Observing the proposals to change the regulation of the airline sector, as in the case of the Conversion Bill (PLV) 06/2019, CADE analysed the possible competitive effects of the adoption of this regulatory model for airline ticket prices, detailing its conclusions in Technical Note No. 12/2019/DEE/CADE.

of this regulation; and, what are the effects of this on the allocation of resources. In fact, Stiglizer (2017, p. 31) undoes the principles of regulation by the public interest exactly through these questions. The American economist argued that the benefits of State intervention in the markets fall short of the losses caused to the rest of the community (2017, p. 40). For example, imagine that the regulation of the air sector could, in theory, favor its companies, promote improvements to airports, and improve, in general, the service to consumers. Such a privilege given to the State to a specific sector of the market causes damage to other means of transport, such as road modal, which is a competitor (substitute) for the aeronautical service. Indeed, caution is needed regarding the perception that the State moves imbued with collective values and that this intervention is positive for the social body.

As Trindade instructs (2019, p. 56), state regulation is a “product” shaped from prevailing interests. The point is that, in capitalist systems, the state’s interference in the market enhances the propensities of economic agents, often to the detriment of social interests. This is due to the power of influence of these agents to make regulatory acts more palatable or even favorable to their own objectives¹⁷.

The more the market is adorned with intervening state acts, the greater the likelihood that the regulator will dominate by economic agents. In this way, it could be said that the capture theory ignites an alert similar to the sociological conception of the constitution - proposed by Ferdinand Lassalle - that there are real factors of power that dominate and build the “real constitution”. The apparent vision of that regulatory acts are forged only by the public interest vanishes from the discovery that these acts are tied to private interests of small groups, especially economic/financial agents, given the “capture” of the regulator to conceive the regulation desired by the regulated (TRINDADE , 2019, p. 74).

For these reasons, at the end of the luggage allowance in the Brazilian civil aviation market, there is a positive factor for limiting a possible capture by the regulator, since it reduces the possibilities of capture of the regulatory power by the regulated.

FINAL CONSIDERATIONS

We started this study with the debate about the theory of economic regulation, exploring its main elements, also explaining what it consists of and how it has evolved over the years. Then, we started to analyze the main aspects regarding the regulation of air transport, with emphasis on the United States, considering the great growth experienced by this country in its regulatory experiences.

17 In Posner’s view, “a serious problem with any version of the public interest theory is that the theory does not define any exchange or mechanism by which a public interest conception is translated into legislative action. In market theory, it is explained how the efforts of individuals to promote their own interests through transactions generate an efficient allocation of resources. There is no similar articulation of how public opinion about which legislative policies or measures could maximize social welfare is translated into legislative action, it is not enough to just say that the voter will vote for the candidate who promises to develop public policies that voters conceive to be public interest; other policies may benefit a specific voter more. Policies that benefited 51% of voters could impose much higher costs on the other 49%, a situation in which the majority would be forced to face a conflict between principles and interests - and no theoretical doctrine or empirical evidence suggests that they would probably choose the principles ” (2017, p. 64).

It appears that, historically, the regulation of the Brazilian airline sector, from the 1930s to the present day, the trajectory of state intervention in the sector and, from there, the first attempts to regulate luggage allowance until the edition Resolution 400/2017 are shown. It functioned as a propaedeutic reference for the study we set out to carry out. It is possible to analyze the end of luggage allowance on three perspectives: (a) by the theory of price discrimination; (b) by the consumerist bias; and (c) industry statistics in recent years. First, the elimination of luggage allowance is supported by the theory of price discrimination (second degree discrimination, according to the lessons of Hal Varian), with, therefore, economic-scientific support for the measure. In turn, it is considered a compliance with the consumerist norm, since the aggregation of services (transportation of luggage and people) constituted a type of tie-in sale, a practice prohibited by Law 8.078 / 1990 (article 39, I). Finally, the statistical results of the previous stages of the economic freedom process in the airline sector confirm the effectiveness, for consumers and air transport companies, of promoting greater freedom in this modal.

Moving forward, it is still possible to analyze the measure proposed by Resolution No. 400/2016 for the lessons of the economic theory of regulation, especially regarding the perception of the effects of state intervention in the market and the understanding of the real beneficiaries of state interference, as assessed by the theory of capture. In this sense, the present research demonstrates that the promotion of greater economic freedom is beneficial to the airline industry, as it reduces the effects of the capture of the regulator by sectoral economic agents, so that, however the end of baggage allowance could fit the Theory of Capture *a priori*, *a posteriori* the expansion of the economic freedom for companies may result in gains for both consumers and businessmen.

REFERENCES

BASTOS, Débora Alves Pereira; SILVA, Rodrigo César Bessoni e; LUCAS, Vander Mendes. *Desregulamentação da franquia de bagagem despachada no Brasil: Uma Análise de Impacto Regulatório*. 2017. Available at: <https://econpolrg.files.wordpress.com/2017/08/eprg-wp-2017-77.pdf>. Accessed: Jan 15, 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Tarifas Aéreas Domésticas – 3º Trimestre de 2012*. Available at: <https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/arquivos/relatorio26.pdf>. Accessed: Dec 17, 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ed.). *Formulário de análise para proposição de ato normativo*. Available at: <https://www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas/audiencias/2016/aud03/formularioair.pdf/view>. Accessed: Ago 21, 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ed.). *Relatório das contribuições da Audiência Pública Nº 03/2013*. Available at: <https://www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas/audiencias/2016/aud03/AP032016RAC.pdf/view>. Accessed: Ago 21, 2020.

BRASIL. ANAC. *Relatório de Tarifa Aérea Doméstica relativo ao 4º Trimestre de 2018*. Available at: <https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/relatorio-de-tarifas-aereas-domesticas-nacional>. Accessed: Jan 10, 2020.

BRASIL. ANAC. *Relatório de tarifa aéreas domésticas 3º Trimestre de 2019*. Available at: <https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/relatorio-de-tarifas-aereas-domesticas-nacional>. Accessed: Jan 10, 2020.

BRASIL. ANAC. *Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016*. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Available at: https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf. Accessed: Dec 10, 2019.

BRASIL. ANAC. *Seminário sobre os 10 anos de liberdade tarifária no transporte aéreo doméstico*. Available at: <https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/seminario-10-anos-de-liberdade-tarifaria-no-transporte-aereo-domestico>. Accessed: Jan 10, 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Nota Técnica nº 12/2019/DEE/CADE*. Analisa os possíveis efeitos concorrenciais da adoção de um modelo de regulação price cap para os preços de passagens aéreas. Available at: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nota-tecnica-no-12-2019.pdf/view>. Accessed: Dec 15, 2019.

BRASIL. CADE. *Nota Técnica nº 11/2019/DEE/CADE*. Analisa o Projeto de Lei de Conversão (PLV) 6/2019, apresentado pelo senador Roberto Rocha (PSDB-MA) à Medida Provisória (MP) 863/2018, a qual permite o investimento estrangeiro na aviação nacional. Available at: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nota-tecnica-no-11-2019.pdf/view>. Accessed: Dec 15, 2019.

BRASIL. *Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005*. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Available at: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm. Accessed: Dec 10, 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Parecer Técnico nº 197/2016 – Seap*. Análise do Setor aéreo. GT-Transportes. Análise das mudanças sugeridas pela ANAC nas Condições Gerais de Transporte Aéreo. Relator: Rodrigo César Bessoni e Silva. Available at: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/parecer-tecnico-anac>. Acesso: Dec 15, 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Proc. n. 0816363-41.2016.4.05.8100*. Apelante: Departamento Municipal De Proteção e Defesa Dos Direitos do Consumidor. Apelado: Agencia Nacional de Aviação Civil – ANAC. Available at: http://www5.trf5.jus.br/noticias/320414/trf5_nalo_conhece_pedido_do_conselho_federal_da_oab_para_suspender_artigos_de_resolucao_da_anac.html. Accessed: Dec 10, 2019.

CARRIGAN, Christopher; COGLIANESE, Cary. *Capturing Regulatory Reality: stigler's the theory of economic regulation*. Stigler's The Theory of Economic Regulation. 2016. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2805153. Accessed: Ago 18, 2020.

CHANG, Ha-joon. The economics and politics of regulation. *Cambridge Journal Of Economics*, Cambridge, n. 21, p.703-728, 1997.

CHMURA, Christine. *The Effects of airline regulation*. 1987. Available at: <https://fee.org/articles/the-effects-of-airline-regulation/>. Accessed: Jan 12, 2020.

FIANI, Ronaldo. Afinal, a quais interesses serve a regulação? *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 13, n. 2, p. 81-105, 2004. Available at: <http://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/580/Fiani.pdf>. Accessed: Ago 19, 2020.

GOWRISANKARAN, Gautam. Competition and regulation in the airline industry. *Frbsf Economic Letter*, São Francisco, n. 1, p.1-3, Jan 2002.

GUARANYNS, Marcelo Pacheco dos. *Análise jurídica da política regulatório do transporte aéreo no Brasil (2000-2010)*. 2010. 138 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. 708 p.

OLIVEIRA, Alessandro V. M. *Performance do regulado e eficácia do regulador: Uma avaliação das políticas regulatórias do transporte aéreo e dos desafios para o futuro*. 2007. Available at: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/arq11_cap06.pdf. Accessed: Jan 12, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Novo perfil da regulação estatal: Administração pública de resultados s análise de impacto regulatório*. 2015. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 336 p.

POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa et al (Org.). *Regulação econômica e democracia: O debate norte-americano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Cap. 2. p. 57-84.

RESENDE, Bruno César Mariano. *Estimativas do efeito da taxa de despacho de bagagem*. 2018. 38 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Cap. 7. Available at: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/25652>. Accessed: Jan 10, 2020.

SILVA, E. F.; GONÇALVES, S. S.. A cobrança da bagagem despachada nas viagens aéreas: a quem interessa? *Estudo técnico*. Câmara dos Deputados. Available at: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/34379>. Accessed: Jan 05, 2020.

STIGLER, George. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa et al (Org.). *Regulação econômica e democracia: O debate norte-americano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Cap. 1. p. 31-55.

STIGLITZ, Joseph E.; ROSENGARD, Jay K.. *Economics of the public sector*. 4. ed. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2015. 961 p.

TRINDADE, A. D. C. A teoria da regulação econômica aplicada ao setor mineral brasileiro. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 5, n. 2, p. 53-78, outubro 2019.

VARIAN, Hal R.. *Microeconomia - uma abordagem moderna*. 9. ed. São Paulo: Elsevier, 2015. 840 p.

Recebido/Received: 06.06.2020.

Aprovado/Approved: 29.11.2020.

**DISSERTAÇÕES
DO PPGD/FUMEC**

LINHA DE PESQUISA: AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

A necessidade crescente de promoção do desenvolvimento econômico sustentável, contraposta com a significativa regulação da atividade econômica, com a crescente intervenção do Estado nos negócios e com a excessiva judicialização dos fenômenos jurídicos, são questões relevantes, contemporâneas e integram a base de diversos problemas científicos e práticos que envolvem as abordagens das tensões entre autonomia privada, regulação e estratégia.

Essa situação exige que o Direito seja reconhecido não apenas como ciência e instrumento legítimo de solução de conflitos, mas como elemento fundamental de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) e das organizações (privadas e públicas), para que estas realizem os seus objetivos estratégicos com o menor custo e com a maior eficiência possível, respeitados os limites normativos, filosóficos e éticos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é fundamental o desenvolvimento de ideias inovadoras no âmbito da ciência do Direito, bem como a análise, a reflexão e a crítica propositiva de questões estruturantes, tais como, dentre outras: os limites da intervenção estatal na atividade econômica e na autonomia privadas; a normatividade contemporânea e a estruturação lícita dos negócios e dos mercados globalizados; a liberdade de contratar; a interpretação finalística e contemporânea dos institutos clássicos do direito privado; o confronto entre a autonomia privada e o interesse público; a dicotomia entre a propriedade privada e a função social da empresa; as relações entre as empresas, o Estado e as organizações do terceiro setor; a composição de interesses privados e públicos nos mercados; a ineficiência dos instrumentos de controle da atividade econômica; as parcerias entre o público e o privado; as relações entre os modelos de negócios, o planejamento empresarial, a gestão estratégica das organizações e a eficiência dos planejamentos jurídicos (tributários, societários, contratuais, trabalhistas etc); o uso de estruturas jurídicas tipicamente privadas para organização da atividade estatal; a dominação de mercados e a livre concorrência; as combinações de negócios, fusões e aquisições; a liberdade de agir, de pensar, de informar e de ser informado, de empreender.

Data de Início: 01/09/2014

<http://ppg.fumec.br/direito/linhas-de-pesquisa/>

ASPECTOS PRIVADOS DA USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS DOMINICAIS NA PERSPETIVA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

CAMILA SOARES GONÇALVES

GONÇALVES, Camila Soares. **Aspectos privados da usucapião de bens públicos dominicais na perspectiva da constituição econômica.** 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 26 de setembro de 2020.
Sala virtual na plataforma digital "zoom".
Orientador: Prof. Dr. Paulo Márcio Reis Santos

RESUMO

O presente estudo visa analisar os aspectos privados da usucapião de bens públicos dominicais, sob a perspectiva da Constituição Econômica, com intuito de flexibilizar a atual vedação no texto constitucional e infraconstitucional. Considerando o fato de que os bens dominicais são apenas formalmente públicos, não cumprindo com o princípio da função social da propriedade, podendo inclusive serem alienados, em razão da desafetação, torna-se plenamente viável a aquisição dos mesmos pela usucapião. Será analisada a vedação constitucional da usucapião de bens públicos, distinguindo os tipos de bens públicos e aprofundando-se apenas nos bens dominicais; e abordados os princípios da dignidade da pessoa humana, função social da posse e da propriedade, supremacia do interesse público e ordem econômica constitucional para, ao final, demonstrar que a proibição da usucapião de bens públicos dominicais é um retrocesso e, por isso, deve ser relativizada, proporcionando a efetivação do direito à moradia e da justiça distributiva. Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, por intermédio do método dedutivo, com marco teórico na própria Constituição Econômica.

Palavras-chave: Usucapião. bens públicos dominicais. Constituição Econômica. Função social da propriedade. direito à moradia.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the private aspects of the adverse possession of public dominical property, under the perspective of the Economic Constitution, in order to loosen the current prohibition in the constitutional and infraconstitutional text. Considering the fact that dominical property are only formally public, not fulfilling the principle of the social role of property, and may even be alienated, due to disaffection, it becomes fully viable to acquire them by adverse possession. It will be analyzed the constitutional prohibition of adverse possession of public property, distinguishing the types of public property and delving only into dominical assets; and addressing the principles of human dignity, social role of possession and property, supremacy of the public interest and constitutional economic order to, in the end, demonstrate that the ban on the adverse possession of public property is a setback and, therefore, must be relativized, providing the realization of the right to housing and distributive justice. For this purpose, bibliographic research will be used, through the deductive method, with a theoretical framework in the Economic Constitution itself.

Keywords: Adverse possession. Public dominical property. Economic Constitution. Social function of ownership. Right to housing.

TERCEIRIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA LEITURA DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IMPESSOALIDADE NO USO DA LEI 13.429/2017 NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DANILO FELÍCIO GONÇALVES FERREIRA

FERREIRA, Danilo Felício Gonçalves. **Terceirização e suas implicações na Administração Pública**: Uma leitura dos princípios da legalidade e da impessoalidade no uso da Lei 13.429/2017 na Administração Pública 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 28 de setembro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Profa. Dra. Luciana Diniz Durães Pereira

RESUMO

A terceirização de mão de obra e de serviços é uma tendência mundial que começou na iniciativa privada brasileira e passou também a ser utilizada pela Administração Pública. É uma ferramenta de gestão a fim de atingir o interesse público, materializada por meio de contrato firmado entre entes e pessoas jurídicas de direito privado, que possibilita redução de custos e especialização na prestação dos serviços ou fornecimento de bens, além de permitir que o contratante concentre em suas atividades principais, tornando-se mais competitivo. Assim como na iniciativa privada, a administração pública tenta a diminuição do aparelhamento estatal, usando parcerias, a privatização, a desestatização e outras formas; todas elas voltadas a esse objetivo. A Administração Pública tem utilizado o instrumento de terceirização de serviços públicos, especialmente para atividades secundárias, como funções de apoio, no caso dos serviços de limpeza, vigilância e atendimento, embora por meio de outros instrumentos, vem delegando a particulares a prestação de serviços que a princípio seriam de suas atividades-fim, fato bastante discutido na doutrina, principalmente após aprovação da lei 13.429 de 2017. Através da terceirização do serviço, o contratante passa ao terceiro contratado a responsabilidade sobre as atividades para assim poder se concentrar no melhor desempenho e ainda cobrar do terceirizado a qualidade e a eficiência no serviço contratado. Mas se não cobrar a qualidade dos serviços através de uma boa gestão perde o custo/benefício. Pare isto, surgiu a inserção de alguns institutos no ordenamento jurídico acolhidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para regular a intervenção estatal no controle econômico; a delegação dos serviços públicos, acordos de colaboração com o setor privado, como os contratos de prestações de serviços onde está inserido a terceirização. O presente trabalho pretende fazer uma análise reflexiva sobre o processo de terceirização na Administração Pública, sob uma perspectiva jurídico-administrativa. Para tanto, valse de metodologia de cunho crítico-dialética a partir da análise das normas específicas, entre elas as decorrentes da Nova Lei n. 13.429/2017.

Palavras-chave: Administração Pública. Terceirização. Princípios. Regras. Legalidade. Impessoalidade

ABSTRACT

The outsourcing of labor and services is a worldwide trend that started in the Brazilian private sector and has also started to be used by the Public Administration. It is a management tool in order to achieve the public interest, materialized through a contract signed between entities and legal entities under private law, which allows for cost reduction and specialization in the provision of services or supply of goods, in addition to allowing the contractor focus on your core activities, becoming more competitive. As in the private sector, the public administration tries to reduce the state equipment, using partnerships, privatization, privatization and other forms; all of them focused on that goal. The Public Administration has used the instrument of outsourcing public services, especially for secondary activities, such as support functions, in the case of cleaning, surveillance and attendance services, although through other instruments, it has been delegating the provision of services to private individuals. at first they would be of its core activities, a fact widely discussed in the doctrine, mainly after the approval of law 13.429 of 2017. Through outsourcing the service, the contractor passes to the contracted third party the responsibility for the activities in order to be able to concentrate on the best performance and still charge the contractor for quality and efficiency in the contracted service. But if you don't charge for the quality of services through good management, you lose the cost / benefit. Stop this, there was the insertion of some institutes in the legal system accepted by both doctrine and jurisprudence, to regulate state intervention in economic control; the delegation of public services, collaboration agreements with the private sector, such as service provision contracts where outsourcing is inserted. The present work intends to make a reflexive analysis about the outsourcing process in Public Administration, from a legal-administrative perspective. For that, it uses a critical-dialectical methodology based on the analysis of specific norms, including those resulting from New Law n. 13,429 / 2017.

Keywords: Public Administration. Outsourcing. Principles. Rules. Legality. Impersonality.

PLATAFORMAS DIGITAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

PAULO EDUARDO DINIZ RICALDONI LOPES

LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni. **Plataformas digitais de resolução de conflitos no direito do consumidor**. 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 02 de outubro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Daniel Firmato Almeida Glória

RESUMO

O preâmbulo da Constituição da República de 1988 institui o Estado Democrático de Direito fundado na solução pacífica das controvérsias e o artigo 3º, parágrafo 3º do Código de Processo Civil de 2015 determina que os operadores do direito devem estimular a autocomposição, porém, o acervo processual nos tribunais brasileiros demonstra a tendência litigiosa da população. Diante desta realidade, o tempo médio necessário para se obter a solução integral da lide tende a ser de alguns anos, acarretando a insatisfação da população e na inefetividade do princípio do acesso à justiça. Esta pesquisa possui como objetivo analisar a falta de efetividade da prestação jurisdicional devido ao elevado montante de feitos em tramitação e propor a utilização de métodos adequados de solução de conflitos autocompositivos (negociação, mediação e conciliação) para assegurar o princípio do acesso à justiça, a redução do acervo judicial e a possibilidade de se resolver a celeuma em menor tempo e de maneira satisfatória. Especificamente, terá como foco o Direito do Consumidor, no qual a maioria das ações são de competência dos juizados especiais, logo, por serem orientadas pela economia processual e busca pela conciliação ou transação, se adequa perfeitamente para a utilização desses métodos, especialmente por meio de plataformas digitais. Por fim, para comprovar a hipótese dos benefícios que a autocomposição extrajudicial possibilitará aos cidadãos e ao Estado, foram estudadas três plataformas digitais de resolução de conflitos que atuam no Direito do Consumidor. Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio de uma pesquisa bibliográfica em livros, dissertações, teses, vídeos, revistas, sites, legislações, jurisprudência, dentre outros, tendo como marco teórico a Constituição da República de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015 para compreender como a sociedade e o Estado se portam diante dos conflitos e, com base em uma análise de dados, avaliar a quantidade de processos em tramitação no país.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Direito do Consumidor. Métodos adequados de solução de conflitos. Plataformas digitais de resolução de conflitos. Sociedade de consumo.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of 1988 preamble establishes the Democratic State of Law based on the peaceful settlement of disputes and the article 3º, paragraph 3º of the 2015 Code of Civil Procedure determines that the law operators must encourage self-composition, however, the judicial assets in Brazilian courts demonstrate the litigious trend of the population. In this reality, the average time required to obtain a complete solution to the dispute tends to be of some years, resulting in the dissatisfaction of the population and ineffectiveness of the principle of access to justice. This research aims to analyze the lack of effectiveness of the jurisdictional provision due to the high amount of law suits in process and propose the use of self-

-composed alternative dispute resolution (negotiation, mediation and conciliation) to ensure the principle of access to justice, the reduction of the judicial assets and the possibility of resolving the deal in less time and in a satisfactory manner. Specifically, it will focus on Consumer Law, which most of the actions will be of the special courts jurisdiction, therefore, as they are guided by procedural economics and search for conciliation or transaction, it is perfectly suited for these methods, especially through digital platforms. Finally, in order to prove the hypothesis of the benefits that extrajudicial selfcomposition will be enabled to citizens and the State, three digital conflict resolution platforms that operate in Consumer Law were studied. For the paper, the hypotheticaldeductive method was used, through a bibliographic search in books, dissertations, theses, videos, magazines, websites, laws, jurisprudence, among others, having as theoretical framework the Constitution of the Republic of 1988 and the Code Civil Procedure 2015 to understand how society and the State behave in the face of conflicts and, based on a data analysis, analyze the number of processes in progress in the country.

Keywords: Access to justice. Consumer law. Alternative dispute resolution. Digital conflict resolution platforms. Consumer society.

ASPECTOS POLÊMICOS NA ESTEIRA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. **Aspectos polêmicos na esteira da evolução histórica da guarda compartilhada no Brasil**. 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 09 de outubro de 2020.
Sala virtual na plataforma digital "zoom".
Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

RESUMO

A guarda compartilhada foi uma inovação trazida no ordenamento jurídico com a Lei n. 11.698/2008. O instituto vem sendo largamente utilizado e até hoje suscita dúvidas e questionamentos na comunidade jurídica. Em vista disso, o presente trabalho objetiva fazer um estudo dos atuais desafios da guarda compartilhada e apresentar argumentos favoráveis à autonomia do Direito das famílias, diante de suas especificidades. Para se chegar às conclusões desse trabalho primeiramente foi elaborado um capítulo introdutório para tratar sobre a família, abordando sua evolução e também as modificações legislativas que ocorreram ao passar dos anos, com o desenvolvimento da sociedade. Após isso, o capítulo seguinte foi dedicado ao tratamento dos tipos de guarda admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, além de um breve histórico do surgimento da guarda compartilhada no mundo e o tratamento legislativo da alienação parental no Brasil. Posteriormente tem-se um capítulo voltado a apresentar o Direito das Famílias como um ramo interdisciplinar e com muitas peculiaridade, em vista disto, apresentam-se argumentos favoráveis à sua autonomia legislativa, através de um Estatuto das famílias. Nesse capítulo também é abordado sobre as constelações familiares de Bert Hellinger e sua utilização pelo Judiciário brasileiro. Por fim, o último capítulo é dedicado ao tratamento prático da guarda compartilhada, passando por seus aspectos positivos e negativos e as problematizações que ainda persistem na doutrina e jurisprudência. O método de pesquisa aqui adotado foi o dedutivo através da pesquisa bibliográfica de obras, artigos, dissertações e teses específicos sobre guarda compartilhada e também a pesquisa em obras de Direito de Família. Como principal marcos teóricos adotados por esse trabalho pode ser citado os juristas Nelson Rosendal, Cristiano Chaves de Farias, Maria Berenice Dias e Luiz Edson Fachin. Preliminarmente se conclui que o Direito das Famílias frente às suas especificidades deve merecer tratamento legislativo próprio, separado do Código Civil e a Guarda compartilhada encontra-se em constante estudo e avanço, frente às novas situações que são apresentadas nesse trabalho.

Palavras chave: Guarda compartilhada. Relações familiares. Direitos do menor. Autonomia Direito das famílias. Visão interdisciplinar da guarda.

ABSTRACT

Shared custody was an innovation brought in the legal system with Law n. 11.698/2008. The institute has been widely used and still raises doubts and questions in the legal community. In view of this, the present

work aims to study the current challenges of shared custody and present arguments in favor of the autonomy of family law, in view of its specificities. To arrive at the conclusions of this work, an introductory chapter was elaborated to deal with the family, addressing its evolution and also the legislative changes that occurred over the years, with the development of society. After that, the next chapter was dedicated to the treatment of types of custody admitted in the Brazilian legal system, in addition to a brief history of the emergence of shared custody in the world and the legislative treatment of parental alienation in Brazil. Subsequently, there is a chapter aimed at presenting Family Law as an interdisciplinary branch and with many peculiarities, in view of this, arguments are presented in favor of its legislative autonomy, through a Statute of families. This chapter also discusses Bert Hellinger's family constellations and their use by the Brazilian judiciary. Finally, the last chapter is dedicated to the practical treatment of shared custody, going through its positive and negative aspects and the problematizations that still persist in doctrine and jurisprudence. The research method adopted here was the deductive one through the bibliographic research of works, articles, dissertations and specific theses about shared custody and also the research in works of Family Law. The main theoretical frameworks adopted by this work can be mentioned by lawyers Nelson Rosendal, Cristiano Chaves de Farias, Maria Berenice Dias and Luiz Edson Fachi. It is preliminarily concluded that Family Law in view of its specificities must merit its own legislative treatment, separate from the Civil Code and the shared Guard is in constant study and progress, in view of the new situations that are presented in this work.

Keywords: Shared custody. Family relationships. Children's rights. Autonomy Family law. Interdisciplinary view of the guard.

A GESTÃO DO RISCO JURÍDICO CORPORATIVO COMO ESTRATÉGIA PARA A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL: APLICABILIDADE DAS NORMAS ISO 31000 E ISO 31022

LUCIANA PROCÓPIO BUENO

BUENO, Luciana Procópio. **A gestão do risco jurídico corporativo como estratégia para a sustentabilidade empresarial: aplicabilidade das normas ISO 31000 e ISO 31022.** 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 novembro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich

RESUMO

As empresas ocupam na atualidade relevante papel no cenário econômico, social e político brasileiro pelo fato de proporcionarem desenvolvimento e progresso ao proverem, direta ou indiretamente, a subsistência de parte significativa da população. Ao produzir e circular bens e serviços, as organizações são também responsáveis por expressivo montante das receitas fiscais do Estado e pelo impulsionamento do avanço tecnológico e de inovação, tornando-se o centro da economia contemporânea. Em razão de sua óbvia função social, a sustentabilidade empresarial constitui objeto de interesse de toda a coletividade. As normas jurídicas regulam parte significativa das relações e negócios, de tal modo que as empresas ficam expostas a diferentes tipos de riscos jurídicos, especialmente em razão da relação com um grande número de partes interessadas (*stakeholders*), como clientes, fornecedores, parceiros de negócios, Estado e sociedade, além das particularidades de cada organização e seu segmento mercadológico. Compreendida a partir de um conceito sistêmico de sobrevivência da empresa, a sustentabilidade empresarial exige o pensamento crítico acerca da relevância estratégica das empresas, bem como da criticidade do risco representado pela progressiva judicialização (especialmente nas empresas). Isso afeta diretamente a competitividade, a flexibilidade do mercado de trabalho e os custos de produção, ao comprometer parte do faturamento e do lucro com o pagamento ou com o provisionamento para fazer frente aos processos judiciais de custos elevados. Sob essa perspectiva, esta pesquisa busca estabelecer resposta para o problema da necessidade da adoção de estratégias eficazes para a gestão dos riscos jurídicos corporativos que proporcionem alternativas para o negócio e a criação de valor para as partes interessadas. A partir da análise de como esse risco jurídico corporativo pode ser identificado, mensurado, controlado, mitigado e, quando possível, eliminado, além do reconhecimento de oportunidades para a sua exploração ou maximização, permite-se a gestão estratégica dos riscos e o estabelecimento de vantagens competitivas no âmbito empresarial. Para este estudo adotou-se o método científico dedutivo, desenvolvido com base nos referenciais teóricos de

Zygmunt Bauman, Ulrich Beck, Anthony Giddens, Alfred Marshall, Joseph Schumpeter, Aswath Damodaran, Michael Porter, Cássio Machado Cavalli, Fabio Konder Comparato e Frederico Gabrich.

Palavras-chave: Risco Jurídico Corporativo. Gestão Estratégica. Sustentabilidade Empresarial. ISO 31000. ISO 31022.

ABSTRACT

Companies currently occupy a relevant role in the Brazilian economic, social and political scenario because they provide development and progress by providing, directly or indirectly, the subsistence of a significant part of their population. When producing and circulating goods and services, organizations are also responsible for a significant amount of the State's tax revenues and for boosting technological advances and innovation, becoming the center of the contemporary economy. Due to its obvious social function, corporate sustainability is an object of interest to the entire community. Legal rules regulate a significant part of relationships and businesses, in such a way that companies are exposed to different types of legal risks, especially due to the relationship with a large number of stakeholders, such as customers, suppliers, business partners. , State and society, in addition to the particularities of each organization and its market segment. Understood from a systemic concept of company survival, corporate sustainability requires critical thinking about the strategic relevance of companies, as well as the criticality of the risk represented by the progressive judicialization (especially in companies). This directly affects competitiveness, flexibility of the labor market and production costs, by committing part of the billing and profit to payment or provisioning to face high cost lawsuits. From this perspective, this research seeks to establish an answer to the problem of the need to adopt effective strategies for the management of corporate legal risks that provide alternatives for the business and the creation of value for the interested parties. Based on the analysis of how this corporate legal risk can be identified, measured, controlled, mitigated and, when possible, eliminated, in addition to the recognition of opportunities for its exploitation or maximization, strategic risk management and the establishment of competitive advantages in the business environment. For this study, the deductive scientific method was adopted, developed based on the theoretical references of Zygmunt Bauman, Ulrich Beck, Anthony Giddens, Alfred Marshall, Joseph Schumpeter, Aswath Damodaran, Michael Porter, Cássio Machado Cavalli, Fabio Konder Comparato and Frederico Gabrich.

Keywords: Corporate Legal Risk. Strategic management. Corporate sustainability. ISO 31000. ISO 31022.

A POSSIBILIDADE DE HERANÇA DIGITAL À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

VICTOR WERNECK GOMES

GOMES, Victor Werneck. **A possibilidade de herança digital à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 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 27 de novembro de 2020.
Sala virtual na plataforma digital "zoom".
Orientador: Prof. Dr. Paulo Márcio Reis Santos

RESUMO

A legislação brasileira não acompanhou tantas novidades em possíveis inovações nas modalidades de interação na vida privada moderna. As últimas décadas brasileiras detêm por características mudanças nas relações pessoais, no qual cada vez mais as pessoas estão interligadas de forma digital, detendo basicamente toda a sua vida alocada em aparelhos digitais conectados na Internet. Não tendo regulação jurídica para a maioria das atividades dos indivíduos em ambiente virtual, conseqüentemente não se tem nenhuma regulação para os compartilhamentos de conteúdo na Internet, podendo ser estes textos, vídeos, fotos e outros, bem como não se tem nenhum tipo de previsão legislativa para os bens digitais adquiridos apenas na forma virtual na Internet. A justificativa e motivação deste trabalho consiste no fato que os bens digitais previstos no patrimônio do indivíduo, na falta de legislação e regulamentos, acabam por serem perdidos na sucessão. A hipótese central dessa pesquisa se enquadra em uma possibilidade de direcionar a transmissão dos bens digitais após a morte em uma espécie de herança, denominada herança digital. O objetivo geral consiste em definir como a herança digital ocorreria, analisando os bens digitais e suas características e quais os conflitos que podem ocorrer diante de outros direitos do ordenamento jurídico. Busca-se relacionar os direitos sucessórios e as previsões já existentes para se adequar aos bens digitais, averiguando se há possibilidade de uma herança digital e formas testamentárias para dispor de bens digitais. Se faz necessário investigar como os bens digitais protegidos pelos direitos da personalidade poderiam entrar em conflito com a herança, para por fim, buscar relacionar a realidade atual do tema no Brasil e propor se há necessidade de mudança nos direitos sucessórios previstos na legislação do Brasil. Trata-se de uma pesquisa em perspectiva interdisciplinar, adotando-se como raciocínio predominante, o dedutivo, tendo o trabalho se desenvolvendo a partir de uma pesquisa bibliográfica, sendo direcionada para as áreas do Direito Civil, Direito Digital e Direito Constitucional. Sobre a natureza dos dados, os dados primários tratam da pesquisa de leis, projetos de lei, doutrina e jurisprudência sendo fontes secundárias dados oficiais e estatísticos de órgãos e empresas nacionais ou internacionais, bem como a pesquisa de estudos brasileiros ou estrangeiros na área do Direito Civil, Direito Digital e Direito Constitucional ligados aos bens digitais e herança digital, sendo banco de teses e dissertações, além de periódicos.

Palavras-chave: Herança. Herança Digital. Bens Digitais. Direito Civil. Direito Digital.

ABSTRACT

Brazilian legislation has not kept up with so many new developments in possible innovations in the modalities of interaction in modern private life. The last few decades in Brazil have been characterized by changes in personal relationships, in which more and more people are digitally interconnected, basically spending their entire life allocated on digital devices connected to the Internet. Having no legal regulation for most of the activities of individuals in a virtual environment, consequently there is no regulation for sharing content on the Internet, which can be these texts, videos, photos and others, as well as there is no type of legislative provision for digital goods acquired only in virtual form on the Internet. The justification and motivation of this work is the fact that the digital assets provided for in the individual's assets, in the absence of legislation and regulations, end up being lost in succession. The central hypothesis of this research fits into a possibility of directing the transmission of digital goods after death in a kind of inheritance, called digital inheritance. The general objective is to define how digital inheritance would occur, analyzing digital goods and their characteristics and what conflicts may occur in relation to other rights in the legal system. The aim is to relate the inheritance rights and the predictions already existing to adapt to digital assets, investigating whether there is a possibility of a digital inheritance and testamentary ways to dispose of digital assets. It is necessary to investigate how digital assets protected by personality rights could conflict with the inheritance, in order to finally seek to relate the current reality of the theme in Brazil and propose whether there is a need for change in rights successions provided for in Brazilian law. It is a research in an interdisciplinary perspective, adopting deductive as the predominant reasoning, with the work developing from a bibliographic research, being directed to the areas of Civil Law, Digital Law and Constitutional Law. Regarding the nature of the data, the primary data deals with the research of laws, bills, doctrine and jurisprudence, with secondary sources being official and statistical data from national and international bodies and companies, as well as the research of Brazilian or foreign studies in the area of Law. Civil, Digital Law and Constitutional Law linked to digital assets and digital heritage, being a bank of theses and dissertations, in addition to periodicals.

Keywords: *Heritage. Digital inheritance. Digital goods. Civil right. Digital law.*

CONTRATOS COLIGADOS, INADIMPLEMENTO E RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA INVESTIGAÇÃO À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DA AUTONOMIA PRIVADA E DA ANÁLISE ESTRATÉGICA DO DIREITO

FERNANDO DE SOUZA AMORIM

AMORIM, Fernando de Souza. **Contratos coligados, inadimplemento e responsabilidade civil: uma investigação à luz dos pressupostos da autonomia privada e da análise estratégica do direito**. 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 30 de novembro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Paulo Márcio Reis Santos

RESUMO

A presente pesquisa tem como tema a coligação contratual, instituto que se verifica quando há uma pluralidade de negócios jurídicos válidos e aptos a produzir efeitos e conexão entre eles, mas não necessariamente celebrados entre as mesmas partes. À luz dos pressupostos da autonomia privada e da Análise Estratégica do Direito, indaga-se, como problema de pesquisa, se na coligação contratual existe corresponsabilidade civil de um contratante – em princípio – alheio ao contrato inadimplido, mas integrante da rede de contratos coligados. Além disso, questiona se um contratado integrante de uma rede de coligação contratual responde civilmente por danos causados a outro contrato que não aquele do qual faz parte, em razão da incidência do princípio da boa-fé objetiva. Como hipótese, afirma-se que, em que pese os contratos que integram a rede serem autônomos do ponto de vista formal e se sujeitarem a regimes jurídicos específicos, o seu tratamento deve levar em conta a sua existência enquanto sistema. Assim, a incidência da boa-fé objetiva impõe aos contratantes coligados a limitação ao exercício de direitos subjetivos e a incidência de deveres anexos ou instrumentais de conduta em face da coligação enquanto sistema e não apenas aos pactos individualmente. O objetivo geral da pesquisa é demonstrar os efeitos jurídicos da coligação contratual, especialmente na possibilidade de reconhecer a corresponsabilidade civil dos contratantes que integram a rede de contratos em caso de inadimplemento e sob qual modalidade (contratual ou extracontratual), além de sua repercussão prática no mercado econômico à luz dos pressupostos da autonomia privada e da Análise Estratégica do Direito. A pesquisa adota, como referenciais teóricos, o conceito de contratos coligados proposto por Francisco Paulo de Crescenzo Marino, a noção de boa-fé objetiva proposta por Judith Martins-Costa, além do conceito de Análise Estratégica do Direito de Frederico de Andrade Gabrich. Quanto aos demais aspectos metodológicos, a pesquisa se desenvolve em vertente metodológica jurídico-dogmática, utilizando o raciocínio hipotético-dedutivo. Trata-se de pesquisa teórica e, no que tange ao tipo genérico, classifica-se como jurídico-compreensiva ou jurídico-interpretativa. No que concerne ao modo de análise das fontes, esta pesquisa se classifica como qualitativa e é interdisciplinar, conjugando conceitos de Direito Civil, Direito Constitucional, Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Análise Estratégica

do Direito. A pesquisa utiliza dados primários e secundários e, como procedimento metodológico e técnica de coleta de informações, o levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Contratos coligados. Responsabilidade civil. Boa-fé objetiva. Efeitos jurídicos. Inadimplemento. Análise Estratégica do Direito.

ABSTRACT

This research has as its theme the contractual coalition, an institute that is verified when there is a plurality of legal businesses that are valid and able to produce effects and connection between them but not concluded between the same parties. In the light of the assumptions of private autonomy and the Strategic Analysis of Law, it is asked, as a research problem, whether in the linked contracts there is civil co-responsibility of a contracting party unaware of the defaulted contract, but part of the network of related contracts. Also, it questions whether a contractor who is part of a contractual coalition network is liable for damages caused to a contract other than that of which he is a member, because of the incidence of the objective good faith principle. As a hypothesis, it is stated that, despite the contracts that make up the network being formally autonomous and subject to specific legal regimes, their treatment must consider their existence as a system. Thus, the incidence of the principle of objective good faith imposes on the related contractors the limitation to the exercise of subjective rights and the incidence of annexed or instrumental duties of conduct in the coalition's face as a system and not just the individual pacts. The general aim of the research is to demonstrate the legal effects of the linked contracts, especially in the possibility of recognizing the civil co-responsibility of the contractors that are part of the contract network in case of default and under what modality (contractual or non-contractual), besides its practical repercussion in the economic market in the light of the assumptions of private autonomy and the Strategic Analysis of Law. The research adopts, as theoretical references, the concept of related contracts proposed by Francisco Paulo de Crescenzo Marino, the notion of objective good faith proposed by Judith Martins-Costa, besides the concept of Strategic Analysis of Law by Frederico de Andrade Gabrich. As for the other methodological aspects, the research is developed in a legal-dogmatic methodological aspect, using hypothetical-deductive reasoning. This is theoretical research and, about the generic type, it is classified as legal-comprehensive or legal-interpretative. About the mode of analysis of the sources, this research is classified as qualitative and is interdisciplinary, combining concepts of Civil Law, Constitutional Law, Jurisprudence, Philosophy of Law, and Strategic Analysis of Law. The research uses primary and secondary data and, as a methodological procedure and technique for collecting information, the bibliographic survey.

Keywords: Linked contracts. Tort law. Principle of objective good faith. Legal effects. Default. Strategic Analysis of Law.

A (DES)PROTEÇÃO DAS PESSOAS PORTADORAS DE IMPEDIMENTOS MENTAIS E INTELLECTUAIS À LUZ DA ATUAL TEORIA DAS INCAPACIDADES E O CONTEXTO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ELIANA GUIMARÃES PACHECO

PACHECO, Eliana Guimarães. **A (des)proteção das pessoas portadoras de impedimentos mentais e intelectuais à luz da atual teoria das incapacidades e o contexto do Estado de Minas Gerais**. 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 02 de dezembro de 2020.
Sala virtual na plataforma digital "zoom".
Orientador: Prof. Dr. Paulo Márcio Reis Santos

RESUMO

A presente pesquisa tem como tema as alterações processadas na teoria das incapacidades realizada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro os preceitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual o Brasil é signatário. Indaga-se, como problema de pesquisa, e diante dessas alterações, se se incorreu em um contexto de desproteção, agravado especialmente no Estado de Minas Gerais, considerando-se os dados estatísticos de indivíduos com impedimentos mentais e intelectuais. Como hipótese, afirma-se que, as alterações legislativas, reconhecendo a capacidade plena das pessoas com deficiência mental ou intelectual, sem balizamento de estudo aprofundado acerca das consequências, proporcionaram tratamento igual a pessoas essencialmente diferentes. O objetivo geral da pesquisa é o de investigar se, para os deficientes mentais e intelectuais, operou-se efetiva proteção em correspondência às especificidades de cada indivíduo, bem como compreender o alcance das liberdades negociais da pessoa com deficiência de ordem psíquica, e o papel de terceiros no exercício desses direitos. Como marco teórico, a pesquisa adota as críticas realizadas por Zeno Veloso, José Fernando Simão e Taisa Maria Macena de Lima, que enfatizam o descompasso entre o regramento atual da teoria das incapacidades e a complexidade dos portadores de impedimentos mentais e intelectuais. Quanto aos demais aspectos metodológicos, a pesquisa se insere em perspectiva jurídico-social, adotando como raciocínio predominante o hipotético-dedutivo. A pesquisa é bibliográfica e de natureza interdisciplinar, conjugando conceitos de Direito Civil, Teoria do Direito e Psiquiatria.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Impedimentos mentais e intelectuais. Teoria das incapacidades. Desproteção. Estado de Minas Gerais.

ABSTRACT

The present research has as its theme the alterations processed in the theory of disabilities carried out by the Statute of Persons with Disabilities, which incorporated into the Brazilian legal system the precepts of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, to which Brazil is a signatory. It is asked, as a research problem, and because of these changes, whether it was incurred in lack of protection, especially aggravated in the State of Minas Gerais, considering the statistical data of individuals with mental and intellectual impairments. As a hypothesis, it is stated that the legislative changes, recognizing the full capacity of people with mental or intellectual disabilities, without a framework for in-depth study of the consequences, provided equal treatment to essentially different people. The general aim of the research is to investigate whether, for the mentally and intellectually disabled, effective protection was performed in correspondence to the specificities of each individual, and to understand the business freedoms of the person with a mental disability, and the role third parties in exercising those rights. As a theoretical framework, the research adopts the criticisms made by Zeno Veloso, José Fernando Simão, and Taisa Maria Macena de Lima, who emphasize the mismatch between the current rules of disability theory and the complexity of people with mental and intellectual impairments. As for the other methodological aspects, the research is inserted in a legal-social perspective, adopting the hypothetical-deductive reasoning as the predominant reasoning. The research is bibliographic and interdisciplinary, combining concepts from Civil Law, Theory of Law, and Psychiatry.

Keywords: Brazilian Statute of Persons with Disabilities. Mental and intellectual impediments. Theory of disabilities. Lack of protection. Minas Gerais state.

O USO DA MÚSICA NO ENSINO TRANSDISCIPLINAR DO DIREITO: UMA ABORDAGEM DO DIREITO À EDUCAÇÃO

ROSELAINÉ ANDRADE TAVARES

TAVARES, Roselaine Andrade. **O uso da música no ensino transdisciplinar do direito: uma abordagem do direito à educação**. 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 11 de dezembro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich

RESUMO

O ensino do Direito precisa ser cada vez mais transdisciplinar e desenvolvido por meio de metodologias ativas. Isso decorre, inclusive, da Resolução n. 5/2018, do Ministério da Educação. Mas este ainda é um problema para muitos professores dos cursos de graduação em Direito, que não sabem como realmente usar as metodologias ativas, nem tampouco como ser transdisciplinares. A partir do método dedutivo e tendo como referencial teórico a obra da professora Mônica Sette Lopes, "Uma metáfora: música e Direito", o objetivo desta pesquisa é demonstrar a eficácia do método do uso da música para aprimorar a aprendizagem ativa e transdisciplinar do Direito nos cursos de graduação, a partir da análise do direito à educação, e comprovar que os requisitos dispostos na Resolução n. 5/2018 do MEC, especialmente o da transdisciplinaridade, podem ser atingidos ao se aplicar a música popular brasileira ao ensino do Direito uma vez que a música é uma boa opção didática, notadamente porque estimula habilidades que não seriam desenvolvidas a partir de metodologias exclusivamente instrutivistas de ensino.

Palavras-chave: Direito. Educação. Música. Transdisciplinaridade.

ABSTRACT

The teaching of Law needs to be increasingly transdisciplinary and developed through active methodologies. This is also due to Resolution no. 5/2018, from the Ministry of Education. But this is still a problem for many professors in law courses, who do not know how to really use active methodologies, nor how to be transdisciplinary. Based on the deductive method and based on the work of professor Mônica Sette Lopes, "Uma metáfora: música e direito", the objective of this research is to demonstrate the effectiveness of the method of using music to improve the active and transdisciplinary learning of Law in undergraduate courses, from the analysis of the right to education, and prove that the requirements set out in Resolution no. 5/2018 of MEC, especially that of transdisciplinarity, can be achieved by applying Brazilian popular music to the teaching of law since music is a good didactic option, notably because it stimulates skills that would not be developed from exclusively instructive methodologies education.

Keywords: Law. Education. Music. Transdisciplinarity.

A HOMOLOGAÇÃO ADMINISTRATIVA DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL COMO PROPOSTA PARA DESBUROCRATIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO

THIAGO CORTES REZENDE SILVEIRA

SILVEIRA, Thiago Cortes Rezende. **A homologação administrativa do pedido de recuperação extrajudicial como proposta para desburocratização e desjudicialização**. 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 21 de dezembro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientadora: Profa. Dra. Danúbia Patrícia de Paiva

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo principal demonstrar que a política nacional de desjudicialização e desburocratização do Judiciário estampada no Provimento nº 125/2010 – CNJ, concretiza-se no momento em que medidas legislativas são efetivadas com o intuito de alcançar este fim. Desta forma, assim como ocorreu com o pedido de reconhecimento de usucapião extrajudicial inserido no ordenamento jurídico nacional através da Lei nº 13.105/2015, bem como a possibilidade de realização de inventários, partilhas, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa autorizada pela Lei nº 11.441/2007, acredita-se, analogicamente, imbuído do âmago desjudicializante, que o tabelião de protestos de títulos e documentos de dívidas, após edição de lei competente, poderia ser a autoridade administrativa responsável por homologar o pedido de recuperação extrajudicial, suprimindo assim, a homologação judicial requerida pelo artigo 162 da Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005), retirando inúmeros processos do Judiciário. Tal procedimento, dedutivamente aos outros acima citados, iniciaria e se concluiria no âmbito das serventias extrajudiciais de protestos de títulos. Desta forma, a retirada de processos do âmbito do Judiciário torna a justiça mais célere, efetiva e econômica, proporcionando desenvolvimento nacional econômico mais sustentável. Tal iniciativa vai ao encontro do novo cenário político-jurídico fomentado pela política judiciária nacional de tratamento adequado aos conflitos de interesses no âmbito do Judiciário e pelo Provimento nº 72, de 27/07/2018, do mesmo órgão, que dispôs sobre medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas nos tabelionatos de protestos do Brasil. Para basilar o presente estudo, adotar-se-á o método científico dedutivo, com a análise das leis, doutrinas, artigos científicos, bem como jurisprudências mais recentes a respeito do tema. Como resultado, acredita-se que, da mesma forma que se procederam com a usucapião judicial, a separação e o divórcio judiciais, estendidos agora ao extrajudicial, após elaboração de lei competente, os tabeliães de protestos, agentes públicos dotados de fé pública notarial, condutores da desburocratização e desjudicialização do Judiciário, deveriam poder homologar o pedido de recuperação extrajudicial, ficando a cargo do cidadão utilizar também a via judicial.

Palavras-chave: Tabelião. Protestos. Recuperação Extrajudicial. Desjudicialização. Cartórios.

ABSTRACT

The present study has as main objective to demonstrate that the national policy of judicialization and de-bureaucratization of the Judiciary stamped in Provision nº 125/2010 - CNJ, materializes at the moment when legislative measures are put into effect with the intention of reaching this end. Thus, as with the request for recognition of extrajudicial usucapion inserted in the national legal system through Law No. 13,105 / 2015, as well as the possibility of carrying out inventories, shares, consensual separation and consensual divorce through the administrative route authorized by Law no. 11,441 / 2007, it is believed, analogically, imbued with the detrimental core, that the notary of protests of titles and debt documents, after the issuance of a competent law, could be the administrative authority responsible for ratifying the request for extrajudicial recovery, thus suppressing, the judicial homologation required by article 162 of the Bankruptcy Law (Law No. 11,101 / 2005), removing numerous lawsuits from the Judiciary. Such procedure, deductively from the others mentioned above, would begin and be concluded within the scope of extrajudicial services of securities protests. Thus, the withdrawal of cases from the Judiciary makes justice faster, more effective and more economical, providing more sustainable national economic development. This initiative is in line with the new political-legal scenario fostered by the national judicial policy of adequate treatment of conflicts of interest within the scope of the Judiciary and by Provision No. 72, of 07/27/2018, of the same body, which provided for incentive measures the settlement or renegotiation of debts protested in the protest notaries in Brazil. To base this study, the deductive scientific method will be adopted, with the analysis of laws, doctrines, scientific articles, as well as more recent jurisprudence on the subject. As a result, it will be deduced that, in the same way as with judicial usucapion, judicial separation and divorce, now extended to the extrajudicial, after drafting a competent law, the protest notaries, public agents endowed with notary public faith, drivers of de-bureaucratization and dejudicialization of the Judiciary, should be able to ratify the request for extrajudicial recovery, and it is up to the citizen to also use the judicial route.

Keywords: Notary. Protests. Extrajudicial recovery. Judicialization. Notaries.

LINHA DE PESQUISA: ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

Não se pode conceber contemporaneamente a identidade entre esfera pública e Estado. A esfera pública “compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. v. 2, p. 99 e seguintes).

O centro da esfera pública política, por sua vez, compõe-se, ainda, de outros “subsistemas” funcionais, cada um representando o seu papel dentro do sistema político, tais como o sistema administrativo, o complexo parlamentar, o sistema judiciário e a opinião democrática formada pelas eleições e pelos partidos políticos. No momento contemporâneo, os espaços da esfera pública ganham mais amplitude e dinamismo na busca de meios coletivos de construção de identidades plurais. Não é mais entre os poderes de Estado ou em razão da pertença a comunidades historicamente situadas, mas entre as diferentes fontes de integração social, que um novo equilíbrio deve ser perquirido.

O objeto de estudo desta linha visa reconstruir as clássicas abordagens acadêmicas do direito público, centradas na ótica do Estado e da Administração Pública, a partir de dois instrumentos do processo de integração social: legitimidade e controle.

Data de Início: 01/01/2010

<http://ppg.fumec.br/direito/linhas-de-pesquisa/>

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

GIOVANNI GALVÃO VILAÇA GREGÓRIO

GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. **A judicialização da política e o ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário.** 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 setembro de 2020.
Sala virtual na plataforma digital "zoom".
Orientador: Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

RESUMO

No cenário contemporâneo, a atuação do Judiciário tem notória importância, especialmente sua proeminência no cenário político. Assim, a pesquisa tem o propósito de abordar os fatores que ensejaram a judicialização da política e o ativismo judicial, bem como suas implicações. O estudo do tema-problema justifica-se pelo protagonismo dos tribunais ao julgar ações com elevada carga valorativa. Neste particular, busca-se perquirir os limites da atuação do Judiciário para apreciar questões que se imiscuem na esfera do Legislativo e do Executivo. Para tanto, é necessário o exame do princípio da separação das funções, demonstrando, inclusive, que a relação entre Legislativo, Executivo e Judiciário sofreu mutações ao longo do tempo, necessitando constante revisitação. Observa-se também que os regimes totalitários, que marcaram o século XX, provocaram intensa constitucionalização dos direitos humanos em alguns países, cuja vigilância foi atribuída ao Judiciário sob o viés do neoconstitucionalismo. Pretende-se, pois, discutir o ativismo, apresentando o minimalismo judicial desenvolvido por Cass Sunstein, como alternativa plausível para a autocontenção do Judiciário. A hipótese trabalhada é a de que o ativismo judicial não possui compatibilidade com o princípio democrático, visto que as demandas judiciais de alta indagação moral, assim como a concretização de direitos fundamentais e a implementação de políticas públicas, devem se concentrar no Legislativo e no Executivo - instâncias legitimadas para atuar na ordem substancial de valores políticos. Ao Judiciário incumbe a garantia dos procedimentos, assegurando a deliberação democrática para que os cidadãos definam o próprio destino político. No tocante à metodologia, utilizou-se o método hipotético-dedutivo jurídico, valendo-se da pesquisa bibliográfica, por meio do estudo de obras, artigos, dissertações e teses, bem como da pesquisa documental, com a análise da legislação e da jurisprudência correlatas à temática da pesquisa. E por fim, como procedimento técnico, a análise teórica e interpretativa, buscando proposta de solução para o tema-problema destacado.

Palavras-chave: Separação das funções. Judicialização da política. Ativismo judicial. Autocontenção.

ABSTRACT

In the contemporary scenario, the performance of the Judiciary has gained more and more importance and the discussion about the jurisdictional exercise has been highlighted in several countries. Thus, the research aims to address the factors that led to the judicialization of politics and judicial activism, as well as their implications. The study of the problem theme is justified by the role of the courts when judging actions with a high valuation burden. In this regard, the aim is to investigate the limits of the Judiciary's performance in order to appreciate issues that get involved in the Legislative and Executive spheres. Therefore, it is necessary to examine the principle of separation of powers, including demonstrating that the relationship between

the Legislative, the Executive and the Judiciary has undergone mutations over time. It is also observed that the totalitarian regimes, which marked the 20th century, caused an intense constitutionalization of human rights, whose protection was attributed to the courts. Therefore, it is intended to discuss judicial activism from the perspective of substantialist and proceduralist theories, presenting the judicial minimalism developed by Cass Sunstein, as an appropriate form of self-restraint in the Judiciary. The hypothesis worked out is that judicial activism is not compatible with the democratic principle, since the judicial demands of high moral inquiry, as well as the realization of fundamental rights, must be concentrated in the Legislative and Executive - legitimate instances to act in order substantial amount of political values. The Judiciary is responsible for ensuring legitimate procedures, ensuring democratic deliberation, so that citizens can define their own political destiny. Regarding the methodology, the hypothetical-deductive legal method was used, using bibliographic research, through the study of works, articles, dissertations and theses, as well as documentary research, with the analysis of related legislation and jurisprudence. to the research theme. And finally, as a technical procedure, theoretical and interpretive analysis, seeking a solution proposal for the highlighted problem-theme.

Keywords: Separation of powers. Judicialization of politics. Judicial activism. Self-restraint.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DISCURSO DE ÓDIO: UMA QUESTÃO DE (IN)TOLERÂNCIA E DE CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS

ALESSANDRA ABRAHÃO COSTA

COSTA, Alessandra Abrahão. **Liberdade de expressão versus discurso de ódio**: uma questão de (in)tolerância e de controvérsias jurídicas. 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 29 de setembro de 2020.
Sala virtual na plataforma digital "zoom".
Orientador: Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

RESUMO

Por meio do método hipotético-dedutivo, o presente trabalho tem como temática o paradoxo existente entre o direito à liberdade de expressão e à livre manifestação do pensamento com os discursos de ódio ou Hate Speech. A pesquisa utiliza como marco teórico o julgamento do Habeas Corpus 82.424/RS, mais conhecido como Caso Ellwanger, e faz abordagem hermenêutica da liberdade de expressão sob a perspectiva do direito brasileiro e da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. O julgamento do "Caso Ellwanger" definiu as bases teóricas do conceito de racismo e acendeu o debate acerca dos limites da liberdade de expressão e publicação de livros com ideias antissemitas (BRASIL, 2004). Como problema de pesquisa, o trabalho indaga: quais seriam as limitações do direito à liberdade de expressão para que os discursos de ódio não reproduzam o efeito silenciador das classes que possuem uma menor representação social? Como hipótese, afirma-se que a limitação excessiva do direito à liberdade de expressão e à livre manifestação do pensamento macula o direito geral de liberdade, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e fundamento do Estado Democrático de Direito. Justifica-se a pesquisa pela necessidade de analisar criticamente a questão da existência dos discursos de ódio e da livre manifestação do pensamento sob a ótica da técnica da ponderação, mediante a análise das peculiaridades do caso concreto e como forma de garantir o Estado Democrático de Direito. O objetivo geral é elaborar análise crítica dos limites ao direito de se expressar e manifestar o pensamento, a partir da condenação dos discursos de ódio, além de investigar a jurisprudência estadunidense em relação à Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos. São objetivos específicos: a) demonstrar a existência de um direito geral de liberdade, do qual se extrai o direito à liberdade de expressão e suas espécies, quais sejam: direito à livre manifestação do pensamento; liberdade de imprensa; liberdade de informação; liberdade de opinião, dentre outras liberdades constitucionalmente asseguradas; b) identificar as concepções antagônicas do direito à liberdade de expressão estadunidense e brasileira, por meio do estudo das jurisprudências em ambos os países, como forma de corroborar a importância do direito à livre expressão como mantenedor da democracia; c) confirmar as virtudes da aplicação da Técnica da Ponderação como limitadora do direito à liberdade de expressão, a fim de evitar os excessos e o efeito silenciador dos discursos de ódio; d) identificar a proteção legal e jurisprudencial dos direitos de personalidade, bem como as limitações ao direito à liberdade de expressão, já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Como marco teórico complementar, adota-se o livro "Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio", de Samantha Meyer-Pflug. Quanto aos demais aspectos metodológicos, o trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisas nacionais e estrangeiras, com intuito de

elaborar um direito comparado que pudesse influenciar, ou não, o desenvolvimento da discussão acerca dos limites da liberdade de expressão no Brasil.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Livre Manifestação do Pensamento. Técnica da Ponderação. Primeira Emenda Estadunidense. Caso Ellwanger.

ABSTRACT

Through the hypothetical-deductive method, the present work has as its theme the paradox that exists between the right to freedom of expression and the free expression of thought with hate speech or Hate Speech. The research uses as a theoretical framework the judgment of Habeas Corpus 82.424 / RS, better known as the Ellwanger Case, and makes a hermeneutical approach to freedom of expression from the perspective of Brazilian law and the jurisprudence of the United States Supreme Court. The "Ellwanger Case" judgment defined the theoretical basis of the concept of racism and sparked the debate about the limits of freedom of expression and publication of books with anti-Semitic ideas (BRASIL, 2004). As a research problem, the paper asks: what would be the limitations of the right to freedom of expression so that hate speech does not reproduce the silencing effect of classes that have less social representation? As a hypothesis, it is stated that the excessive limitation of the right to freedom of expression and the free expression of thought tarnishes the general right of freedom, enshrined in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, and the foundation of the Democratic Rule of Law. The research is justified by the need to critically analyze the question of the existence of hate speech and the free expression of thought from the perspective of the weighting technique, through the analysis of the peculiarities of this specific case and as a way of guaranteeing the Democratic Rule of Law. The general objective is to develop a critical analysis of the limits to the right to express and express thought, based on the condemnation of hate speech, in addition to investigating American jurisprudence in concerning to the First Amendment to the United States Constitution. Specific objectives are: a) to demonstrate the existence of a general right of freedom from which the right to freedom of expression and its species is extracted, namely: the right to free expression of thought; freedom of the press; freedom of information; freedom of opinion, among other constitutionally guaranteed freedoms; b) to identify the antagonistic conceptions of the right to freedom of expression in the United States and Brazil, through the study of jurisprudence in both countries, as a way of corroborating the importance of the right to free expression as a maintainer of democracy; c) confirm the virtues of applying the Weighting Technique as limiting the right to freedom of expression, in order to avoid excesses and the silencing effect of hate speech; d) to identify the legal and jurisprudential protection of personality rights, as well as the limitations to the right to freedom of expression, already existing in the Brazilian legal system. As a complementary theoretical framework, the book "Freedom of Expression and Hate Speech" was adopted, by Samantha Meyer-Pflug. As for the other methodological aspects, the work was developed based on national and foreign research, in order to elaborate a comparative law that could influence, or not, the development of the discussion about the limits of freedom of expression in Brazil.

Keywords: Freedom of Speech. Free Manifestation of Thought. Weighting Technique. North American First Amendment. Ellwanger Case.

O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E SEUS LIMITES SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

RAQUEL SAMPAIO DE VASCONCELOS LINS DILLY

DILLY, Raquel Sampaio de Vasconcelos Lins. **O planejamento tributário e seus limites sob a ótica do princípio da segurança jurídica**: reflexos na jurisprudência administrativa. 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 1º de outubro de 2020.
Sala virtual na plataforma digital "zoom".
Orientador: Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho
Coorientador: Prof. Dr. Raphael Frattari Bonito

RESUMO

O presente estudo tem como foco a análise dos limites do planejamento tributário sob a ótica do princípio da segurança jurídica e os seus reflexos nas decisões dos tribunais administrativos. Primeiramente, serão analisados os princípios constitucionais que fazem parte da discussão sobre o planejamento tributário. Após, será dedicado um capítulo para a análise do princípio da segurança jurídica, tendo em vista que esse é o protagonista do presente trabalho. Será estudada também a relação entre o direito tributário e o direito privado, principalmente alguns conceitos do direito privado que são relevantes para entender a temática. Fixadas essas premissas, será estudado o conceito de planejamento tributário para diferentes autores e será analisada a teoria das fases do debate sobre o planejamento tributário no Brasil, elaborada por Marco Aurélio Greco, tendo em vista a sua relevância para entender boa parte das divergências travadas nessa seara. Por fim, passado por todos esses conceitos e princípios que são relevantes para entender o planejamento tributário, a fim de conferir pragmatismo para o presente estudo, serão analisados alguns casos de planejamento tributário presentes na jurisprudência administrativa brasileira, principalmente, no que diz respeito aos critérios utilizados nas decisões para validar ou invalidar as operações realizadas pelos contribuintes. A técnica metodológica adotada foi a de pesquisa teórica, utilizando-se, para tanto, de livros, teses, dissertações e artigos. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Planejamento tributário. Segurança jurídica. Julgamentos administrativos.

ABSTRACT

The present study focuses on the analysis of the limits of tax planning from the perspective of the principle of legal certainty and its consequences in the decisions of administrative courts. First, will be analyzed the constitutional principles that are part of the discussion on tax planning. Afterwards, a chapter will be dedicated to analysis the principle of the legal certainty, considering that this is the protagonist of the present work. The relationship between tax law and private law will also be studied, mainly some concepts of private law that are relevant to understand the topic. Once these premises are established, will be studied the concept of

tax planning for different authors and the theory of the phases of the debate of tax planning in Brazil, prepared by Marco Aurélio Greco, in view of its relevance to understand a good part of the divergences in this field. Finally, going through all these concepts and principles that are relevant to understand tax planning, in order to provide pragmatism for the present study, some cases of tax planning present in the Brazilian administrative jurisprudence will be analyzed, mainly with regard to the criteria used in decisions to validate or invalidate transactions carried out by taxpayers. The methodological technique adopted was that of theoretical research, using books, theses, dissertations and articles. The hypothetical-deductive method was used.

Keywords: Tax planning. Legal certainty. Administrative judgments.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO ERRO JUDICIÁRIO NA ESFERA CRIMINAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À INDENIZAÇÃO

FLÁVIO MURAD RODRIGUES

RODRIGUES, Flávio Murad. **A responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário na esfera criminal e o direito fundamental à indenização**. 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 05 de outubro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESUMO

O presente estudo propõe-se a demonstrar a obrigatoriedade do Estado de indenizar réus que foram vítimas, em processos criminais, de erros judiciários que provocaram prejuízo à sua liberdade individual ou mesmo à sua imagem ou honra. Verificar-se-á que a atividade do Estado por meio dos órgãos do Judiciário pode causar danos patrimoniais ou morais na vida de um cidadão. Esses atos estatais, abusivos ou não, comissivos ou omissivos, podem gerar uma condenação ilegal e dela surgirão ônus que necessitam de reparação a ser feita não só pela retificação da decisão, mas também pela recomposição econômica. Demonstrar-se-á a hesitação existente nos tribunais brasileiros em reconhecer o erro, a sua responsabilidade e a efetivação do pagamento de indenização. Será feito um registro da evolução histórica da responsabilidade, em que se analisarão os aspectos gerais da Teoria da Responsabilidade Civil e como a questão é prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Código Civil, no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal brasileiros. Focar-se-á no erro judiciário na esfera criminal, em como a doutrina e a jurisprudência brasileiras tentam defini-lo, e nos requisitos para que, se existentes, responsabilize-se o Poder Público nos moldes do comando constitucional. Serão trazidos, a título exemplificativo, o conceito de erro judiciário no direito comparado, mais especificamente no direito australiano, norteamericano, português, argentino e o que tratam o Pacto de São José da Costa Rica e o direito espanhol sobre o assunto. Serão analisadas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal para se propor, ao final, um conceito de erro judiciário e os requisitos para que se tenha direito a indenização. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, por meio do método dedutivo, utilizando como fonte, principalmente, os bancos de teses e dissertações, revistas jurídicas, livros físicos e digitais, legislação e a análise de julgados dos tribunais brasileiros. O marco teórico estará baseado na Teoria da Responsabilidade Civil do Estado desenvolvida no Brasil por Sérgio Cavalieri Filho e na Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional, de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Erro judiciário. Esfera criminal. Dano. Indenização. Direito fundamental.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate the State's obligation to compensate defendants who have been victims of judicial errors in criminal proceedings, which have damaged their individual freedom or even their image or honor. It will be verified that the activity of the State through the organs of the judiciary can cause material or moral damage in the life of a citizen. These State acts, abusive or not, commissive or omissive, can generate illegal condemnation and, from them, will arise onus that need reparation by economic means. It will be demonstrated the hesitation in the Brazilian courts to acknowledge the error and, consequently, its liability and effectiveness of indemnity payment, as well as a presentation about the historical evolution of liability, which will analyze the general aspects of the Theory of Civil Liability and how this subject is established in the Brazilian Constitution of 1988, the Civil Code, the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure. It will focus on the judicial error in the criminal area, on how Brazilian doctrine and jurisprudence conceptualize it and on the necessary requirements so that, if existing, the State should be held responsible under the constitutional command. In order to exemplify the matter in comparative law, the concept of judicial error adopted in various countries will be brought forward, more specifically in Australian, North American, Portuguese and Argentine law and what the Pact of San Jose of Costa Rica and the Spanish legal system determine. Decisions of the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court will be analyzed to propose, at the end, a concept of judicial error and the requirements for the right to compensation. A descriptive research will be done according to the deductive method based on thesis and dissertation banks, Law magazines, physical and digital books, legislation and the analysis of judgments of the Brazilian courts. The theoretical framework will be based on the Theory of State Civil Responsibility developed in Brazil by Sérgio Cavalieri Filho and on the State Responsibility for the Jurisdictional Function, by Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

Keywords: *Civil liability of the State. Judicial error. Criminal area. Damage. Indemnification. Fundamental right.*

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JESSICA SÉRIO MIRANDA

MIRANDA, Jessica Sérgio. **A distribuição dinâmica do ônus probatório e o estado democrático de direito.** 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 20 de outubro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESUMO

O presente estudo tem como temática a distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 e, por objetivo, sua análise crítica a partir das premissas do modelo constitucional de processo. Seguindo a linha de pesquisa do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, busca-se, após estudar as teorias do processo e as bases do Estado Democrático de Direito, verificar a adequação da forma dinâmica de distribuição dos ônus probatórios ao paradigma constitucional, que estabelece as diretrizes de um processo constitucional democrático. Tem como principal hipótese, ao final confirmada, a compatibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova com o Estado Democrático de Direito, a partir da observância das garantias processuais estabelecidas pela Constituição da República de 1988. Para melhor compreensão da distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada pelo Código Processual Civil de 2015, serão apresentadas noções gerais acerca do instituto da prova, seguidas do estudo das diversas teorias sobre a distribuição do ônus da prova, traçando, assim, as bases da dinamização. O estudo adota o método dedutivo e se desenvolve pela pesquisa jurisprudencial e bibliográfica em livros físicos e digitais, sites, banco de teses e dissertações e periódicos Qualis Capes.

Palavras-chave: Processo Constitucional. Estado Democrático de Direito. Prova. Ônus da prova. Distribuição dinâmica do ônus da prova.

RÉSUMÉ:

*L'étude a pour thème la répartition dynamique de la charge de la preuve prévu dans l'article 373, paragraphe 1er, du Code de procédure civile de 2015; le but est l'analyse critique à partir des prémisses du modèle de processus constitutionnel. Dans la ligne de recherche du programme de troisième cycle *Stricto Sensu* en droit de l'Universidade FUMEC, et après avoir étudié les théories du processus et les bases de l'État de droit démocratique, on cherche à vérifier l'adéquation de la forme dynamique de répartition de la charge de la preuve à la Constitution, qui établit les lignes directrices d'un processus constitutionnel démocratique. Son hypothèse principale - confirmée à la fin - est la compatibilité de la répartition dynamique de la charge de la preuve avec l'État de droit démocratique, à partir des garanties procédurales établies par la Constitution de la République de 1988. Pour une meilleure compréhension du thème, des notions générales sur la preuve seront présentées, suivies de l'étude des différentes théories sur la repartition, en exposant ainsi les bases*

de sa dynamisation. L'étude adopte la méthode déductive et se développe par la recherche de jurisprudence ainsi que dans des ouvrages et des livres numériques, des sites Web, des thèses et mémoires et des revues Qualis Capes.

Mots-clés: *Processus constitutionnel. État démocratique. Preuve. Charge de la preuve. Répartition dynamique de la charge de la preuve.*

A RECONSTRUÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO

Ribeiro, Adriano da Silva. **A reconstrução da distribuição do ônus da prova no processo administrativo sob a ótica dos princípios constitucionais do processo**. 156f. 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 24 de outubro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

RESUMO

A proposta de pesquisa é a verificação, no Código de Processo Civil, da aplicação da distribuição do ônus da prova, posta no art. 373 (BRASIL, 2015), precisamente no processo administrativo. O tema-problema com o qual se defronta este estudo e para o qual pretende compreender pode ser explicitado no seguinte enunciado: o Estado tem aplicado a distribuição do ônus da prova, no modelo do processo constitucional, nos processos administrativos? Justifica-se o desenvolvimento da pesquisa a necessidade de conferir se o instituto da prova tem sido utilizado pelo Estado no âmbito dos seus processos administrativos e se sua aplicação como está atende o processo constitucional, por seus princípios constitucionais e ao próprio Estado Democrático de Direito. O objetivo geral é verificar a aplicação da distribuição do ônus da prova nos processos administrativos, testificando a proposta por meio dos princípios constitucionais do processo. São objetivos específicos: a) conceituar os princípios constitucionais do processo (ampla defesa, contraditório e isonomia); b) estudar os direitos e as garantias processuais aplicadas ao processo administrativo; c) descrever a situação atual do ônus da prova, abordando o conceito e a evolução, no processo administrativo; d) descrever quais as principais modificações e inovações trazidas pelo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) referentes à distribuição do ônus da prova e sua aplicação no processo administrativo; e) analisar a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos e a flexibilização do ônus da prova; f) estudar o procedimento de inversão do ônus da prova no processo administrativo e o Princípio da Cooperação; g) estudar a teoria dinâmica do ônus da prova no processo administrativo; h) analisar a jurisprudência sobre a distribuição do ônus da prova; i) propor avanços sobre o instituto da prova no processo administrativo. O marco teórico da dissertação é a Teoria do Processo Constitucional Democrático, pela obra de José Alfredo de Oliveira Baracho, bem como os estudos de Sérgio Henriques Zandoná Freitas, a propósito do Direito Processual da Administração Pública, buscando ainda a testificação de Popper, objeto das pesquisas de Rosemiro Pereira Leal e André Cordeiro Leal. Quanto aos aspectos metodológicos, será

baseada no procedimento analítico, que visa uma abordagem crítica do tema-problema. Fundamentar-se-á, portanto, no método indutivo. Realizar-se-á pesquisa exploratória, a fim de permitir maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito, que será efetivada por meio de pesquisa bibliográfica estrangeira e nacional e pesquisa documental. Também de perspectiva interdisciplinar, mediante o estudo do Processo Constitucional, do Direito Processual Civil e do Direito Administrativo. A conclusão da pesquisa confirma a necessidade da reconstrução da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo administrativo pelo Estado e pela Administração Pública, atendendo ao processo constitucional, por seus princípios constitucionais e pelo próprio Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Princípios constitucionais processuais. Processo administrativo. Código de Processo Civil de 2015. Reconstrução da distribuição dinâmica do ônus da prova.

ABSTRACT

The research proposal is the verification, in the Code of Civil Procedure, of the application of the distribution of the burden of proof, set out in art. 373 (BRASIL, 2015), precisely in the administrative process. The problem-issue facing this study and for which it intends to understand can be explained in the following statement: has the State applied the distribution of the burden of proof, in the constitutional process model, in administrative processes? The development of the research is justified by the need to check whether the test institute has been used by the State in the context of its administrative processes and its application as it meets the constitutional process, by its institutional principles and the Democratic Rule of Law itself. The general objective is to verify the application of the distribution of the burden of proof in administrative processes, testifying the proposal through the institutional principles of the process. The general objective is to verify the application of the distribution of the burden of proof in administrative processes, testifying the proposal through the institutional principles of the process. Specific objectives are: a) to conceptualize the institutional principles of the process (broad defense, contradictory and isonomy); b) to study the procedural rights and guarantees applied to the administrative process; c) describe the current situation of the burden of proof, addressing the concept and the evolution, in the administrative process; d) describe the main changes and innovations brought by the Civil Procedure Code (BRASIL, 2015) regarding the distribution of the burden of proof and its application in the administrative process; e) to analyze the presumption of veracity and legitimacy of administrative acts and the flexibility of the burden of proof; f) study the procedure for reversing the burden of proof in the administrative process and the Principle of Cooperation; g) study the dynamic theory of the burden of proof in the administrative process; h) analyze the jurisprudence on the distribution of the burden of proof; i) to propose advances on the test institute in the administrative process. The theoretical framework of the dissertation is the Theory of the Democratic Constitutional Process, by the work of José Alfredo de Oliveira Baracho, as well as the studies of Sérgio Henriques Zandona Freitas, regarding the Procedural Law of Public Administration, also seeking the testification of Popper, object of the research by Rosemiro Pereira Leal and André Cordeiro Leal. As for the methodological aspects, it will be based on the analytical procedure, which aims at a critical approach to the problem theme. It will therefore be based on the inductive method. Exploratory research will be carried out in order to allow greater familiarity with the problem, with a view to making it more explicit, which will be effective through foreign and national bibliographic research and documentary research. Also from an interdisciplinary perspective, through the study of the Constitutional Process, Civil Procedural Law and Administrative Law. The conclusion of the research confirms the need to reconstruct the dynamic distribution of the burden of proof in the administrative process by the State and the Public Administration, taking into account the constitutional process, due to its institutional principles and the Democratic Rule of Law itself.

Keywords: Democratic state; Procedural constitutional principles; Administrative process; 2015 Civil Procedure Code; Reconstruction of the dynamic distribution of the burden of proof.

A SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA (RE)CONSTRUÇÃO PRINCIPOLÓGICO-CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CARLOS HENRIQUE PÉRPETUO BRAGA

BRAGA, Carlos Henrique Pérpetuo. **A Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça: uma (re)construção principiológico-constitucional no Estado Democrático de Direito.** 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 27 de outubro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

RESUMO

Esta pesquisa tem como temática a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, que veda a redução da pena provisória abaixo do mínimo legal. O referido verbete contraria expressa disposição legal, notadamente o art. 65 do Código Penal, e, por isso, viola vários princípios de natureza constitucional, ínsitos à aplicação da sanção penal, notadamente, a legalidade (ou reserva da lei), a pessoalidade, a individualização e limitação das penas, conferindo a situações distintas soluções idênticas. Como problema de pesquisa, indaga-se se o enunciado da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça se alinha ao devido processo constitucional e às previsões contidas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, ao art. 65, caput, do Código Penal. Afirma-se inicialmente, como hipótese de pesquisa, que os precedentes da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça adotam premissas incompatíveis com a garantia fundamental da jurisdição e com o devido processo constitucional, violando frontalmente os princípios mencionados, além do princípio máximo do Estado Democrático de Direito. Para o desenvolvimento da pesquisa, adotam-se os conceitos de processo constitucional e de Estado Democrático de Direito, entabulados por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, e sua compreensão una de poder (exercido exclusivamente pelo povo), capazes de balizar o exercício da função jurisdicional em bases efetivamente democráticas. O objetivo geral da pesquisa é, portanto, estabelecer crítica ao enunciado da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça e sua aplicação, buscando verificar a sua compatibilidade com o devido processo constitucional. No que se refere aos demais aspectos metodológicos, a pesquisa se orienta pelo método hipotético-dedutivo, operando-se a partir e pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira, além da pesquisa jurisprudencial.

Palavras-chave: Súmula 231. Superior Tribunal de Justiça. Processo constitucional. Devido processo constitucional. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The theme of this research is Precedent 231 of the Brazilian Superior Court of Justice, which prohibits the reduction of the provisional penalty below the legal minimum. Said entry contradicts express legal provision, notably art. 65 of the Brazilian Penal Code, and, therefore, violates several principles of a constitutional nature, intrinsic to the application of the penal sanction, notably, the legality (or reservation of the law), the

personality, the individualization, and limitation of sentences, giving different situations different identical. As a research problem, it is asked whether the statement in Precedent 231 of the Brazilian Superior Court of Justice is in line with due constitutional process and with the provisions contained in the Brazilian legal system, in particular, with art. 65 of the Brazilian Penal Code. It is initially stated, as a research hypothesis, that the precedents of Precedent 231 of the Brazilian Superior Court of Justice adopt premises incompatible with the fundamental guarantee of jurisdiction and with due constitutional process, violating the mentioned principles head-on, in addition to the maximum principle of the Democratic State right. For the development of the research, the concepts of constitutional process and Democratic Rule of Law, introduced by Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, and his unique understanding of power (exercised exclusively by the people), capable of guiding the exercise of jurisdictional function on effectively democratic bases. The general objective of the research is, therefore, to criticize the statement of Precedent 231 of the Brazilian Superior Court of Justice and its application, seeking to verify its compatibility with the due constitutional process. About the other methodological aspects, the research is guided by the hypothetical-deductive method, operating from and bibliographic research, national and foreign, in addition to jurisprudential research.

Keywords: Precedent 231. Brazilian Superior Court of Justice. Constitutional process. Due to the constitutional process. Democratic state.

ADEQUAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS À LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

MARA DUTRA LEITE

LEITE, Mara Dutra. **Adequação da transparência das licitações e contratos da Universidade Federal de Minas Gerais à lei de acesso à informação**. 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 28 de outubro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESUMO

O presente estudo analisa a adequação da transparência das licitações e contratos da Universidade Federal de Minas Geras - UFMG frente ao disposto pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação - LAI, por meio da análise de dados contidos no site da Universidade e de suas unidades. Utilizou-se do método dedutivo no que se refere às pesquisas bibliográficas e indutivo no que tange às pesquisas realizadas nos sites das entidades. Para que houvesse um melhor entendimento sobre a questão, foi realizada explanação sobre o direito ao acesso à informação, sendo posteriormente discutidos os princípios da transparência e da publicidade, bem como as suas previsões contidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88. Nos capítulos seguintes tratou-se das disposições contidas na LAI e na Lei de Responsabilidade Fiscal. Ao adentrar-se ao problema específico do trabalho, discutiu-se questões relativas às aquisições públicas, transparência das licitações e seus contratos, bem como demonstrou-se a metodologia aplicada para análise dos dados estudados. Após tal análise, foi contabilizada as pontuações obtidas por cada Unidade Orçamentária Gestora - UG para posterior consolidação dos dados levantados e geração de considerações finais quanto à adequação da transparência das licitações e dos contratos da UFMG à LAI.

Palavras-chave: Transparência. Transparência Ativa. Transparência Pública. Lei de Acesso à Informação.

ABSTRACT

The present study analyzes the adequacy of the transparency of bidding and contracts of the Federal University of Minas Geras - UFMG with regard to the provisions of Law No. 12,527, of November 18, 2011, known as the Law of Access to Information - LAI, through the analysis of data contained on the University's website and its units. In order to have a better understanding of the topic, an explanation about the right of having access to information was presented, and the principles of transparency and publicity were subsequently discussed, as well as the provisions contained in CR / 88 of 1988. The following chapters referred to the provisions contained in the LAI and the Tax Liability Law. When approaching the specific problem of

work, issues related to public procurement, transparency of bidding and their contracts were discussed, as well as the methodology applied to analyze the studied data. After such an analysis, the scores obtained by each Managing Budget Unit - UG were counted for subsequent consolidation of the data collected and generation of final considerations regarding the adequacy of the transparency of bidding and contracts from UFMG to LAI.

Keywords: *Transparency. Active Transparency. Public Transparency. Access to Information Law.*

A EXECUÇÃO FISCAL E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: DA AÇÃO JUDICIAL À COBRANÇA ADMINISTRATIVA

LEONARDO BRANDÃO ROCHA

ROCHA, Leonardo Brandão. **A execução fiscal e o princípio da eficiência**: da ação judicial à cobrança administrativa. 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 18 de novembro de 2020.
Sala virtual na plataforma digital "zoom".
Orientador: Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

RESUMO

O presente trabalho tem por tema problema analisar a ação de execução fiscal, sob a perspectiva do princípio da eficiência, como instrumento (in)eficiente à recuperação de crédito fiscal e o caminho traçado em direção à cobrança administrativa. A ação de execução fiscal tem se demonstrado ação deslegitimadora. Assim, analisar-se-á o seu histórico e os números decorrentes de sua utilização para fins de arrecadação tributária, os quais serão contrapostos ao princípio da eficiência. Igualmente, o procedimento descrito pela Lei 10.522/02 será objeto de exame sob a perspectiva do devido processo legal, a fim de explicar o contrafluxo de cobrança tributária, tendente à desjudicialização. Nesta perspectiva, verificar-se-ão as formas de cobrança, judiciais ou não, implementadas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Ainda, observar-se-ão as sistemáticas de cobrança tributária no Chile, Peru e Argentina. O objetivo geral é o entendimento da tendência de desjudicialização da cobrança tributária. Utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica por meio dos métodos dedutivo e comparativo, além de pesquisa de dados para, em conclusão, determinar-se a necessidade de revisitação do procedimento da ação de execução fiscal, pois que já exaurido.

Palavras-chave: Ação de execução fiscal. Arrecadação. Tributos. Princípio da eficiência. Meios administrativos.

ABSTRACT

This work has as question the analyze the judicial tax enforcement, by the efficiency principle, as instrument (in)efficient to tax collection and the administrative procedures adoption. The tax enforcement have shown delegitimated procedure. Thus, aims to analyze the historical and it's tax collection numbers, in contrast to the efficiency principle. Equally, the procedure of the law 10.522/02 will be analyzed under the due process os law perspective in order to explain the opposite way of the tax revenue, tendentious to neglect judicialization. Thus, will be checked the tax collection procedures, judicial or not, used by the Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Also the tax collection systems of Chile, Peru and Argentina will be noted. The general objective is the understanding of the migration from the judicial tax enforcement to the administrative revenue. The bibliographic research will be used through the deductive and comparative method, as well as data research to, in conclusion, determine a need of improvement of the judicial tax collection procedure, already threadbare.

Keywords: Tax enforcement, Revenue. Tax. Efficiency principle. Administrative procedures.

UMA REFLEXÃO SOBRE GESTÃO DE TERRAS, PROPRIEDADE E REGISTRO

AMANDA DE CAMPOS ARAÚJO

ARAÚJO, Amanda de Campos. **Uma reflexão sobre gestão de terras, propriedade e registro**. 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 30 de novembro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos

RESUMO

Pode-se facilmente perceber a dificuldade atual enfrentada pelos órgãos estatais na promoção de políticas públicas voltadas para a identificação e a regularização das terras devolutas. Pretendeu-se, com a pesquisa, aferir se é possível extrair, do processo histórico de formação do atual quadro fundiário brasileiro, a existência de procedimentos de controle da privatização dos imóveis e, via de consequência, de identificação das terras "vagas", que se tratam dos imóveis devolutos. Para esse objetivo, primeiramente, foram caracterizados os institutos da posse, da propriedade e das terras devolutas. Estabelecidas as premissas necessárias quanto aos contornos jurídicos desses institutos, promoveu-se uma análise historiográfica da ocupação territorial nacional, identificando suas principais características, as legislações e os efeitos práticos da atuação governamental. Em seguida, aferiram-se as bases instituidoras do Registro de Imóveis, bem como a forma de construção do acervo cartorial, com o intuito de se verificarem o nível de segurança e a relevância dos dados inscritos, para eventuais políticas de ordenação territorial. Observou-se que o Registro Imobiliário constitui a única fonte capaz, na atualidade, de propiciar o conhecimento das propriedades privadas e, por conseguinte, possibilitar a identificação das terras devolutas, muito embora o acervo cartorário deva ser trabalhado com extrema cautela, para que seja efetivamente capaz de fornecer dados relevantes a esse mister. A pesquisa permite aferir que sempre se pretendeu a existência de um controle da propriedade, mas apenas se conseguiu favorecer e fortalecer as posses, advindas das ocupações irregulares do território.

Palavras-Chave: Gestão de terras. Privilégio das posses. Registro imobiliário. Relevância do acervo.

ABSTRACT

One can easily see the current difficulty faced by state agencies in promoting public policies aimed at identifying and regularizing vacante lands. The objective of the research was to assess whether it is possible to extract, from the historical process of formation of the current brazilian land framework, the existence of procedures to control the privatization of properties and, consequently, to identify "vacant" lands, which these are returned properties. For this purpose, firstly, the institutes of possession, property and vacant lands were characterized. Having established the necessary premises regarding the legal contours of these institutes, a historiographic analysis of the national territorial occupation was carried out, identifying their main characteristics, legislation and the practical effects of governmental action. Then, the founding bases of the Real Estate Registry were assessed, as well as the form of construction of the registry collection, in order to verify the level of security and relevance of the registered data, for possible territorial ordering

policies. It was observed that the Real Estate Registry is the only source capable, at present, of providing knowledge of private properties and, consequently, enabling the identification of vacant lands, although the registry collection must be worked with extreme caution so that it is effectively able to provide relevant data to this task. The research allows to verify that the existence of a control of the property was always intended, but it was only possible to favor and strengthen the possessions, resulting from the irregular occupation of the territory.

Keywords: Land management. Privilege of posses. Real estate registration. Relevance of the collection.

AS MULTAS NOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O EXCESSO DE DISSUAÇÃO: LIMITES AO EXERCÍCIO DO PODER ADMINISTRATIVO SANCIONADO

ERIC BOTELHO MAFRA

MAFRA, Eric Botelho. **As multas nos tribunais de contas e o excesso de dissuasão**: limites ao exercício do poder administrativo sancionado. 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 07 de dezembro de 2020.
Sala virtual na plataforma digital "zoom".
Orientador: Prof. Dr. Lucas Moraes Martins

RESUMO

Considerando as teorias dissuasórias do Direito Administrativo Sancionador, a dissertação tem por objetivo realizar estudo das multas aplicadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e pelo Tribunal de Contas da União para verificar se as penalidades imputadas pelas citadas Cortes estariam sendo atribuídas sob o enfoque destas teorias, levando em consideração a indução de comportamentos para prover a boa governança e a accountability dos respectivos controlados, ou estão sendo fundamentadas com base numa estratégia de justificação nas mesmas bases teóricas desenvolvidas para se legitimar a aplicação de penalidades pelo simples descumprimento das normas do ordenamento jurídico. Nesse esteio, buscando aprofundar a análise acerca da aplicação de sanções administrativas pelas Cortes de Contas da União e mineira, serão examinados os contornos jurídicos das competências conferidas a tais órgãos de controle externo e sua atual concepção como órgão efetivador de direitos fundamentais e indutor da boa gestão pública. Ainda, serão explicitadas as teorias elaboradas sobre a justificação da finalidade da pena, que podem auxiliar no desenvolvimento da ideia de sanção na esfera controladora, para então desenvolver uma concepção de que a aplicação das sanções por estes órgãos de controle externo devem ir além da mera retribuição das penalidades, notadamente ante a autonomia de princípios e fundamentos das referidas sanções administrativas, que não devem estar vinculadas ao Direito Penal irrestritamente. Serão estudadas, para tanto, as fundamentações constantes das decisões do TCU e do TCEMG a fim de verificar qual o enfoque dado na imputação das penalidades com o objetivo precípuo de contribuir na prática destas Cortes. Partindo de estudos preliminares que apontam para a imputação de penalidade pela mera prática de ato contrário às normas legais, a hipótese é de que essas sanções possuem vocação própria e específica, que as distinguem materialmente de outros ramos do direito, especialmente ante ao papel atribuído aos Tribunais de Contas, que, sem se afastar das garantias constitucionais fundamentais para evitar arbitrariedades em sua aplicação (excesso de dissuasão), com aproximação das teorias contemporâneas sobre a justificação da finalidade da pena, permite a reaproximação entre os referidos órgãos de controle externo e seus jurisdicionados, pois, assim, permitiriam a promoção da boa governança e a accountability de seus controlados numa perspectiva pautada na dissuasão.

Palavras-chave: Controle externo da Administração Pública. Direito Administrativo Sancionador. Tribunal de Contas. Teorias dissuasórias. Excesso de dissuasão.

ABSTRACT

Considering the utilitarian theories (deterrence) of Sanctioning Administrative Law, this dissertation aims to discuss the penalties applied by the Accounting Court of the State of Minas Gerais and the Federal Accounting Court to verify whether the penalties, imputed by the aforementioned Courts, would be attributed under these theories, taking into account the induction of behaviors to provide good governance and accountability of the respective individuals under jurisdiction, or would be based on a justifying strategy on the same theoretical bases developed to legitimize the application of penalties by simply non-compliance with the rules of the legal system. In this direction, seeking to deepen the analysis of the application of administrative sanctions by the Federal and Accounting Court of the State of Minas Gerais, the legal contours of the powers conferred on these Accounting Courts and their current conception as an effective public agency of fundamental rights and inducer of good public management will be examined. Furthermore, the theories elaborated on the justification of the penalty's purpose will be explained, which can assist in the development of the idea of sanction in the Accounting Courts, in order to then develop a conception that the application of sanctions by these public agency must go beyond the mere retribution, notably in the face of the autonomy of principles and grounds of these referred administrative sanctions, which should not be unrestrictedly bound by Criminal Law. To this end, the reasons contained in the decisions of the TCU and TCEMG will be studied in order to verify the focus given on the imputation of penalties with the primary objective of contributing to the practice of these Courts. Starting from preliminary studies that point to the imputation of penalty justified by the mere practice of an act contrary to legal norms, the hypothesis is that these sanctions have their own specific vocation which distinguishes them materially from other branches of law, especially in the face of the role attributed to the Accounting Courts. This role, without departing from the fundamental constitutional guarantees to avoid arbitrariness in its application (over-deterrence), with the approximation of contemporary theories about the justification of penalty's purpose, allows the rapprochement between these Accounting Courts and those under jurisdiction, for thus they would allow the promotion of good governance and accountability of their controlled ones in a perspective based on dissuasion.

Keywords: Audit institution of the Government. Law of administrative sanctions. Accounting Courts. Utilitarian theories (deterrence theories). Retributive theories. Over-deterrence.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO CEBAS DA LEI 12.101/09 EM FACE DA IMUNIDADE PRECONIZADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

WILMARA LOURENÇO SANTOS

SANTOS, Wilmara Lourenço. **A inconstitucionalidade da exigência de certificação cebas da Lei 12.101/09 em face da imunidade preconizada na Constituição Federal de 1988**. 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 10 de dezembro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Rafael Frattari Bonito

RESUMO

A presente dissertação tem por escopo discutir a exigência de certificação CEBAS – (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social) preconizada na lei 12.101/09, para regulamentação de imunidade tributária contida na Constituição Federal de 1988, frente ao julgamento do RE 566.622/RS em sede de repercussão geral pelo STF, entretanto provar a sua validade no que se refere à isenção instituída pela lei ordinária, segregando os referidos institutos e os seus requisitos para fins tributários de não recolhimento de impostos ou dispensa legal. A legislação ordinária permite que o trabalho desenvolvido pelas entidades filantrópicas de assistência social, saúde e educação, usufruam da isenção de impostos instituídos pela União Federal, desde que cumpram os requisitos na norma infraconstitucional, culminando na certificação administrativa dessas Instituições validando a dispensa de recolhimento de impostos. Todavia, essas Instituições possuem o direito a imunidade tributária, prevista nos artigos 150, V'c' e 195§7º da Constituição Federal de 1988, que prevê a vedação da instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços dessas instituições, desde que atendidos os requisitos da lei. A legislação disposta para regulamentar os requisitos da imunidade tributária está contida em Lei Complementar, artigo 14 do Código Tributário Nacional, vedando a distribuição de lucro ou renda, determinando que os valores recebidos pela instituição sejam integralmente revertidos para a execução das atividades iseridas no Estatuto Social e que a contabilidade esteja regular.

Palavras-chave: Imunidade tributária. Certificação. Código Tributário Nacional. Entidades filantrópicas. Constituição Federal. Lei complementar. Lei Ordinária.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to discuss the CEBAS certification requirement (Certificate of Social Assistance Beneficent Entity) advocated in Law 12.101 / 09, for the regulation of tax immunity contained

in the Federal Constitution of 1988, against the judgment of RE 566.622 /RS in headquarters of general repercussion by the STF, however prove its validity with regard to the exemption established by ordinary law, segregating the referred institutes and their requirements for tax purposes of non-payment of taxes or legal waiver. Ordinary legislation allows the work carried out by philanthropic entities of social assistance, health and education to enjoy the tax exemption instituted by the Federal Union, provided that they comply with the requirements of the infraconstitutional norm, culminating in the administrative certification of these institutions, validating the exemption from collection of taxes. taxes. However, these institutions have the right to tax immunity, provided for in articles 150, V'c 'and 195§7 of the 1988 Federal Constitution, which provides for the prohibition of the institution of taxes on the assets, income or services of these institutions, provided that the requirements of the law are met. The legislation prepared to regulate the requirements of tax immunity is contained in Complementary Law, article 14 of the National Tax Code, prohibiting the distribution of profit or income, determining that the amounts received by the institution are fully reversed for the execution of the activities covered by the Bylaws and that the accounting is regular.

Keywords: Tax immunity. Certification. National Tax Code. Philanthropic entities. Federal Constitution. Complementary law. Ordinary Law.

ANÁLISE DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DO SERVIDOR PÚBLICO DE MINAS GERAIS EM FACE DA LEI ANTICORRUPÇÃO MINEIRA

GLÁUCIA MILAGRE MENEZES

MENEZES, Gláucia Milagre. **Análise da observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo disciplinar do servidor público de Minas Gerais em face da lei anticorrupção mineira.** 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 dezembro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos

RESUMO

A proposta é compreender que, no âmbito da Controladoria-Geral do Estado de Minas Gerais, existem dois procedimentos punitivos, quais sejam, o Processo Administrativo Disciplinar e o Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica, este oriundo da Lei Anticorrupção, que embora sejam processos sancionatórios, em sede de Corregedoria-Geral, possuíam ritos diferentes, o que possibilita questionar quanto à observância da aplicação da ampla defesa e do contraditório, sobretudo no Processo Administrativo Disciplinar. Portanto, esse o foco que a pesquisa busca no sentido de compreender e fornecer uma visão crítico-propositiva dos principais aspectos discutidos, com ênfase em preceitos constitucionais. Pretende-se, assim, verificar se há diferença de aplicabilidade dos princípios da ampla defesa e do contraditório com vistas ao aprimoramento do Processo Administrativo Disciplinar mineiro, tendo como base: as regras da processualística que norteiam o processo de responsabilização de pessoa jurídica contidos na Lei Federal nº 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 46.782/2015, antes da alteração dada pelo Decreto Estadual de nº 47.752/19, no âmbito do Poder Executivo Estadual; e a proposta legislativa que estava em tramitação na Assembleia Legislativa de Minas Gerais que visou o aperfeiçoamento da aplicação desses princípios. A vertente metodológica utilizada na pesquisa será a jurídico-dogmática, com método de abordagem do conhecimento o hipotético-dedutivo, pois mediante a apresentação do problema se pode refutar ou não a hipótese. Quanto aos tipos genéricos de pesquisa, é possível classificá-la em jurídico-compreensivo, jurídico-propositivo e jurídico-comparativo. A pesquisa se embasou na "Teoria do Processo Constitucional" de José Alfredo de Oliveira Baracho, em que visa identificar a supremacia das normas constitucionais sobre as demais que compõe o corpo normativo processual vigente, mediante da imposição

das garantias constitucionais dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Os resultados obtidos por meio do presente estudo indicam que o Estatuto do servidor público mineiro necessita se modernizar frente a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, em comparação à Lei Anticorrupção também do Estado de Minas Gerais, vez que se faz necessária harmonização dos trâmites processuais, tendo em vista o Processo Administrativo Disciplinar e a evolução legislativa que tem por norte a concretização do Estado Democrático de Direito, podendo ser proposta reformulação do seu corpo normativo. Acredita-se que a identificação dos princípios da ampla defesa e contraditório no Processo Administrativo Disciplinar e Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica, bem como a análise das diferenças processualísticas, acrescentando possível diferenciação na utilização desses princípios face os mandamentos da Constituição da República de 1988, pode-se propor reforma legislativa. Constatou-se, assim, que é essencial que se oportunize ao servidor público, que responde a tal processo correccional, se valer das garantias de seus direitos fundamentais em processo.

Palavras-chave: Constituição da República Federativa do Brasil. Ampla defesa e contraditório. Processo Administrativo Disciplinar mineiro. Processo Administrativo de Responsabilização de Pessoa Jurídica de Minas Gerais. processualística e Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The proposal is to understand that, within the scope of the Comptroller General of the State of Minas Gerais, there are two punitive procedures, namely, the Disciplinary Administrative Process and the Administrative Process for Accountability of Legal Entities, this coming from the Anticorruption Law, which although they are legal sanctioning, at the Internal Affairs Department, had different rites, which makes it possible to question the observance of the application of the broad defense and the contradictory, especially in the Disciplinary Administrative Process. Therefore, this is the focus that the research seeks to understand and provide a critical-propositional view of the main aspects discussed, with an emphasis on constitutional precepts. It is intended, therefore, to verify if there is a difference of applicability of the principles of broad defense and contradictory with a view to improving the Minas Gerais Administrative Disciplinary Process, based on: the procedural rules that guide the legal responsibility process contained in the Law Federal No. 12,846 / 2013, regulated by State Decree No. 46,782 / 2015, before the amendment given by State Decree of No. 47,752 / 19, within the scope of the State Executive Branch; and the legislative proposal that was pending at the Legislative Assembly of Minas Gerais that aimed at improving the application of these principles. The methodological aspect used in the research will be the legal-dogmatic one, with the hypothetical-deductive method of approaching knowledge, because by presenting the problem one can refute or not the hypothesis. As for the generic types of research, it is possible to classify it into legal-comprehensive, legal-propositional and legal-comparative. The research was based on the "Theory of the Constitutional Process" by José Alfredo de Oliveira Baracho, in which it aims to identify the supremacy of the constitutional norms over the others that make up the current procedural normative body, through the imposition of constitutional guarantees of the constitutional principles of the adversary and of broad defense. The results obtained through this study indicate that the Statute of the civil servant of Minas Gerais needs to be modernized in view of the observance of the constitutional principles of broad defense and contradiction, in comparison to the Anticorruption Law also of the State of Minas Gerais, since it is necessary to harmonize the procedural steps, in view of the Disciplinary Administrative Process and the legislative evolution that is guided by the realization of the Democratic Rule of Law, with the possibility of reformulating its normative body. It is believed that the identification of the principles of widespread and contradictory defense in the Administrative Disciplinary Process and Administrative Process for Accountability of Legal Entities, as well as the analysis of procedural differences, adding possible differentiation in the use of these principles in view of the 1988 Constitution, legislative reform can be proposed. Thus, it appears that it is essential that the public servant, who responds to such correctional process, be given the opportunity to avail himself of the guarantees of his fundamental rights in process.

Keywords: Constitution of the Federative Republic of Brazil. broad and contradictory defense. Administrative Disciplinary Process of Minas Gerais. Administrative Process for Accountability of Legal Entities in Minas Gerais. procedural and Democratic Rule of Law.

A ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PERSPECTIVA PARADIGMÁTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ZAPHIA BORONI DE SOUZA

SOUZA, Zaphia Boroni. **A atuação resolutiva do Ministério Público** na perspectiva paradigmática do **Estado Democrático de Direito**. 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 16 de dezembro de 2020.
Sala virtual na plataforma digital “zoom”.
Orientador: Prof. Dr. André Cordeiro Leal

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que instituiu o projeto do Estado Democrático de Direito, alçou o Ministério Público à categoria de Instituição independente, permanente, com atribuição para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cabendo, portanto, atuação proeminente na fiscalidade da implementação do projeto democrático. Nesse viés, propõe-se, pela dogmática jurídica, o denominado perfil resolutivo do Ministério Público, que tem por premissa a atuação proativa, reflexiva, voltada à fiscalidade preventiva e atuante no âmbito extrajurisdicional. A pesquisa desenvolvida neste trabalho tem por objetivo estudar as vias de atuação resolutiva do Ministério Público, notadamente o inquérito civil, o compromisso de ajustamento de conduta, as recomendações e as audiências públicas, questionando-os frente ao paradigma jurídicoconstitucional do Estado Democrático de Direito, perquirindo se estão em consonância com a democraticidade jurídica ou se ainda restaria ao Ministério Público um viés histórico de atuação autoritária. Analisou-se, portanto, as bases teóricas que dizem respeito à processualidade democrática, cujos fundamentos se encontram nas teorias constitucionais do processo, apresentando as compreensões paradigmáticas do Estado de Direito, com abordagem dos desdobramentos paradigmáticos do Estado Liberal e Estado Social, tratando, por fim, do paradigma atual do Estado Democrático. Abordou-se, ainda, os preceitos introdutórios dos fundamentos da processualidade democrática, buscando, por fim, correlacionar a atuação preventiva do Ministério Público como sendo a forma mais legítima de atuação ministerial no Estado Democrático de Direito. A pesquisa é de cunho bibliográfico e se utiliza da metodologia de base hipotético-dedutiva de Karl Popper.

Palavras-chave: Ministério Público. Atuação Resolutiva. Estado Democrático. Processualidade democrática

ABSTRACT

The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, which instituted the project of the Democratic State of Law, raised the Public Ministry to the category of an independent, permanent institution, with

responsibility for the defense of the legal order, the democratic regime and social and individual interests unavailable, therefore, it is important to have a prominent role in the taxation of the implementation of the democratic project. In this bias, it is proposed, by legal dogmatics, the so-called resolute profile of the Public Ministry, which has as premise the proactive, reflective action, focused on preventive taxation and acting in the extrajudicial scope. The research developed in this work aims to study the ways of resolving action by the Public Ministry, notably the civil inquiry, the commitment to adjust conduct, recommendations and public hearings, questioning them in the face of the legalconstitutional paradigm of the Democratic State of São Paulo. Law, investigating whether they are in line with legal democracy or whether the Public Prosecutor's Office would still have a historical bias of authoritarian activity. Therefore, the theoretical bases that relate to democratic proceduralism were analyzed, whose foundations are found in the constitutional theories of the process, presenting the paradigmatic understandings of the Rule of Law, with an approach to the paradigmatic developments of the Liberal State and Social State, treating, for end, of the current paradigm of the Democratic State. It also addressed the introductory precepts of the foundations of democratic proceduralism, seeking, finally, to correlate the preventive action of the Public Ministry as being the most legitimate form of ministerial action in the Democratic State of Law. The research is bibliographic and uses Karl Popper's hypothetical-deductive methodology.

Keywords: Public ministry. Resolute Performance. Democratic State. Democratic proceduralism.

AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM PRECEDENTE DE CONTEÚDO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DO ARTIGO 525, § 15 DO CPC ANTE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO STF EM CONTROLE DIFUSO

RENATA CRISTINA SILVA MOURÃO

MOURÃO, Renata Cristina Silva. **Ação rescisória fundada em precedente de conteúdo constitucional**: análise do artigo 525, § 15 do CPC ante a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle difuso. 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 18 de dezembro de 2020.
Sala virtual na plataforma digital "zoom".
Orientador: Prof. Dr. André Cordeiro Leal

RESUMO

O objeto deste trabalho é avaliar a (in)compatibilidade entre o direito fundamental à coisa julgada e o cabimento da ação rescisória face à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle difuso, nos termos da previsão contida no artigo 525, § 15º do CPC. Isto porque, de acordo com o dispositivo processualista, a qualquer tempo em que o STF decidir de forma contrária à coisa julgada, esta poderá ser objeto de ação rescisória, mesmo após os dois anos decadenciais que lhe davam a garantia constitucional de não ser mais alterada, uma vez que esses dois anos serão computados do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo. Neste contexto, haveria um contrassenso entre a previsão contida no CPC e a garantia constitucional da segurança jurídica assegurada às partes litigantes pelo Constituinte Originário. A desconstituição da coisa julgada, cuja aplicação da lei ou ato normativo foi objeto da interpretação de magistrado imbuído do dever de controlar a constitucionalidade perante o caso concreto, não ser compreendida como uma decisão que se limita a aplicar uma lei posteriormente declarada inconstitucional. A partir desse prisma, tem-se como problema de pesquisa a seguinte indagação: a desconstituição da coisa julgada cujo prazo inicia-se da publicação da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em controle difuso configuraria ofensa ao direito fundamental da segurança jurídica? O princípio da segurança jurídica é previsto implicitamente na Constituição Federal, constituindo medida que possibilita às partes o conhecimento e certeza quanto ao desdobramento dos seus atos a partir do regramento jurídico existente. Como corolário da segurança jurídica, o legislador conferiu à coisa julgada o status de garantia constitucional, a qual nos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior confere certeza ao direito reconhecido judicialmente. A vertente metodológica a ser utilizada será a juridicadogmática, pois, a pesquisa será elaborada no campo do direito utilizando elementos internos ao ordenamento jurídico, caracterizando-a em uma pesquisa teórica. A fonte da pesquisa será bibliográfica e o setor do conhecimento pluridisciplinar, vez que pautado nos ramos do Direito Constitucional e Processual Civil, necessários ao desenvolvimento do tema. Ao final da pesquisa realizada buscar-se-á demonstrar que a estipulação do termo inicial para a propositura de ação

rescisória a partir da data da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF, constitui afronta ao valor constitucional atribuído à segurança jurídica.

Palavras-chave: Coisa Julgada. Segurança Jurídica. Precedentes. Controle de Constitucionalidade. Relativização.

ABSTRACT

The object of this work is to assess the (in) compatibility between the fundamental right to res judicata and the suitability of the rescission action in view of the declaration of unconstitutionality issued by the STF under diffuse control, pursuant to the provision contained in article 525, § 15 of the CPC . This is because, according to the proceduralist provision, any time the STF decides against the res judicata, it can be the object of rescission action, even after the two decadential years that gave it a constitutional guarantee that it will not be changed any more. , since these two years will be counted against the final judgment of the decision handed down by the Supreme Court. In this context, there would be a contradiction between the provision contained in the CPC and the constitutional guarantee of legal certainty guaranteed to the disputing parties by the Originating Constituent. The decommissioning of the res judicata, whose application of the law or normative act was requested by the interpretation of a magistrate imbued with the duty to control constitutionality in the specific case, is not understood as a decision that is limited to applying a law subsequently declared unconstitutional. From this perspective, the following question arises as a research problem: the decommissioning of res judicata whose term starts from the publication of the unconstitutionality decision issued by the Supreme Court under diffuse control would constitute deensa to the fundamental right of legal security? The principle of legal certainty is implicitly provided for in the Federal Constitution, constituting a measure that allows the parties to have knowledge and certainty regarding the unfolding of their acts based on the existing legal regulation. As a corollary of legal certainty, the legislature gave the res judicata the status of constitutional guarantee, which in the teachings of Humberto Theodoro Júnior confers certainty on the right recognized by the courts. The methodological aspect to be used will be the legal-dogmatic one, because the research will be elaborated in the field of law using elements internal to the legal system, characterizing it in a theoretical research. The source of the research will be bibliographic and the multidisciplinary knowledge sector, since it is based on the branches of Constitutional and Civil Procedural Law, open to the development of the theme. At the end of the research carried out, it will be sought to demonstrate that the stipulation of the initial term for the filing of rescission action from the date of the unconstitutionality decision rendered by the STF, constitutes an affront to the constitutional value attributed to legal certainty.

Keywords: Thing judged. Legal Security. Precedents. Constitutionality Control. Relativization.

OS ACORDOS CÍVEIS NAS HIPÓTESES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: EVOLUÇÃO JURÍDICO-NORMATIVA E REFLEXÕES SOBRE OS LIMITES TEMPORAL E MATERIAL DOS ACORDOS FIRMADOS COM BASE NA RESOLUÇÃO DO CNMP E DO CSMPMG

FLÁVIA BARACHO LOTTI CAMPOS DE SOUZA

SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de. **Os acordos cíveis nas hipóteses de improbidade administrativa: evolução jurídico-normativa e reflexões sobre os limites temporal e material dos acordos firmados com base na resolução do CNMP e do CSMPMG.** 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 dezembro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 reconheceu, como fundamento processual, a busca pela solução consensual de conflitos, consagrando aos já existentes métodos de autocomposição, estabelecidas na Lei n.º 7.347/85, na Lei n.º 12.846/13 e na Lei n.º 12.850/13, integrantes ao microsistema do combate à corrupção. Não obstante, o art. 17, §1º da Lei n.º 8.429/92, em sua redação original, vedava os acordos, as transações ou as conciliações nas hipóteses de improbidade administrativa de que tratava a Lei, cujo objetivo é tutelar o patrimônio público e a moralidade administrativa, a partir da responsabilização civil dos agentes públicos ou terceiros que, em conjunto, praticam atos ímprobos. Prevalencia o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, no seu viés tradicionalista. A constitucionalização do Direito Administrativo, sob a ótica de que todos os direitos fundamentais devem, tanto quanto possível, ser buscados e preservados, não existindo a prevalência absoluta de qualquer dos princípios, e a mudança de paradigma da Administração Pública sancionadora e impositiva para a Administração Pública consensual e mais dialógica, gerou reflexos nos instrumentos ou métodos de controle da administração. Assim, a morosidade judicial e os custos elevados com a movimentação da máquina judiciária, aliada à efetividade nos cumprimentos dos acordos extrajudiciais, resultaram na busca mais incipiente pelas soluções consensuais de conflitos, inclusive no combate à corrupção com a reparação mais célere e eficaz do erário. Nesta perspectiva, a Lei n.º 13.964/19 alterou a Lei n.º 8.429/92 para permitir a realização de acordos nas hipóteses de improbidade administrativa e instituir o acordo de não persecução cível, embora sem regulamentação, limitando-o à fase do inquérito civil ou preparatória ao procedimento principal da ação de improbidade. Assim, buscar-se-á nesta dissertação, a partir de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método hipotético-dedutivo e como referencial teórico a constitucionalização e consensualidade da Administração Pública

contemporânea, definir o que seja interesse público nas ações de improbidade administrativa; demonstrar a possibilidade de realização dos acordos também no curso da demanda principal, a partir da aplicação do postulado da proporcionalidade, da razoabilidade e de uma interpretação normativa mais coerente e coordenada do sistema jurídico; reconhecer, enquanto não regulamentada, a possibilidade de aplicação analógica das diretrizes previstas nas Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e Conselho Superior do Ministério Público para a celebração dos termos de ajustamento de conduta e apontar, ao final, os limites temporais e materiais dos acordos cíveis nas improbidades administrativas, resguardando os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e, por conseguinte, da coletividade.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Administração pública consensual. Acordos cíveis. Regulamentação. Extensão e limites materiais.

ABSTRACT

The 2015 Civil Procedure Code recognised, as a procedural foundation, the search for consensual settlement of conflicts, consecrating the existing forms of self composition established in Act 7.347/85, Act 12.846/13 and Act 12.850/13, components of the microsystem against corruption. Nevertheless, article 17, §1º of Act 8.429/92, in its original wording, prohibited agreements, transactions or reconciliations dealt by that Law in cases of administrative improbity, aiming to protect public property and administrative morality, as of civil liability of public agents or third parties who, together, committed unsubstantiated acts. The principle of supremacy and unavailability of the public interest prevailed in its traditionalist bias. The constitutionalization of administrative law, from the perspective that all fundamental rights should, as far as possible, be sought and preserved, without absolute prevalence of any of its principles, as well as the paradigm shift from a punitive and imposing Public Administration to a consensual and more dialogical one, generated reflexes in the instruments or methods of management control. Thus, the judicial slowness and the high costs within the legal apparatus system, combined with the effectiveness in complying with extrajudicial agreements, resulted in the most incipient search for consensual solutions to conflicts, including the fight against corruption with faster and more effective refund of the treasury. In this perspective, Act 13.964/19 changed Act 8.429/92 to allow for agreements to be made in the event of administrative misconduct and to enact the agreement of non-civil pursuit, with no regulation though, and limiting it to the phase of the civil or preparatory investigation to the main procedure for the civil act of misconduct. The purpose in this dissertation is thus, with basis on a bibliographical research, using the hypothetical-deductive method and having as a theoretical reference the constitutionalization and consensus in contemporary Public Administration, to define what is of public interest in administrative improbity actions; to demonstrate the possibility of making agreements also in the course of the main demand, starting from the application of the principle of proportionality, reasonableness and a more coherent and coordinated normative interpretation of the legal system; to recognise, as yet to be regulated, the possibility of analogy application of the guidelines foreseen in the Resolutions of the National Council of Public Prosecutors and the Superior Council of the Public Prosecutor's Office for the conclusion of the terms for conduct adjustment and to point out, at the end, the material limits of civil agreements in administrative improbities, safeguarding the fundamental rights and guarantees of citizens and, consequently, of the collectivity.

Keywords: Administrative misconduct. Consensual public administration. Civil agreements. Regulation. Material extension and limits.

O FORNECIMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: A NECESSIDADE DE APRIMORAR A LEI 13.460 DE 2017 (CÓDIGO DE DEFESA DO USUÁRIO)

ITIBERÊ GUARÇONI MARINHO

MARINHO, Itiberê Guarçoni. **O fornecimento de serviços públicos**: a necessidade de aprimorar a Lei 13.460 de 2017 (Código de Defesa do Usuário), 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 23 de dezembro de 2020.

Sala virtual na plataforma digital "zoom".

Orientador: Prof. Dr. Rafael Frattari Bonito

RESUMO

O presente trabalho trata da prestação de serviços públicos sob uma perspectiva constitucional. O tema é abordado de acordo com os ditames que remetem ao binômio dever do Estado de prestar serviços e o direito do cidadão de ter os serviços prestados com qualidade, especialmente em se tratando de serviços públicos essenciais. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é conhecida como a "Constituição cidadã", e apresenta em seu texto diversas gerações de direitos e em um contexto democrático e de uma constituição garantidora, a prestação de serviços públicos é atividade que se impõe, é direito do cidadão e é essencial para a dignidade da pessoa humana. Entretanto, a atividade de prestação de serviços nem sempre se dá de forma adequada de modo a garantir ao cidadão e usuário destes serviços a efetividade de seus direitos. Diante disso, o trabalho tem por objetivo demonstrar a fragilidade do usuário de serviços públicos que apesar de ter em mãos um instrumento nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, capaz de reunir, em um único diploma legal, com a publicação da Lei 13.460 de 2017, o chamado Código de Defesa do Usuário, a defesa de seus direitos e deveres como forma de buscar a garantia e efetividade constitucional em relação a eles ainda é incerta. Será apresentada, portanto, a contextualização dos serviços públicos, suas particularidades que impedem que a legislação protetiva existente se aplique ao usuário de serviços públicos de forma ampla e efetiva, como a proteção do usuário de serviços públicos encontra-se ainda incerta mesmo com a Lei 13.460 de 2017. Diante disso, defende-se aqui o aperfeiçoamento do Código de Defesa do Usuário, capaz de trazer segurança jurídica e efetividade aos direitos do usuário de serviços públicos, que estão constitucionalmente previstos.

Palavras-chave: Constituição. Sistema Constitucional. Código de Defesa do Consumidor. Serviços Públicos. Serviços essenciais. *Servicios uti universi*. *Servicios uti singuli*. Usuário. Código de Defesa do Usuário. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This paper deals with the provision of public services under a constitutional perspective. The issue is addressed in accordance with the dictates referring to the binomial state's duty to provide services and the citizen's right to have services provided with quality, especially when it comes to essential public services.

The Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 is known as the "Citizen Constitution", and presents in its text several generations of rights and a democratic context and a constitution that guarantees the provision of public services is an activity that is above all, it is the citizen's right and is essential to human dignity. However, the activity of services does not always happen appropriately in order to guarantee the citizen and user of these services the effectiveness of their rights. Thus, the study aims to demonstrate the fragility of public service that, despite having in hand an instrument in the molds of the Consumer Protection Code, capable of gathering, in a single legal document, with the publication of Law 13.460 of 2017, the so-called User Defense Code, the defense of their rights and duties as a way of seeking constitutional guarantee and effectiveness in relation to them is still uncertain. Will be presented, the context of public services, its particularities that prevent the existing protective legislation from applying to the user of public services in a broad and effective manner, as the protection of the user of public services is still uncertain even with Law 13.460 of 2017. Given this, it is defended here the improvement of the User Defense Code, capable of bringing legal security and effectiveness to the rights of the user of public services, which are constitutionally foreseen.

Keywords: *Constitution. Constitutional System. Code of Consumer Protection. Public Services. Essential services. Services uti universi. Services uti singuli. User. User Protection Code. Legal Security.*