



UNIVERSIDADE  
FUMEC

REVISTA DE  
DIREITO DA  
UNIVERSIDADE  
FUMEC

# Meritum

Volume 16 | 2021  
Número 2

## 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](http://www.fumec.br)

## REVISTA MERITUM COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

## RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM

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

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

## REVISORES E TRADUTORES DE INGLÊS

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

E-mail: [revistameritum@fumec.br](mailto:revistameritum@fumec.br)

## BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC

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

## PROJETO GRÁFICO

Therus Santana

## EDITORAÇÃO

Tecnologia da Informação

**Creative Commons License**

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC / Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. - v. 16, no. 2 (maio/ago. 2021)- . - 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 Moraes Filho, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

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

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

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

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

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

Nattan Nisimblat, 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

## Artigos

- ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO .....9  
*ARBITRATION IN TAX LAW*  
Fradique Magalhães de Paula Júnior  
Flavia de Almeida Montingelli Zanferdini
- SOBRE RUPTURAS, MODERNIDADE E O NOVO CONSTITUCIONALISMO  
DEMOCRÁTICO LATINO-AMERICANO .....23  
*ON RUPTURES, MODERNITY AND THE NEW LATIN AMERICAN DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM*  
Vitor Gonçalves Machado  
Daury Cesar Fabríz
- OSKAR VON BÜLOW E O NAZISMO .....38  
*OSKAR VON BÜLOW AND THE NAZISM*  
Vinícius Lott Thibau
- A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O DUMPING SOCIAL –  
IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NO ÂMBITO BRASILEIRO .....51  
*THE FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION AND SOCIAL DUMPING  
– LEGAL IMPLICATIONS IN THE BRAZILIAN SCOPE*  
Fábio Siqueira Machado  
Claudio Jannotti da Rocha
- RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM FACE DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR:  
A COMPENSAÇÃO DOS DANOS IMATERIAIS PARA ALÉM DA INDENIZAÇÃO .....69  
*PARENTS 'CIVIL RESPONSIBILITY IN VIEW OF FAMILY COEXISTENCE: THE  
COMPENSATION OF IMMATERIAL DAMAGES BEYOND INDEMNITY*  
Adauto de Almeida Tomaszewski  
Diego Fernandes Vieira
- JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA – DOCTRINA MAJORITÁRIA E PANORAMA ATUAL.....85  
*DEFENSIVE JURISPRUDENCE - MAJORITY DOCTRINE AND CURRENT OVERVIEW*  
Letícia Bianca Pinheiro  
Bruno Smolarek Dias
- O PROTAGONISMO DO DIGITAL INFLUENCER: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE  
CIVIL POR DANO AO CONSUMIDOR FRENTE A EXPANSÃO DO E-COMMERCE.....104  
*THE PROTAGONISM OF DIGITAL INFLUENCER: AN ANALYSIS OF CIVIL LIABILITY  
FOR DAMAGE TO THE CONSUMER FACING THE EXPANSION OF E-COMMERCE*  
Erica Fernanda Miranda Sousa  
Gillian Santana de Carvalho Mendes  
Camila Campos Batista
- LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA RELATIVIZAÇÃO EM FACE DO DISCURSO DE ÓDIO.....123  
*FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS RELATIVIZATION IN THE FACE OF HATE SPEECH*  
Gilberto Ferreira Marchetti Filho  
Gabriela Schvarcz Pereira

AUTOMAÇÃO DA ADVOCACIA, TECNOLOGIA E DECISÕES JUDICIAIS: REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA TECNOLOGIA AO DIREITO .....	148
<i>AUTOMATION OF LAWYER, TECHNOLOGY AND JUDICIAL DECISIONS: REFLECTIONS ON THE APPLICATION OF TECHNOLOGY TO LAW</i>	
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro Ana Luiza Novais Cabral Sidiney Duarte Ribeiro	
INTERDISCIPLINARIDADE E OS PROCESSOS DE FORMAÇÃO DO ADVOGADO .....	164
<i>INTERDISCIPLINARITY AND LAWYER TRAINING PROCESSES</i>	
Frederico Cordeiro Martins Sergio Henriques Zandona Freitas Marta Macedo kerr Pinheiro	
AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO INTELIGENTES: APLICAÇÕES DE APRENDIZADO DE MÁQUINA E SISTEMAS MULTIAGENTES .....	177
<i>INTELLIGENT CONCILIATION AND MEDIATION HEARING: MACHINE LEARNING AND MULTI-AGENT SYSTEMS APPLICATIONS</i>	
Isabela Cristina Sabo Aires José Rover	
TAXA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL: INSTRUMENTO DE ARRECADAÇÃO PARA GESTÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO .....	201
<i>ENVIRONMENTAL PRESERVATION TAX: TAX REVENUES LIKE A INSTRUMENT FOR CONSERVATION UNITS MANAGEMENT</i>	
Nicolau Cardoso Neto Luiza Sens Weise	
SUSTENTÁVEL PARA QUEM? A GENTRIFICAÇÃO E A REESTRUTURAÇÃO URBANA COMO UMA CONSEQUÊNCIA DAS OBRAS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL EM FOZ DO IGUAÇU .....	218
<i>SUSTAINABLE TO WHOM? GENTRIFICATION AND URBAN RESTRUCTURING AS A CONSEQUENCE OF THE REGIONAL DEVELOPMENT WORKS IN FOZ DO IGUAÇU</i>	
Flávia Cândido da Silva Lourival José de Oliveira	
ANÁLISE ECONÔMICA DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO .....	230
<i>ECONOMIC ANALYSIS OF ARBITRATION IN INDIVIDUAL LABOR RELATIONS</i>	
Alexandre Coutinho Pagliarini Jéssica Kaczmarek Marçal Ribeiro da Fonseca	
QUESTÕES FAMILIARES CONTROVERSAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	246
<i>CONTROVERSIAL FAMILY ISSUES IN THE SUPREME FEDERAL COURT</i>	
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia Pedro Alexandre Moreira	
RESPONSABILIDADE CIVIL “EX DELICTO” DECORRENTE DO USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA: REFLEXÕES SOBRE A PRÁTICA DO INSIDER TRADING.....	265
<i>“EX DELICTO” CIVIL LIABILITY FOR THE MISUSE OF PRIVILEGED INFORMATION: SOME THOUGHTS ON THE INSIDER TRADING PRACTICE</i>	
Luciano Santos Lopes José Luiz Moura Faleiros	
NOVOS PANORAMAS AO REGIME PRISIONAL ABERTO .....	282
<i>NEW PANORAMAS TO THE OPEN PRISON REGIME</i>	
Ricardo Gagliardi	

A CRIMINALIZAÇÃO DO FEMINICÍDIO NO BRASIL: UM ESTUDO DE CASOS DE BOLETINS DE OCORRÊNCIA NA CIDADE DE PIRACICABA – SP .....	307
<i>FEMINICIDE CRIMINALIZATION IN BRAZIL: CASES STUDIES OF POLICES REPORTS IN PIRACICABA CITY – SP</i>	

Fernanda Carolina de Ifanger  
Olívia dos Santos Fonseca  
João Paulo Ghiraldelli Dal Poggetto

ORDENANDO A DESORDEM: A POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO E CRIMINALIZAÇÃO DOS AMBULANTES NA CIDADE DE MACEIÓ .....	325
<i>ORDERING DISORDER: THE ZERO TOLERANCE POLICY AND CRIMINALIZATION OF STREET VENDERS IN THE CITY OF MACEIÓ</i>	

Bruno Cavalcante Leitã Santos  
Ronaldo Cardoso dos Santos Neto

LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ELECTORALES DURANTE LAS ELECCIONES COMO MEDIO PARA GENERAL CULTURA DE PAZ EN LOS CIUDADANOS: ELECCIONES 2021 EN MÉXICO .....	341
<i>A SOLUÇÃO DE CONFLITOS ELEITORAIS DURANTE AS ELEIÇÕES COMO MEIO DA CULTURA GERAL DE PAZ DOS CIDADÃOS: ELEIÇÕES DE 2021 NO MÉXICO</i>	

Jéssica Marisol Vera Carrera  
María Gabriela Zapata Morán

## Comentários jurisprudenciais

CASO BECCHETTI X ITÁLIA: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL .....	355
<i>CASE BECCHETTI X ITALY: JURISPRUDENCE ANALYSIS</i>	

Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes

## Dissertações do PPGD/FUMEC

LINHA DE PESQUISA: AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA.....	364
LINHA DE PESQUISA: ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE.....	374

# EDITORIAL

A Revista *Meritum* é periódico tradicional e referência no Direito, sendo classificado com o Qualis B1 pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

Os artigos submetidos à Revista *Meritum* vol. 16, n. 2, 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. 16, n. 2, prestigiadas as questões do universo jurídico relacionadas ao Estado Democrático de Direito e a efetivação de direitos fundamentais constitucionais. Busca-se analisar e debater 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



# ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO

ARBITRATION IN TAX LAW

FRADIQUE MAGALHÃES DE PAULA JÚNIOR<sup>1</sup>  
FLAVIA DE ALMEIDA MONTINGELLI ZANFERDINI<sup>2</sup>

## RESUMO

Os meios alternativos ou adequados de resolução de conflito tiveram um incremento de sua utilização, no Brasil, a partir de 2015. As demandas tributárias contribuem para o congestionamento do Poder Judiciário, conforme detalha o Conselho Nacional de Justiça. Neste estudo buscou-se analisar a aplicabilidade da arbitragem nas ações tributárias com escopo da concretização dos direitos fundamentais de acesso à justiça e a duração razoável do processo. Serão analisados os supostos óbices de sua aplicabilidade no direito tributário, dentre os quais a renúncia de receita e a indisponibilidade do crédito tributário. No mais, busca-se sem a pretensão de esgotar o tema, verificar esses referenciais jurídicos e a extensão do campo da arbitragem no Direito Tributário. Para tanto, foi utilizado o sistema jurídico português como paradigma, identificando as benesses geradas na implementação da arbitragem.

**Palavras-chave:** arbitragem; direito tributário; acesso à justiça; duração razoável do processo; direito comparado.

## ABSTRACT

*Alternative dispute resolution had an increase in their use in Brazil since 2015. Tax law suits contribute to the congestion of the Judiciary, as detailed by the National Council of Justice. In this study, we sought to analyze the applicability of arbitration in tax actions with the scope of implementing the fundamental rights of access to justice and the reasonable time. The supposed obstacles to its applicability in the Tax Law will be analyzed, among which the waiver of revenue and the unavailability of the tax credit. Furthermore, without intending to exhaust the topic, it is sought to verify these legal references and the extension of the field of arbitration in Tax Law. Therefore, the Portuguese legal system was used as a paradigm, identifying the benefits generated in the implementation of arbitration.*

**Keywords:** arbitration; tax law; access to justice; reasonable time; comparative law study

1 UNAERP- Universidade de Ribeirão Preto. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0002-3981-0030>.

2 Possui graduação em Enfermagem pela Universidade de São Paulo (1986), graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (1991), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Atualmente é professora do curso de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito ministrado pela Universidade de Ribeirão Preto. Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível de São Carlos-SP e Presidente do Colégio Recursal da 12ª Circunscrição Judiciária - São Carlos/SP. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0444-5416>.

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

PAULA JÚNIOR, Fradique Magalhães de; ZANFERDINI, Flavia de Almeida Montingelli. Arbitragem no direito tributário. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 9-22, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8466>.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a possibilidade do uso da arbitragem na seara tributária como meio adequado de solução de conflito, bem como os possíveis entraves a sua efetiva aplicação.

Estudos demonstram que os meios de solução de conflitos denominados “alternativos”, formando um modelo de sistema de justiça multiportas, ou seja, para cada tipo de conflito existe uma forma de solução mais adequada visando sua solução, de modo que há casos em que a melhor solução pode sim ser a judicial e em outros casos poderia ser uma solução utilizando a mediação, enquanto outros, a conciliação ou a arbitragem.

Inicia-se trazendo o conceito de crédito tributário e suas características, apresentando um comparativo com o crédito comum, bem como sua relação com a obrigação, denominado como fato gerador tributário. Na sequência, aborda-se o procedimento de cobrança do crédito tributário, sob enfoque da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execução Fiscal) e a efetiva cobrança do crédito tributário após frustradas tentativas de recebimento na via administrativa.

Analisa outrossim, os dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça através de “Justiça em números” (CNJ, 2019), que guardam relação direta e indireta com o objeto do presente estudo, qual seja, a possibilidade e viabilidade de aplicabilidade da arbitragem no direito tributário, de forma a dar efetividade aos preceitos constitucionais do acesso à justiça e a duração razoável do processo. Discute-se, ainda sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC/2015) no rito previsto na Lei de Execução Fiscal.

Após essa breve introdução à cobrança do crédito tributário, inicia-se a análise do instituto da arbitragem e sua possível aplicação na Administração Pública, destacando a evolução do instituto, notadamente legislativa. Já de plano e elencado os supostos óbices à aplicação da arbitragem na seara tributária, trazemos a questão da indisponibilidade do crédito tributário e a vedação a renúncia de receita, que destacamos como principais.

Por fim, diante da patente crise de Estado no tocante à prestação jurisdicional e a possibilidade de implementação do instituto da arbitragem no direito tributário, tendo como paradigma o modelo português, pretende-se demonstrar a possibilidade de ser aplicada a arbitragem com real e efetivo aumento de arrecadação e satisfação dos créditos tributários.

## 2. O CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Sob o prisma das normas constitucionais e da disciplina estabelecida no Código Tributário Nacional, crédito tributário é o valor devido ao Estado a título de tributo, sendo o objeto da relação jurídica tributária.

Etimologicamente, crédito significa “crer” ou “ter confiança”. Isso porque, as expressões “credo, crediti e creditum” desde o século XVI vinham sendo traduzidas por crer, confiar a outros ou emprestar com fé na moral do tomador do empréstimo. (ASSONI FILHO, 2007, p. 17)

Hugo de Brito Machado conceitua crédito tributário como sendo: “O vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (o objeto da relação obrigacional).” (MACHADO, 2007, p. 149)

Crédito tributário é, em síntese, a obrigação tributária exigível, devidamente lançada e possível de cobrança. Decorre da obrigação principal, tendo a mesma natureza desta. É exatamente o que prescreve o artigo 139 do Código Tributário Nacional. Dispõem, também os artigos 140 e 141 do Código Tributário Nacional:

Art. 140. As circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos, ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem sua exigibilidade não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem. Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias (BRASIL, 1966).

Assim, com base na doutrina de Hugo de Brito Machado (2007, p. 150), podemos simplificar definindo obrigação tributária como correspondendo a obrigação ilíquida do direito civil e crédito tributário corresponde a aludida obrigação já liquidada. O lançamento poderia ser comparado ao processo de liquidação.

A rigor, inexistente diferença entre crédito tributário e obrigação tributária. Da obrigação tributária surge para o Estado um direito subjetivo de crédito que poderá ser exercido e cobrado.

O art. 139 supracitado prescreve que “o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta” (BRASIL, 1966). Denota-se, portanto, que a obrigação tributária possui conteúdo patrimonial, que coincide com o conceito do crédito tributário.

A concretização do crédito para a Fazenda Pública passa por diferentes momentos: a) constituição (fato gerador); b) exigibilidade (lançamento ou decisão administrativa definitiva); e c) crédito exequível (inscrição em dívida ativa).

Em razão disso, dispõe o sistema normativo que as circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos, ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem a sua exigibilidade não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem (art. 140 do Código Tributário Nacional).

Nesse contexto, resta claro que a relação jurídica formada entre a Fazenda Pública e o contribuinte gera a obrigação do recolhimento do tributo. O não pagamento voluntário enseja a cobrança administrativa, que poderá acarretar posterior ajuizamento de execução fiscal.

Tanto na esfera administrativa, que aqui definimos como pré-processual, tendo como referência o processo judicial, quanto na esfera judicial (processual), o objeto da relação jurídica tributária poderá ser submetido aos métodos de solução adequada de conflitos, sem que se desvirtue a natureza e o conceito do crédito tributário, notadamente em sua funcionalidade tanto arrecadatória quanto extrafiscal, a contrário senso, facilitaria sua arrecadação.

Em sintonia a esse movimento encampado pela implantação da Política Judiciária de Solução Adequada de Conflitos, pode-se afirmar que o crédito tributário ganhou uma nova roupagem na sua definição quando passamos a falar da sua exigibilidade, quebrando velhos

paradigmas, uma vez que a partir daí já está apto a ser submetido às seções de métodos adequados de resolução de conflitos.

Em sintonia com os preceitos constitucionais, incrementou-se o uso de meios alternativos à jurisdição a partir da Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125, de 29 de novembro de 2010; com o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) com foco na mediação judicial, pela Lei de Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) com foco na mediação extrajudicial e, no campo tributário especificamente, através da Resolução PGFN 742/2018, que regulamenta o negócio jurídico processual tributário, bem como da Medida Provisória 899/2019, conhecida como “Contribuinte Legal”, que institui a transação para débitos tributários federais regulamentada pela portaria PGFN 11.956/2019.

Tem-se, ainda, o Projeto de Lei nº 4.257/2019, de autoria do senador Antônio Augusto Junho Anastásia, que pretende instituir a arbitragem tributária.

Nota-se, destarte, uma busca por diversificados meios para resolução do conflito tributário.

## 2.1 A EXECUÇÃO FISCAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

No Brasil, as pessoas jurídicas de direito público possuem prerrogativas cuja finalidade é dar ampla e imediata proteção ao interesse público. Como exemplo, pode-se citar a autoexecutoriedade de suas decisões, independentemente de ordem judicial.

O princípio da autoexecutoriedade está estritamente ligado ao poder de polícia, que permite ao Poder Público impor restrições aos direitos e liberdades individuais, quando o interesse público exigir.

As decisões tomadas na esfera administrativa, entretanto, estão sujeitas à revisão judicial dada a regra da inafastabilidade de acesso à tutela jurisdicional prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Em face desses princípios adotados pelo sistema normativo vigente, a lei que disciplina as execuções fiscais (Lei nº 6.830/80), dispõe em seu art. 1º que a execução para a cobrança da chamada dívida ativa se processa perante o Poder Judiciário.

Não é novidade anotar que um dos grandes, senão, o maior problema das execuções fiscais, é seu ajuizamento sem maiores critérios. A situação padece de eficiência quanto à cobrança do crédito tributário, havendo muitas nulidades que acabarão aniquilando o procedimento, problemas quanto à não localização do devedor ou de prescrição, dentre outros.

Atualmente, conforme relatório gerido pelo Conselho Nacional de Justiça, denominado “Justiça em números - 2019”, identificou-se que, o executivo fiscal representa aproximadamente 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 90%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram finalizados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,5 pontos percentuais, passando de 71,2% para 62,7% em 2018. (CNJ, 2019, p. 142)

A Justiça Estadual, concentra 85% dos executivos fiscais, a Justiça Federal responde por 15%, a Justiça do Trabalho por 0,28% e a Justiça Eleitoral por apenas 0,01%. O mais impac-

tante é que na Justiça Federal as execuções fiscais correspondem a 45% do acervo total, computando-se tanto o processo de conhecimento quanto o processo executivo, enquanto que na Justiça Estadual representa 42%. Pois bem, esses números demonstram a necessidade do desenvolvimento de meios efetivos para concretizar o direito fundamental à duração razoável do processo. (PEREIRA FILHO; MORAES, 2020)

Outro ponto importante a ser destacado é a taxa de congestionamento e assim verificou o respectivo relatório

no total de casos pendentes, pela primeira vez na série histórica, mesmo que sutil, houve redução dos processos pendentes de execução fiscal (-0,4%). Os casos novos também foram reduzidos no último ano (-7,7%). A redução do acervo, aliada ao aumento do número de baixados (25,8%), fez com que a taxa de congestionamento fosse reduzida em 2 pontos percentuais em 2018. O tempo de giro do acervo desses processos é de 8 anos e 8 meses, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seria necessário todo esse tempo para liquidar o acervo existente. (CNJ, 2019, p. 142)

Nota-se a preocupação com o executivo fiscal, conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça, tanto que houve diminuição na taxa de congestionamento, conforme constatado no relatório, no item 5 denominado “Índice de conciliação”. (CNJ, 2019, p. 142)

No mais, decisões proferidas dez anos ou mais após o início da ação são comuns no panorama brasileiro, mas que não responde aos anseios sociais e econômicos aos jurisdicionados.

De acordo com Leal Júnior e Baleotti,

a morosidade é fator de incerteza e insegurança jurídica, fazendo protraírem-se no tempo angústia e preocupação dos envolvidos. A notória demora existente no processo civil brasileiro é fator que obsta real inserção das empresas brasileiras no mercado globalizado. Assim sendo, solucionar a mazela da morosidade processual é inevitável, especialmente no que tange ao contexto empresarial (LEAL JÚNIOR; BALEOTTI, 2012, p. 80)

A realidade da prestação jurisdicional de qualidade, em prazo razoável, não tem como se realizar diante do grande volume em trâmite na Justiça brasileira,

a máquina estatal não consegue acompanhar o crescimento exponencial de demandas, cria-se, expectativa e pressão sobre a capacidade instalada do Poder Judiciário, que não consegue julgar os processos numa proporção igual ou maior que o ingresso de novas demandas, acarretando o aumento de estoque de processos.

[...]

É possível ao jurisdicionado, atualmente, visualizar dia a dia o andamento de sua ação judicial, de forma que a demora ficou muito mais visível e evidente.

De qualquer forma, esse aumento vertiginoso no número de demandas ajuizadas é realidade consolidada e, repita-se, que não dá mostras de que vá retroceder.

Nesse contexto, nada obstante as diversas reformas feitas nas leis processuais, visando agilizar, simplificar e desburocratizar o processo, a morosidade continua sendo o maior problema enfrentado pelos tribunais brasileiros. (ZANFERDINI; LIMA, 2013, p. 295-296)



Ademais,

A equivocada leitura do acesso à Justiça implica considerar o Judiciário como o natural escoadouro de qualquer controvérsia. Em decorrência disso, todo litígio tem sua entrada em juízo franqueada e facilitada, gerando e alimentando a perpétua crise numérica, tão criticada pela opinião pública.

Incentivada a litigiosidade pela interpretação excessiva do que significa a garantia constitucional de acesso à justiça, grande parcela de conflitos, que deveria ser direcionada a outros órgãos, termina endereçada exclusivamente ao Judiciário. (ZANFERDINI, 2012, p. 242)

Analisa-se, destarte, a arbitragem como uma possível solução apta a concretizar os direitos fundamentais do acesso à justiça e da razoável duração razoável do processo, bem como do princípio da eficiência administrativa, além de aprimorar a justiça tributária, aumentando a qualidade do debate das matérias tributárias.

## 2.2 APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCEDIMENTO DA LEI Nº 6.830/80.

Antes de tratarmos do instituto da arbitragem e sua aplicabilidade na cobrança do crédito tributário, necessário se faz dizer que a Lei de Execução Fiscal, Lei nº. 6.830/80, não possui nenhuma previsão, ainda que implícita, sobre a possibilidade de serem utilizados métodos alternativos de solução de conflitos.

Em que pese não haver previsão expressa a respeito, o art. 1º da referida lei especial prevê a possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 1.º A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regido por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015)

A observância subsidiária das regras gerais do processo de conhecimento e do processo de execução previstas no Código de Processo Civil somente tem cabimento quando a Lei nº. 6.830/80 não contiver previsão expressa sobre o tema.

Deste modo, a possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil revela a permissão legal para a introdução dos institutos dos meios alternativos de resolução de conflitos na cobrança do crédito tributário.

A atual legislação processual civil, vigente desde março de 2016, incentiva o uso das técnicas consensuais, ao dispor em seu artigo 3º, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Em seu artigo 6º contempla o princípio da cooperação. Nesse sentido é a doutrina de Erik Navarro Wolkart:

Note-se que, do ponto de vista jurídico, não se pode excluir o acesso à Justiça e aos meios inerentes à busca da tutela jurisdicional efetiva. No entanto, assim como a municipalidade de nossa parábola poderia ter limitado o número de ovelhas por família ou simplesmente taxado o pastoreio, a lei brasileira pode criar regras que promovam a internalização das consequências negativas do

uso da atividade jurisdicional diminuindo a ânsia no ajuizamento de novas demandas ou estimulando comportamentos que levem os processos pendentes a terminar mais rapidamente. (WOLKART, 2019, p. 92)

Referido autor, em suma, sustenta que a cooperação transcende um determinado processo, antes mesmo da demanda, visando a composição, alterando gradativamente o viés litigioso de nossa sociedade.

Tais mecanismos alternativos à demanda judicial aparecem como mais uma medida para buscar afastar a inadimplência dos débitos inscritos em dívida ativa, bem como revelam aptidão para a redução do acervo de execuções fiscais que é, hodiernamente, considerado o grande gargalo no Judiciário brasileiro, conforme supracitado, ressaltando que não se trata da solução do problema, mas sim, uma das ferramentas disponíveis em busca da efetividade na cobrança dos créditos tributários.

### 3. ARBITRAGEM

A Lei de arbitragem nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 sofreu alterações com o advento da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. O escopo da referida modificação foi o de ampliar a prática da arbitragem no país.

#### 3.1 A POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dentre as novidades previstas nessa lei, temos a expressa previsão da possibilidade de utilização da arbitragem por entidades da Administração Pública direta e indireta, com a finalidade precípua de mediar conflitos atinentes a direitos patrimoniais, sendo, porém, vedado o julgamento por equidade e sempre respeitando o princípio da publicidade.

Nada obstante o exposto regramento legal, a utilização da arbitragem pela Administração Pública já possuía previsão em diplomas legais específicos, tais como nas leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos), nº 9.478, de 06 de agosto de 1997 (que trata da política energética nacional), nº 10.233, de 05 de junho de 2001 (dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre) e nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública).

Diante dos diplomas legais citados, é possível concluir que a arbitragem na Administração Pública já era aceita no âmbito dos contratos privados da Administração, considerando sua natureza jurídica e a aplicação do regime jurídico de direito privado nestas relações.

Importante ressaltar que a partir da vigência da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que amplia o escopo da possibilidade de utilização de cláusula arbitral, essa agora também poderá ser incluída nos contratos administrativos típicos, regidos pelo regime jurídico de direito público.

Esta ampliação trazida pela lei traduz, verdadeiramente, uma evolução no Direito Administrativo, uma vez que confere a possibilidade da solução de conflitos atinentes a direitos patrimoniais em relações jurídicas travadas entre particulares e a Administração Pública, fora das vias judiciais. Tal mecanismo, tem como uma de suas premissas a maior celeridade e eficácia na sua composição, considerando que será realizada por meio de juízos técnicos, compostos por árbitros escolhidos pelas partes e deve ter solução em menor tempo do que uma demanda judicial.

Comprovando tal alegação, é a pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) em 2012, com o apoio institucional e metodológico do Instituto de Pesquisas Ipsos, o qual abrangeu a opinião de árbitros, advogados, membros de departamentos jurídicos de empresas e câmaras arbitrais, em um total de 158 pessoas entrevistadas, estes apontaram que a principal vantagem concreta da arbitragem é o tempo necessário para ter uma solução definitiva para o conflito, com 37% das respostas, sendo o tempo médio de experiência dos entrevistados mais de 23 na advocacia ou em outra carreira jurídica e 67% dos entrevistados possuíam mais de 10 anos de experiência com a arbitragem. (ABBUD, 2013)

Cabe ressaltar também, que o Projeto de Lei nº 4.257/2019 (BRASIL, 2019), altera a Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais), possibilitando o uso da arbitragem de débitos objetos de execução fiscal, uma vez garantindo o débito por depósito, fiança ou seguro.

Há que se ponderar que a Administração Pública é regida precipuamente por normas constitucionais que impõe o regime jurídico de direito público, assim, toda sua atuação se define em função do respeito aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade dos interesses públicos.

Apesar das presentes constatações ainda permanece controvérsias sobre aplicação da arbitragem nas relações que envolvam entes públicos, que necessitam de amplo debate.

### **3.2 SUPOSTOS OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA**

São de longa data os estudos sobre as vedações ao uso da arbitragem tributária no setor público, como por exemplo o Decreto-lei 960 firmado por Getúlio Vargas em 1938, vedando a utilização do instituto, mas, desde então Pontes de Miranda (apud PISCITELLI, 2019, p. 09) já ressaltava haver possibilidade de, por lei especial, regular a aplicação da arbitragem no direito tributário.

Tal tema também foi debatido por Priscila Faricelli Mendonça, em trabalho de pesquisa sobre a matéria em debate, enfrenta a autora em seu livro a indagação, “diante do cenário brasileiro atual, é processualmente adequada e viável a adoção de arbitragem para a solução de controvérsias tributárias?”. (MENDONÇA, 2013, p. 16)

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe um novo modelo de processo com viés mais democrático e participativo aos interesses na hipótese de existência de conflitos, disposto a romper com um sistema processual sedimentado em mecanismos adversários para mecanismos de cooperação. (WOLKART, 2019, p. 93)

Uma das principais discussões sobre a admissibilidade da arbitragem tributária consiste na indisponibilidade do crédito tributário, atraindo o princípio da legalidade.

Hugo de Brito Machado, aduz que

é fácil de se ver, portanto, que a arbitragem não se mostra adequada para a solução de conflitos na relação tributária. Embora se possa considerar que o direito do contribuinte, de somente ser compelido a pagar o tributo legalmente devido, é um direito disponível e de natureza patrimonial, não se pode esquecer que o direito da Fazenda de arrecadar o tributo é um direito indisponível, pelo menos quando como tal se considere o direito do qual o agente estatal não pode abrir mão, a não ser em condições excepcionais e pela forma especialmente para esse fim estabelecida. (MACHADO, 2007, p. 130)

A doutrina classifica os interesses indisponíveis em absolutamente (são irrenunciáveis, insuscetíveis de transação, de persecução processual obrigatória), indisponíveis relativamente (são irrenunciáveis, suscetíveis de transação, de persecução processual obrigatória) e indisponíveis limitadamente (são irrenunciáveis de transação de persecução processual facultativa).

A jurisprudência, todavia, atenua essa rigidez, da indisponibilidade de interesses, destacando determinadas condições. Importante decisão foi tomada pela Suprema Corte:

EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público, são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à realização deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário nº 253.885 (BRASIL, 2002)

Nota-se que houve uma relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público, pois o ato tomado, foi de encontro a outros princípios, dentre os quais, no caso, notadamente da eficiência.

Há certo consenso na doutrina sobre a necessidade de lei definindo quais são os direitos indisponíveis, como por exemplo, Micheline Forte (2018)

Outros óbices suscitados pela doutrina são a vedação a renúncia de receita, prescrita na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101, de 04 de maio de 2009), todavia, somente pode-se usar esse termo, se o recurso estiver previsto no orçamento, e se há pendência de decisão tanto judicial quanto administrativa, não constará no orçamento.

Ademais, há certa unanimidade em relação à necessidade de Lei Complementar para disciplinar a extinção do crédito tributário. Além da questão da jurisdição, que é monopólio do Estado, todavia, conforme defende Heleno Taveira Torres (2019), a legislação também poderá sanar esse problema, sem violar o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Denota-se que os supostos problemas elencados para efetivação do referido instituto, na verdade não são, pois, a interpretação dada pela doutrina e jurisprudência. Há, contudo, necessidade de uma efetiva iniciativa de implementação da arbitragem na seara tributária.

Tal ato de experimentação, já tem dados bons frutos em outros países, como por exemplo o caso de Portugal.

### **3.3 ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA EM PORTUGAL**

Utilizando como paradigma o Direito Português, cumpre ressaltar que a existência de criação de implementação de meios alternativos de solução de conflitos mais céleres no direito português, inclusive os envolvendo matéria fiscal, foi exigência da Troika. Esta última corresponde a um grupo que foi formado pela Comissão Europeia (CE), pelo Banco Central Europeu (BCE) e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) que avaliou as contas reais de Portugal para definir as necessidades de financiamento do país e reestruturação econômica daquele país.

No Memorando de Entendimento firmado pela Troika com o governo Português em 17 de maio de 2011, descrevem-se as condições gerais da política econômica sobre a concessão de assistência financeira da União Europeia a Portugal e constou expressamente que o Poder Executivo daquele país iria criar, até o terceiro trimestre de 2011, a arbitragem no direito tributário.

O Governo abordará os estrangulamentos no sistema de impugnações fiscais através de: i. revisão da avaliação do desempenho das inspeções baseada em indicadores tanto qualitativos como quantitativos; [T3-2011] ii. Aplicação de juros sobre o total dos montantes em dívida durante a totalidade do período do procedimento judicial, utilizando uma taxa de juro superior à corrente no mercado. Impor um juro legal especial quando se verificar o não cumprimento de uma decisão do tribunal fiscal; [T3-2011] iii. Implementar a nova lei de arbitragem fiscal; [T3-2011] iv. Estabelecer um sistema integrado de tecnologias de informação entre a administração fiscal e os tribunais fiscais; [T4-2011] v. criar um grupo de trabalho temporário constituído por juízes até ao T2-2011 para resolver casos com valores superiores a 1 milhão de euros até ao T4-2012. (BANCO DE PORTUGUAL, 2011, p. 15)

A exigência de uma justiça mais célere foi condição para aquele país receber ajuda financeira externa, justamente para viabilizar que investimentos feitos por empresas estrangeiras não fossem demasiadamente onerados com custos inerentes à demora de um processo (administrativo ou judicial) que envolva a matéria tributária. Causa enorme insegurança a qualquer pessoa, agente econômico ou não, expectativa de se esperar mais de dez anos para saber qual o resultado final de determinado conflito. E ambiente de instabilidade implica menores investimentos e redução ou desaceleração dos negócios e da dinâmica empresarial.

O direito e a economia andam em conjunto, de forma que o grau de eficácia de determinado instituto jurídico deve ser levado em conta na adoção de políticas públicas e na criação de programas ou regimes que buscam melhorar a percepção social e a concretização de direitos constitucionais, dentre os quais o acesso à justiça e a duração razoável do processo. A concretização desses direitos certamente trará impactos positivos na atividade econômica e nos negócios realizados não só no Brasil como no exterior por agentes econômicos transnacionais. A sociedade civil e a Administração Pública devem observar o princípio da eficiência.

Conforme indicam Zylbersztajn e Sztajn (2005, p.03), o Direito influencia e é influenciado pela Economia e as organizações influenciam, assim como são influenciadas pelo ambiente institucional. É indiscutível, então, que a dinâ-



mica existente no mundo empresarial não comporta a demora corrente, retardando, com isso, do Poder Judiciário a legitimidade que se espera enquanto pacificador social por excelência (RODRIGUES, 2009).

A percepção de que o mau funcionamento do Poder Judiciário tem impacto de peso sobre o desempenho da economia é relativamente recente e reflete o crescente interesse do papel das instituições como determinante do desenvolvimento econômico (FARIA, 2007).

[...]

Consoante Faria (2007) bem pontua, a morosidade na solução dos litígios é fator de inibição de investimentos na economia e a demora na prestação da tutela jurisdicional acarreta vários impactos no setor, sendo um dos resultados o arrefecimento da atividade econômica, que requer segurança jurídica para atuar. (LEAL JÚNIOR; BALEOTTI, 2012, p. 78-79)

Nesse sentido, a justificativa utilizada para a adoção do regime da arbitragem tributária em Portugal também se faz presente no contexto brasileiro. Como consta da exposição de motivos do Decreto-Lei nº 10/2011, que criou o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária, sua introdução buscou alcançar três objetivos principais: reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos; imprimir maior celeridade na resolução de conflitos de matéria tributária; reduzir a pendência de processos nos tribunais. Essa incapacidade dos tribunais de darem uma resposta rápida é relacionada com o elevado grau de litigância e a crescente complexidade e sofisticação do direito tributário.

Verifica-se, destarte, que após o ano de 2011, a arbitragem tem um importante papel na sociedade lusitana, contudo, houve também questionamentos sobre sua implementação, notadamente no que tange às questões Constitucionais.

Tais inquietações foram enfrentadas por Canotilho: “Constituição dá cobertura à criação de Tribunais Arbitrais (artigo 209º/2), entendendo-se que esta norma abrange os Tribunais voluntários (...) ao admitir tribunais arbitrais, parece não afastar a ideia de reserva de juiz nas vestes de juiz arbitral”. (CANOTILHO, 2002, p. 665)

No mais, após intenso debate, foi superado o dogma da indisponibilidade do crédito tributário (PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA, 2019, p. 31), dando azo a uma efetiva implementação da arbitragem tributária.

Assim, considerando que a arbitragem tributária iniciou-se em Portugal em 2011 com 26 processos cujos valores totalizavam 17,3 milhões de euros, em 2017 foram instaurados 696 litígios arbitrais, representando o montante de 228,5 milhões de euros. (PISCITELLI; MASCITTO; MENDONÇA, 2019, p. 6)

Tais números demonstram que houve uma efetiva adesão à arbitragem tributária, que está em constante crescimento, sendo, portanto, um meio efetivo de solução de litígios culminando com a satisfação de créditos tributários.

Os dados comprovam que a arbitragem em Portugal demora em média de 4,5 meses, enquanto no Estado um litígio perdura em média de 5,4 anos. (PETIZ, 2019) Essa grande diferença no tempo de duração do processo é um dos fatores atrativos para utilização do instituto.

Conclui-se que utilizando Portugal, como exemplo, identificando os êxitos e fracassos do procedimento arbitral português, na tentativa de minimizar os possíveis entraves no orde-

namento brasileiro, devemos estudar e discutir sua efetiva implementação, não se fazendo “mero transplante” da experiência portuguesa no tocante a arbitragem tributária, mas utilizando-a como paradigma a fim de implementar-se efetiva e adequadamente no sistema jurídico nacional.

## 4. CONCLUSÃO

Vive-se um momento de busca de alternativas ao sistema judicial, com a implementação efetiva de meios adequados de resolução de conflito.

Não sendo proibida a arbitragem para a solução de conflitos tributários, de bom alvitre seria a edição de lei federal que regulamentasse o seu procedimento.

Não há empecilho constitucional ou discussão sobre a legitimidade dessa via, mas deve-se analisar a sua adequação e viabilidade e criar estímulos para que sua utilização seja real e efetiva.

São várias as justificativas para adoção desse adequado meio de solução de litígios na esfera tributária. Podemos mencionar as transformações do modelo de Estado e sua relação com a sociedade e com o mercado interno e exterior sugerem a necessidade de diversas mudanças no desenho e modelagem nesses vínculos, desenvolvendo uma postura mais transparente, aberta e menos autoritária nas relações fisco contribuintes. De outra banda, necessária se faz a adoção de novas formas de solução das controvérsias tributárias, que tragam melhores resultados tanto quantitativamente quanto qualitativamente.

Quanto aos supostos óbices à implementação da arbitragem tributária, ou seja, a indisponibilidade do crédito tributário e a renúncia de receita, denota-se certo consenso de que são superáveis, apresentando uma evolução da interpretação superando a concepção tradicional da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e do crédito tributário, bem como o papel do Estado nesse regime democrático.

Tendo os administradores públicos o dever de com responsabilidade, eficiência e respeito aos direitos fundamentais, devem desenvolver e estimular ações que implementem tais norma norteadoras.

Nesse cenário, a criação e implementação efetiva de meios de soluções de controvérsias torna-se relevante para que se possa superar os problemas e entraves existentes no sistema tradicional e aproximar um pouco mais os sujeitos (ativo e passivo) da relação jurídica tributária. A arbitragem em matéria tributária pode ser uma das soluções possíveis para concretizar esses ideais.

A via do processo administrativo como o judicial não acompanhou as mudanças ocorridas nos últimos vinte anos, que incluem um assombroso progresso tecnológico que encurtou distâncias e tempo. Essas duas vias tornaram-se excessivamente demoradas e custosas às partes envolvidas e não geram mais os resultados minimamente desejáveis. Decisões proferidas dez anos ou mais após o início da ação são comuns no panorama brasileiro, mas que não responde aos anseios sociais e econômicos aos jurisdicionados.

De acordo com pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar) em 2012, os entrevistados, dentre eles árbitros, advogados, membros de departamentos jurídicos de empresas e câmaras arbitrais apontaram que a principal vantagem concreta da arbitragem consiste na redução o tempo necessário para ter uma solução definitiva para o conflito.

Nesse contexto, o Projeto de Lei nº 4.257/2019 mencionado anteriormente, altera a Lei de Execuções Fiscais, possibilitando assim o uso da arbitragem de débitos objetos de execução fiscal, garantindo o débito por depósito, fiança ou seguro.

Cuida-se de importante passo na adoção de mecanismos para solução de conflitos, diversos da via adjudicada da decisão judicial pelo Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Arbitragem no Brasil: pesquisa CBar- Ipsos*. São Paulo. Disponível em: [https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa\\_CBar-Ipsos-final.pdf](https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf). Acesso em: 15 jan. 2020.

ASSONI FILHO, Sérgio. *Crédito público e responsabilidade fiscal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007.

BANCO DE PORTUGAL. Eurosistema. *Tradução do conteúdo do memorando de entendimento sobre as condicionais de política económica*. 17 maio 2011. Disponível em: [https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos-mou\\_pt.pdf](https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos-mou_pt.pdf). Acesso em: 19 jan. 2020.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 26 fev. 2020

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.257, de 2019*. Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 253.885*. Brasília, DF, 4 de jun. 2002. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28253885%2ENUME%2E+OU+253885%2EA-CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5gqllue>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Editora Livraria Almedina, 2002.

DACOMO, Natalia de Nardi. *Direito tributário participativo: transação e arbitragem administrativas da obrigação tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FORTE, Micheline. O mito da impossibilidade de autocomposição em relação à direitos indisponíveis. In: *CÂMERA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ESPECIALIZADA (CAMES)*. São Paulo, 29 jun. 2018. Disponível em: <https://www.camesbrasil.com.br/o-mito-da-impossibilidade-de-autocomposicao-em-relacao-a-direitos-indisponiveis/>. Acesso em: 11 fev. 2020.

GIANNETTI, Leonardo Varella. *Arbitragem no direito tributário brasileiro: possibilidade e procedimentos*. 2017. 390 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,

Belo Horizonte, 2017. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_GiannettiLVa\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GiannettiLVa_1.pdf). Acesso em: 12 fev. 2020.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; BALEOTTI, Francisco Emílio. Acesso à justiça e os impactos da morosidade judicial nos negócios jurídicos empresariais. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 134, jul. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/15005/9456>. Acesso em: 20 jan. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDONÇA, Priscilla Faricelli de. *Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias*. 2013. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-135619/publico/dissertacao\\_mestrado\\_final\\_Priscila\\_Faricelli\\_de\\_Mendonca.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-135619/publico/dissertacao_mestrado_final_Priscila_Faricelli_de_Mendonca.pdf). Acesso em: 17 jan. 2020.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. MORAES, Daniela Marques de. O tempo da justiça no código de processo civil. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 76, p. 135-154, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2062>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PETIZ, Joana. Processos fiscais: arbitragem resolve em 4,5 meses, Estado demora 5,4 anos: arbitragem é cada vez mas vista como uma solução eficaz para resolver problemas fiscais. *In: DINHEIRO vivo*. 12 abr. 2019. Disponível em: <https://www.dinheirovivo.pt/economia/processos-fiscais-arbitragem-resolve-em-45-meses-estado-demora-54-anos-12785976.html>. Acesso em: 25 fev. 2020.

PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Arbitragem Tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TORRES, Heleno Taveira. Viabilidade de implementação da arbitragem tributária no Brasil. 1 vídeo (3:00:23). Publicado pelo canal FGV Direito SP. Disponível em: <https://youtu.be/vleEw9olx8U>. Acesso em: 27 fev. 2020.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 17, n. 2, p. 237-253, 2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970/2313>. Acesso em: 11 jun. 2021.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; LIMA, Ticiani Garbellini Barbosa. Sociedade litigiosa: buscando soluções inconventionais para resolver conflitos massificados. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, n. 22, p. 292-308, 7 ago. 2014. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/295>. Acesso em: 11 jun. 2021.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 06/04/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 12/04/2021
- Avaliação 1: 27/04/2021
- Avaliação 2: 07/06/2021
- Decisão editorial preliminar: 08/06/2021
- Retorno rodada de correções: 11/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 13/06/2021

#### Equipe editorial envolvida

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

# SOBRE RUPTURAS, MODERNIDADE E O NOVO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINO- AMERICANO<sup>1</sup>

ON RUPTURES, MODERNITY AND THE NEW LATIN  
AMERICAN DEMOCRATIC CONSTITUTIONALISM

VITOR GONÇALVES MACHADO<sup>2</sup>  
DAURY CESAR FABRIZ<sup>3</sup>

## RESUMO

O Estado Nacional sofre dificuldades para cumprir seus pressupostos. Não é diferente em países da América Latina, que sofreram e ainda sofrem, desde 1492, com um desocultamento e a perda de seus traços culturais, imposto pela modernidade fundada na hegemonia europeia. Por meio de uma revisão de literatura de alguns dos principais autores que constroem a ideia de um novo constitucionalismo democrático latino-americano, é possível perceber que as Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, inauguraram, além desse novo modelo de constitucionalismo, o chamado Estado Plurinacional, ainda não presenciado em nosso país. Os textos constitucionais desses países realçam as noções de *Pachamama* e *Bem Viver*, aspectos típicos da filosofia andina, em contraposição com os valores eurocentrados. No entanto, ainda não houve uma ruptura total com o projeto da modernidade, tendo em vista, principalmente, as dificuldades de superação do sistema capitalista e do modo de viver individualista e antropocentrista.

**Palavras-chave:** novo constitucionalismo latino-americano; modernidade; ruptura; Constituição da Bolívia; Constituição do Equador.

## ABSTRACT

*The National State is struggling to fulfill its assumptions. It is no different in Latin American countries, which have suffered and still suffer, since 1492, with an unveiling and the loss of their cultural traits, imposed by*

- 1 Artigo científico fruto das discussões ocorridas durante a disciplina de "Teoria da Constituição", no Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (PPGD/FDV) – Doutorado.
- 2 Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória - FDV). Mestre em Direito Processual (UFES). Pós-Graduado em Direito do Estado e em Ciências Criminais (Universidade Anhanguera). Foi Professor Substituto de Direito Empresarial (UFES). Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9401-5331>.
- 3 Doutor e Mestre em Direito (UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais). Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH). Professor da Pós-Graduação em Direito da FDV, Vitória/ES, Brasil. Professor do Curso de Graduação em Direito da UFES. Professor coordenador do Grupo de Pesquisa "Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais" (FDV). Advogado.

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

MACHADO, Vitor Gonçalves; FABRIZ, Daury Cesar. Sobre rupturas, modernidade e o novo constitucionalismo democrático latino-americano. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 23-37, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8382>.



*modernity founded on European hegemony. Through a literature review of some of the main authors who build the idea of a new democratic constitutionalism in Latin America, it is possible to see that the Constitutions of Ecuador, 2008, and Bolivia, 2009, inaugurated, in addition to this new model constitutionalism, the so-called Plurinational State, not yet witnessed in Brazil. The constitutional texts of these countries highlight the notions of "Pachamama" and "Bem Viver", typical aspects of Andean philosophy, in contrast to the Eurocentric values. However, there has not yet been a total break with the project of modernity, mainly of the difficulties of overcoming the capitalist system and the individualist and anthropocentric way of life.*

**Keywords:** new Latin American constitutionalism; modernity; Break; Bolivian Constitution; Ecuador's Constitution.

## 1. INTRODUÇÃO

*"Um beijo o bem do corpo em paz  
Que faz com que tudo aconteça  
E o amor que traz a luz do dia  
E deixa que o Sol apareça  
Sobre a América  
Sobre a América  
Sobre a América do Sul"  
(Belchior, "Voz da América")*

Vivemos em uma mudança de época (modernização compulsória), o que é diferente de afirmar que vivemos em uma época de mudanças. A velocidade das relações tem determinado uma nova forma de pensar e compreender as próprias relações (humanas, comerciais, internacionais etc.). E qual o papel que o Estado, e sua Constituição, tem sobre isso? Existiria uma autonomia em nosso pensamento, em nosso modo de ser, baseado no constitucionalismo que vivenciamos?

O Estado Nacional – uma expressão que advém do constitucionalismo moderno –, em um entendimento mais crítico, sofre uma série de dificuldades para cumprir seus pressupostos. E no Brasil não é diferente. O fenômeno da globalização é um dos exemplos que causa dificuldades para implantar o Estado Nação. Dessa forma, a globalização certamente é um primeiro fator de entrave para que a ideia de Estado Democrático de Direito possa ser cumprida materialmente, pelo menos para que haja maior participação popular.

Presencia-se uma fadiga da democracia, onde a principal indagação que se faz é a respeito de quem se sente representado no campo político.

Mirando o Brasil, em especial, constatamos que não houve um processo revolucionário de constitucionalismo em sua trajetória histórico-política. Parece que até hoje não se acostuiu, ou não foi encontrado, um Estado Nacional, sobretudo porque ainda não existe em solo brasileiro um sentimento de pertença. Vive-se aqui um Estado Nacional artificial.

Não houve no Brasil uma mudança, uma ruptura com as estruturas arcaicas, mesmo após a passagem da Monarquia para a República. Um grande exemplo dessa ausência de ruptura é a permanência do racismo (racismo estrutural) na sociedade brasileira, impregnado desde a ideia que se instalou no país da democracia racial, ainda no início do século XX.

E, afinal, existe apenas uma Teoria da Constituição, ou podemos pensar e efetivamente implantar uma nova ou outra teoria a ser consagrada nos países latino-americanos? Além

desse questionamento, enfrentaremos como problema de pesquisa: houve uma ruptura total, a partir das Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008), com o projeto da modernidade, que impôs valores eurocentrados na América Latina?

Com esse pensamento e essas iniciais indagações, busca-se com o presente trabalho fazer uma revisão de literatura com alguns dos principais autores que constroem a ideia de um novo constitucionalismo democrático latino-americano, que possa sua base ser utilizada, quem sabe, em solo latino-americano, incluindo o Brasil. Antes disso, precisamos enfrentar temas que dizem respeito ao constitucionalismo e à modernidade.

## 2. SOBRE DESOCULTAMENTO, MODERNIDADE, LÓGICA BINÁRIA, COLONIALIDADE DO PODER E A “MORTE” DOS TRAÇOS CULTURAIS LATINO-AMERICANOS

O presente capítulo aborda fundamentalmente as perspectivas de José Luiz Quadros de Magalhães e Aníbal Quijano sobre modernidade, eurocentrismo e o desaparecimento dos traços culturais do povo latino-americano.

De acordo com José Luiz Quadros de Magalhães, “vivemos em um momento de desocultamento”. Ainda segundo o autor, “a modernidade, fundada sobre um *projeto de hegemonia europeia, encontra-se em crise radical* e toda a diversidade ocultada começa a ser revelada e se rebela de forma, em muitos casos, difusa” (MAGALHÃES, 2017, p. 125) (destacou-se). Essa reflexão é válida neste início para que possamos compreender a questão que Magalhães tanto aborda em sua temática: a ideia de *romper com a modernidade*.

Para o autor, a modernidade pode ser compreendida como uma realidade de poder e um projeto de poder, responsáveis pela construção do estado moderno, da economia moderna e do próprio direito moderno a partir de uma data simbólica que delimita o espaço temporal desta realidade. Essa data simbólica é o ano de 1492 (MAGALHÃES, 2014)<sup>4</sup>.

Os discursos da modernidade, na concepção de Magalhães, são oriundos de governos do “norte”, os seja, de nações colonizadoras, desenvolvidas, que insistem nos mesmos discursos e nas mesmas práticas excludentes para solucionar problemas que são da essência da modernidade. O autor reflete que esses problemas apenas poderão ser superados “com a construção de uma outra sociedade, uma outra economia, uma outra forma de fazer política e democracia, fundadas em outros valores, sustentados pela diversidade não hegemônica, tanto como direito individual como também direito coletivo” (MAGALHÃES, 2017, p. 125).

Ainda de acordo com Magalhães, “a modernidade se funda na negação da diferença e da diversidade, tanto em uma perspectiva individual como coletiva” (MAGALHÃES, 2017, p.

4 O ano de 1492 é escolhido por três grandes razões, de acordo com Magalhães: i) invasão da “América” pelos “europeus”, marcando o início da construção da hegemonia europeia, ou, em outras palavras, do eurocentrismo. A partir daí inicia-se uma hegemonia econômica, militar e cultural europeia. Também a partir desse ano o Estado Moderno acabou introduzindo instituições fundamentais para o capitalismo que vigora até os dias atuais (exemplos: bancos nacionais; moedas; burocracia estatal e administração do sistema tributário; polícia nacional; exército; presídios etc.); ii) a expulsão do “outro” diferente (ou “outros diferentes”) e a uniformização dos menos diferentes; iii) ano de 1492 é quando temos a primeira gramática normativa: o castelhano, advindo daí o aperfeiçoamento do controle do pensamento (vide: MAGALHÃES, 2014).

125). Sustenta o autor que o *Estado Moderno necessita dessa uniformização*, dessa padronização tanto de valores quanto de pessoas e seus comportamentos, almejando “viabilizar o seu projeto de um poder hegemônico, centralizado, capaz de oferecer segurança e previsibilidade para os que construíram o Estado e o direito modernos: os nobres, os burgueses e o rei” (MAGALHÃES, 2017, p. 125)<sup>5</sup>.

Elevando a perspectiva de conflito que a modernidade redonda, Aníbal Quijano entende que “a modernidade é (...) também uma questão de conflito de interesses sociais. Um deles é a contínua democratização da existência social das pessoas. Nesse sentido, todo conceito de modernidade é necessariamente ambíguo e contraditório” (QUIJANO, 2005, p. 125).

Dessa forma, José Luiz Quadros de Magalhães ressalta três pontos nucleares da modernidade: que o projeto moderno é (i) hegemônico, (ii) uniformizador e (iii) fundado na lógica do “nós” versus “eles”. Em resumo, assim compreende o autor sobre o que denomina de projeto moderno:

- i) Ele é hegemônico, ou seja, haverá sempre um grupo considerado hegemônico (soberano, superior) e diversos grupos excluídos, ocultados.
- ii) Ele é uniformizador, no sentido de que os mais diferentes serão considerados expulsos (mortos, torturados, presos ou jogados na miséria), enquanto que os menos diferentes serão uniformizados.
- iii) Por fim, ele é fundado na lógica binária do “nós” versus “eles”, considerando o “nós” os indivíduos civilizados, superiores e europeus, e os “eles” os selvagens, bárbaros, judeus, índios, africanos, muçulmanos, aborígenes (podemos acrescentar), mulheres, homossexuais (podemos acrescentar), ciganos (podemos acrescentar), inferiores, incivilizados, preguiçosos etc. (MAGALHÃES, 2017, p. 125)

Nesse último item, funda-se o projeto moderno também em uma lógica narcisista, seguindo um pensamento no qual “sou melhor porque não sou o outro inferior ou, sou espanhol, sou europeu, uma vez que não sou selvagem, bárbaro, infiel, índio, negro ou muçulmano” (MAGALHÃES, 2017, p. 125).

A sociedade hegemônica vista dessa maneira tem relação com uma perspectiva de conhecimento cunhada de *eurocentrismo*. Segundo Aníbal Quijano, o processo de modernidade produziu um caráter do padrão mundial de poder: *colonial/moderno, capitalista e eurocentrado*. Essa perspectiva e modo concreto de produzir conhecimento se reconhecem como eurocentrismo (QUIJANO, 2005, p. 126).

Para Quijano (2005), o eurocentrismo é uma perspectiva de conhecimento que foi constituída conforme a necessidade do padrão mundial do poder capitalista, colonial/moderno, eurocentrado e estabelecido a partir da América (daí a importância do marco identificado por Magalhães: o ano de 1492). Ele é uma categoria que se refere a uma específica racionalidade que se tornou mundialmente hegemônica, no sentido de colonizar e sobrepor-se a todas as

5 Aníbal Quijano entende homogeneização dessa maneira: “A homogeneização é um elemento básico da perspectiva eurocentrista da nacionalização. Se assim não fosse, não se poderia explicar, nem entender, os conflitos nacionais nos países europeus cada vez que se coloca o problema das diferenças étnico-raciais dentro da população. Não se poderia entender tampouco, de outro modo, a política eurocêntrica de povoamento favorecida pelos liberais do Cone Sul da América Latina, nem a origem e o sentido do assim chamado ‘problema indígena’ em toda a América Latina. Se os fazendeiros peruanos do século XIX importaram chineses, foi precisamente porque a questão nacional não estava em jogo para eles, e sim o puro interesse social. Foi por essa perspectiva eurocentrista, fundada na colonialidade do poder, que a burguesia senhorial latino-americana tem sido inimiga da democratização social e política como condição de nacionalização da sociedade e do Estado” (QUIJANO, 2005, p. 142) (destacou-se).

demais perspectivas de conhecimento e modos de conhecer (isto é, culturas, valores, modos de produção etc.), mesmo que prévias ou diferentes, na Europa e no resto do mundo (QUIJANO, 2005, p. 126).

Já em relação à lógica binária da expressão “nós versus eles”, Magalhães assevera que tal lógica deve ser compreendida para que seja, ao final, superada. Ela está dentro de nossa cabeça. Mas é exatamente essa lógica que sustenta a modernidade e todas as relações sociais e econômicas. E, “enquanto não compreendermos isto, não sairemos deste círculo infinito de violência e exclusão” (MAGALHÃES, 2017, p. 126). Sendo assim, “é preciso romper com a modernidade e desocultar a diversidade, criando uma sociedade não hegemônica, sem ‘nós’ ou ‘eles’; sem ‘civilizados’ ou ‘incivilizados’; sem proprietários e empregados” (MAGALHÃES, 2017, p. 126).

Esclarece o citado autor, em outro texto, que é preciso debater/refletir também sobre outra lógica binária: a da uniformização (ou homogeneização) versus diversidade. Isto porque o Estado Moderno, como verificamos, é uniformizador, normalizador de condutas, valores e pensamentos. Portanto, é necessário que se “crie uma nova identidade por sobre as identidades pré-existentes” (MAGALHÃES, 2010, p. 85).

Nessa linha, parece-nos apropriada a incursão sobre *colonialidade do poder* de que trata Aníbal Quijano, expressão esta que significa “a relação entre a dominação que ocorria nas colônias em decorrência da classificação em identidades raciais e da divisão social do trabalho, com a que até hoje existe” (SIMÕES, 2017, p. 111). Nas palavras de Aníbal Quijano:

La colonialidade es uno de los elementos constitutivos y específicos del patrón mundial de poder capitalista. Se funda en la imposición de una clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular de dicho patrón de poder y opera en cada uno de los planos, ámbitos y dimensiones, materiales y subjetivas, de la existencia social cotidiana y a escala societal. Se origina y mundializa a partir de América (QUIJANO, 2014, p. 285-286)<sup>6</sup>.

Quijano afirma que foi na América que ocorreu o primeiro espaço de *id-entidade* da modernidade, com a codificação das diferenças entre conquistados e conquistadores baseada principalmente na *ideia de raça*<sup>7</sup>, o que denotava uma situação de inferioridade e apresentava-se, assim, como o principal elemento constitutivo da relação de dominação que a conquista exigia. A ideia de raça acabou produzindo na América identidades sociais historicamente novas (índios, negros e mestiços) e redefiniu outras identidades, como os termos “espanhol”, “português” e “europeu”, que adquiriram também uma conotação racial (QUIJANO, 2005, p. 117). A ideia de raça, na América, serviu como uma forma de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pelos “conquistadores”, ou seja, uma relação de superioridade/inferioridade entre dominantes e dominados. O autor assevera que os dominados foram colocados numa situação natural de inferioridade, tendo seus traços fenotípicos e suas descobertas mentais e culturais postos também em uma situação inferior (QUIJANO, 2005, p. 118).

6 Tradução dos autores: “A colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial do poder capitalista. Funda-se na imposição de uma classificação racial/étnica da população mundial como a pedra angular do dito padrão de poder e opera em cada um dos planos, âmbitos e dimensões, materiais e subjetivos, da existência social cotidiana e no nível societal. Origina-se e mundializa-se a partir da América”.

7 Para Quijano, “a ideia de raça é, literalmente, uma invenção. Não tem nada a ver com a estrutura biológica da espécie humana” (QUIJANO, 2005, p. 141).

Em relação aos povos que se encontravam na América ao tempo da colonização, houve a criação de uma nova identidade racial que era de aspecto marcadamente colonial e negativa: os índios. Mais tarde, com os povos trazidos da África como escravizados, houve a redução de suas identidades também de maneira colonial e negativa:

[...] No momento em que os ibéricos conquistaram, nomearam e colonizaram a América (cuja região norte ou América do Norte, colonizarão os britânicos um século mais tarde), *encontraram um grande número de diferentes povos, cada um com sua própria história, linguagem, descobrimentos e produtos culturais, memória e identidade*. São conhecidos os nomes dos mais desenvolvidos e sofisticados deles: astecas, maias, chimus, aimarás, incas, chibchas, etc. *Trezentos anos mais tarde todos eles reduzem-se a uma única identidade: índios. Esta nova identidade era racial, colonial e negativa. Assim também sucedeu com os povos trazidos forçadamente da futura África como escravos: achantes, iorubás, zulus, congos, bacongos, etc. No lapso de trezentos anos, todos eles não eram outra coisa além de negros.* (...) Esse resultado da história do poder colonial teve duas implicações decisivas. A primeira é óbvia: todos aqueles povos foram despojados de suas próprias e singulares identidades históricas. A segunda é, talvez, menos óbvia, mas não é menos decisiva: *sua nova identidade racial, colonial e negativa, implicava o despojo de seu lugar na história da produção cultural da humanidade* (QUIJANO, 2005, p. 127) (destacou-se).

No Brasil, Quijano afirma que os negros nada eram além de escravizados, e a maioria dos índios “constituía-se de povos da Amazônia, sendo desta maneira estrangeiros para o novo Estado” (QUIJANO, 2005, p. 134).

Veja-se, portanto, que as abruptas formas de pensar, de ser e de sentir que trouxe a modernidade para os latino-americanos, em sua forma eurocentrada e após 1492, impactou de forma negativa nossos laços culturais, nossos bens comuns naturais, nossa forma de ser enquanto povo originário da América Latina. Muitos países tentam resgatar essas marcas dos povos originários desta região, culminando no que se cunhou de “novo constitucionalismo latino-americano”.

### 3. O QUE É O “NOVO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINO-AMERICANO”?

Para buscarmos uma superação das noções – que estão em crise – da modernidade (direito moderno, Estado moderno, individualismo etc.), buscando superar o pensamento eurocentrado, pensa-se em uma nova forma de enxergar as Constituições a partir de novos olhares, ou, em outras palavras, de uma nova Teoria da Constituição, se assim for possível.

Em nosso caso, é válido trazer reflexões sobre o que se tem denominado de *novo constitucionalismo democrático latino-americano*, o qual também já se designou com outros nomes:

constitucionalismo pluralista<sup>8</sup>; constitucionalismo plurinacional; constitucionalismo andino; e constitucionalismo transformador.

José Luiz Quadros de Magalhães sustenta que o século XXI começou com uma importante novidade: o advento do Estado Plurinacional. O autor identifica que esse Estado, enquanto uma construção social, desafia a Teoria da Constituição moderna. Magalhães enxerga nas Constituições da Bolívia e do Equador uma radical mudança que representa uma ruptura paradigmática tanto com o constitucionalismo moderno quanto com a própria modernidade (MAGALHÃES, 2010, p. 83).

Antonio Carlos Wolkmer (2013, p. 29) ressalta que o constitucionalismo moderno/tradicional não é mais integralmente satisfatório. Esse constitucionalismo não foi suficiente para explicar as sociedades colonizadas. Esse tipo de constitucionalismo não consegue elucidar claramente a ruptura com as sociedades europeias (as metrópoles europeias) e a continuidade desse constitucionalismo nas relações presentes nas sociedades coloniais no decorrer dos séculos XIX, XX e começo do XXI.

Dessa forma, o novo constitucionalismo democrático latino-americano “aparece como uma alternativa de superação das engrenagens uniformizadoras do estado moderno” e como “fundamento para a construção de um outro sistema mundo”, superando este sistema que foi “construído a partir da hegemonia ‘ocidental’ moderna” (MAGALHÃES, 2017, p. 131). Magalhães discorre que este “novo constitucionalismo democrático” na América Latina surge especialmente através das Constituições da Bolívia e do Equador. Wolkmer (2013, p. 39) também agasalha o mesmo entendimento, asseverando que houve nestes países um espaço estratégico de inspiração e legitimação, o qual busca o desenvolvimento de paradigmas das novas sociabilidades coletivas – isto é, dos povos originários, indígenas e afrodescendentes –, bem como a afirmação dos direitos aos bens comuns naturais e culturais.

Wolkmer cita Raquel Fajardo, a qual entende que o impulso oficial do novo constitucionalismo na América Latina tem sido marcado por 3 (três) grandes ciclos (FAJARDO apud WOLKMER, 2013, p. 29-30): i) pluralismo jurídico; ii) relações Estado – Povos indígenas; e iii) direito à identidade e à diversidade cultural. Acrescentando, temos que este é um constitucionalismo que adota práticas biocêntricas desafiadoras; protege bens comuns naturais; protege a diversidade de culturas minoritárias; adota políticas de desenvolvimento sustentável; dá força incontestável aos povos indígenas do continente; e materializa novos atores sociais e realidades plurais (WOLKMER, 2012, p. 32-33).

Abaixo, elaboramos uma cronologia das Constituições latino-americanas que, ao final, chegam a esse novo momento que vivenciamos ou, ao menos, visualizamos em certos povos latino-americanos (“novo constitucionalismo democrático latino-americano”). Seguimos a classificação que foi realizada por Luis Ortiz-Alvarez e Jacqueline Lejarza, citados por Milena Patters Melo (2013, p. 69-70). Porém, como os autores elaboraram o estudo no final da década de 1990, por isso não abarcaram algumas Constituições, as quais não foram olvidadas por nós nesta cronologia:

8 Antonio Carlos Wolkmer escreve que esse constitucionalismo “pluralista e intercultural” é uma “síntese de um constitucionalismo indígena, autóctone e mestiço” (WOLKMER, 2013, p. 32-33).



- a) Primeiro período: i) México, 1917; ii) Costa Rica, 1949;
- b) Segundo período (anos 1960 e 1970): iii) Venezuela, 1961; iv) República Dominicana, 1966; v) Uruguai, 1966; vi) Bolívia, 1967; vii) Panamá, 1972; viii) Cuba, 1976;
- c) Terceiro período (anos 1980): ix) Chile, 1980; x) Honduras, 1982; xi) El Salvador, 1983; xii) Guatemala, 1985; xiii) Nicarágua, 1987; xiv) Brasil, 1988;
- d) Quarto período (década de 1990): período em que há em gestação “as modernas tendências do constitucionalismo latino-americano, com Constituições mais progressistas”<sup>9</sup>: xv) Colômbia, 1991; xvi) Paraguai, 1992; xvii) Peru, 1993; xviii) Equador, 1993 (com reformas em 1996); xix) Venezuela, 1999; xx) Equador, 2008; xxi) Bolívia, 2009. (MELO, 2013, p. 69-70)

Após as explanações sobre o novo constitucionalismo latino-americano, a principal leitura e reflexão que se faz é a respeito das Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009.

Para José Luiz Quadros de Magalhães, as Constituições da Bolívia e do Equador “[...] exigem a construção de uma outra teoria da constituição, de uma outra teoria do direito, de uma outra teoria do Estado. Elas exigem uma teoria não moderna, não hegemônica e, logo, não europeia” (MAGALHÃES, 2017, p. 120).

Assim, não temos que refletir sobre essas duas Constituições, que marcam a existência da configuração de Estados Plurinacionais, com olhos voltados para o que aprendemos em Teoria da Constituição sob o domínio da modernidade europeia (ou, nas palavras de Magalhães (2017), “teoria da constituição moderna europeia”). Temos que pensá-las a partir de outras teorias da constituição, as quais, se não existem, demandarão nosso esforço para construí-las.

De acordo com Magalhães, as Constituições da Bolívia e do Equador possuem um *potencial de ruptura radical* (em suas palavras, “potencial revolucionário de ruptura radical”), o que faz com que tenhamos maior cuidado em suas análises, não sendo recomendado utilizar as “lentes da teoria da constituição europeia moderna”, fato que “inviabilizará enxergar e logo compreender o potencial revolucionário de ruptura radical com a modernidade presentes nestas constituições” (MAGALHÃES, 2017, p. 120).

Magalhães sustenta que a realidade cultural e social dos povos da Bolívia e do Equador não pode ser vista como pertencente aos ordenamentos jurídicos europeus modernos. Foram justamente estes ordenamentos que “excluíram, ocultaram e tentaram uniformizar estas sociedades diversas” (MAGALHÃES, 2017, p. 120). Ao relatar esse problema, o autor aponta 12 (doze) eixos que devem ser percebidos, estudados e aprofundados para permitir reconhecer a importância que as experiências em curso nos dois países citados representam (MAGALHÃES, 2017, p. 120-121).

9 Reitera-se que Alvarez e Lajarza elaboraram este estudo no final dos anos 1990, por isso não abarcaram as Constituições da Venezuela, do Equador e da Bolívia.

### 3.1 DOZE EIXOS PARA PERCEBER O POTENCIAL DE RUPTURA RADICAL QUE AS EXPERIÊNCIAS NA BOLÍVIA E NO EQUADOR REPRESENTAM

Os doze eixos para permitir perceber, estudar e aprofundar sobre o potencial de ruptura radical que as experiências das Constituições equatoriana e boliviana representam, na concepção de José Luiz Quadros de Magalhães (2017, 2014, 2010), serão abordados, abaixo, de forma resumida.

Primeiro, há nessas Constituições o reconhecimento da *diversidade* enquanto direito individual e coletivo pelo ordenamento jurídico, onde haja a superação da uniformização (homogeneização) hegemônica, a partir de um padrão europeu. A diversidade se contrapõe ao pensamento monopolizado, homogeneizado. O que se percebe é que o Constitucionalismo Plurinacional busca romper com a dificuldade em se admitir o direito à diferença e o direito à diversidade enquanto direitos individuais.

Como segundo eixo, na linha do que discorremos acima, há o reconhecimento do direito tanto à diversidade quanto à *diferença* enquanto direito individual e coletivo. Busca-se, dessa maneira, a superação de qualquer padrão hegemônico estabelecido pelo Estado.

Terceiro, busca-se a superação da lógica binária fundada no dispositivo moderno *nós vs. eles*, da qual decorrem outros como inclusão vs. exclusão, capital vs. trabalho e culturalismo vs. universalismo.

Como quarto eixo encontramos a criação de *espaços de diálogo, intercultural, para além do multiculturalismo*. Dessa forma, permite-se a construção de um espaço comum, de um direito comum. Permite-se a construção de espaços de diálogos não hegemônicos em vista à construção de consensos.

Quinto, verifica-se por meio dessas Constituições uma substituição do sistema monojurídico (hegemônico) para um sistema *plurijurídico*. Com essa substituição, almeja-se propiciar a pluralidade de direitos de família, de propriedade e de jurisdições, e não mais a uniformização de valores e de outros direitos (de família e de propriedade, por exemplo) que seguem o padrão do direito moderno (hegemônico e uniformizador). Vale ressaltar que a uniformização do direito de propriedade e de família é que permite e sustenta o desenvolvimento do sistema capitalista como essência da economia moderna.

Como sexto eixo, há uma busca pela igualdade entre as chamadas jurisdição originária e a jurisdição ordinária. Esse eixo está na mesma linha do eixo da superação do sistema monojurídico por sistemas plurijurídicos, buscando a existência de vários direitos de família e de propriedade e a existência de tribunais (judiciários locais) capazes de solucionar os conflitos promovendo soluções consensuais.

Sétimo, a *natureza* passa a ser prioritária, entendida, ainda, como conceito integral. Nessa percepção, o sistema econômico deve se adequar ao respeito à vida enquanto totalidade sistêmica, e não o contrário. Pretende-se a superação da ideia de desenvolvimento sustentado, o que impõe o condicionamento da natureza e do meio ambiente às necessidades do capitalismo (o que implica mais consumo e mais produção como meta permanente). Em certos momentos, nessas Constituições, a natureza aparece como sujeito de direitos, em um autêntico giro biocêntrico em contraposição com o antropocentrismo.

Uma nova concepção de *pessoa* surge, com o fim de construir um conceito de pessoa plural, dinâmica e processual, que não se limita a um nome coletivo, rótulo, fato ou nome de família. Esse é considerado o oitavo eixo.

Como nono eixo, existe nas Constituições abordadas uma prioridade dada à chamada *democracia consensual*. Para superar a democracia meramente representativa e majoritariamente concorrencial, pretende-se adotar uma democracia consensual, baseada na busca do consenso para solucionar conflitos e na construção de políticas públicas.

Décimo eixo, há prioridade também para o denominado *judiciário consensual*, sendo dada a devida importância para a mediação.

Como décimo primeiro eixo temos a ideia de *pluralismo epistemológico* como fundamento do conhecimento, da democracia e da justiça *plural*.

Por fim, enquanto décimo segundo e último eixo de nosso estudo, verifica-se uma busca em superar a dicotomia *culturalismo vs. universalismo*, o que implica a superação do falso conceito de universalismo (europeu). Essa superação pode vir pela solução dialógica não hegemônica do direito plurinacional.

## 4. ESTADOS PLURINACIONAIS E AS CONSTITUIÇÕES QUE CONSAGRAM O “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO”

Até aqui, conseguimos identificar que as Constituições da Bolívia (de 2009) e do Equador (de 2008) são as principais referências quando tratamos do novo constitucionalismo democrático latino-americano. Porém, antes dessas, as Constituições da Colômbia, de 1991, e da Venezuela, de 1999, igualmente representaram marcos importantes na construção dessa nova forma de pensar e exercer o constitucionalismo.

A Constituição de 1991 da Colômbia trouxe estas características como as principais, segundo entendemos: inclusão de mecanismos de democracia participativa; elevação dos princípios da democracia, da participação e do pluralismo; melhoria no reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais; novidade para as jurisdições especiais: indígena, juízes de paz, jurisdição arbitral e conciliadores, e jurisdição eclesiástica; regulamentação do papel do Estado na economia (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2013, p. 52; WOLKMER, 2013, p. 30).

Já na Venezuela, o “Caracazo”, em 1989, representou o principal antecedente para a elaboração da Constituição anos depois. Foi um movimento onde milhares de pessoas foram às ruas contra a corrupção e o sistema elitista que ainda predominavam naquele país.

Assim, a Constituição de 1999 da Venezuela tem como características principais: possui intento independentista e anticolonial em face do tradicional modelo do Estado liberal de direito; busca a refundação da sociedade venezuelana com base na inspiração dos ideais libertadores de Simón Bolívar (1783-1830); possui forte apelo popular e vocação regeneracionista; inclusão de mecanismos de democracia participativa; pluralismo político consagrado entre seus valores superiores; Poder Público Nacional dividido em cinco poderes independen-

tes: Legislativo; Executivo; Judicial; Eleitoral; e Cidadão (que é a instância máxima); consagra os direitos dos povos indígenas e os direitos relacionados aos bens comuns naturais e culturais enquanto bens necessários à sobrevivência; adota um novo papel do Estado na economia (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2013, p. 54-55; WOLKMER, 2013, p. 31-32).

Nas Constituições da Bolívia e do Equador, principais referências que formam a base do novo constitucionalismo democrático latino-americano, podemos sintetizar que estes são os principais direitos e garantias fundamentais de ambos os textos constitucionais: proibição de tratamento discriminatório e desumano; direitos fundamentais à água, à alimentação e à habitação adequadas; direitos dos povos e nações indígenas originários; direitos da natureza (SIMÕES, 2017, p. 152-163).

Como características basilares da Constituição de 2008 do Equador, elencamos: possui um destacado giro biocêntrico (fundado na cosmovisão dos povos indígenas); consagra direitos próprios da natureza (*Pachamama*) e direitos ao desenvolvimento do *Bem Viver* (*buen vivir*), que significa boa vida, proveniente e sintonizado com as culturas indígenas andinas sulamericanas; há um fortalecimento do princípio da interculturalidade na esfera do direito à educação; existência de jurisdição indígena e jurisdição estatal; traz uma referência muito clara à concreta realização dos bens comuns (água, alimentação, ambiente sadio, cultura, educação, habitat, moradia, saúde, trabalho e segurança) como bens essenciais à vida e ao *bem viver* em harmonia com a natureza; consagra o direito ao acesso à água como um direito fundamental e irrenunciável (SIMÕES, 2017; WOLKMER, 2013, p. 33-35).

E na Constituição de 2009 da Bolívia, cujo texto avança para um modelo de Estado Plurinacional, destacamos como características basilares: busca a refundação do Estado boliviano de uma forma marcadamente indígena, anticolonialista e plurinacional; percebe-se amplo destaque para os direitos indígenas, os direitos à educação intercultural, o arrojado igualitarismo judicial e os direitos aos bens comuns relacionados à natureza (meio ambiente, recursos naturais, água e terra); assegura o diálogo intercultural na educação; enfatiza o uso prioritário da água para a vida, arrolado entre os principais bens comuns; consagra formalmente um Estado Constitucional Plurinacional, onde busca velar pela supremacia da Constituição e exercer o controle de constitucionalidade; reconhece, com sua pluralidade religiosa e espiritual, as raízes milenares dos povos indígenas originários; destaca o chamado *Vivir bien* (*viver bem*), buscando resgatar a visão de mundo andina com sua filosofia de vida e aspectos culturais e éticos; destaca também a noção de *Pachamama* (*Mãe Terra*), buscando a preservação e o equilíbrio da natureza com o mundo ao seu redor, com uma relevância para o biocentrismo em contraposição ao antropocentrismo (SIMÕES, 2017, p. 118, 124, e p. 152-163; WOLKMER, 2013, p. 36-38).

Vale observar que os preâmbulos das Constituições do Equador e da Bolívia reforçam a ideia de *buscar romper com a colonialidade em suas várias formas*, “estabelecendo uma nova forma de ver o mundo, desprovida do eurocentrismo que marcou a Modernidade” (SIMÕES, 2017, p. 136-137). Há um sentimento de que o colonialismo trouxe muitos prejuízos, e por isso mesmo é rejeitado, assim como o neoliberalismo (SIMÕES, 2017, p. 138).

Na nova Constituição boliviana assim como na equatoriana, percebe-se um grande esforço para não se perpetuar aspectos da colonialidade, e acreditamos que ambos os constituintes conseguiram nos seus textos consideráveis

conquistas, apesar do difícil processo porque tiveram que passar para ver aprovadas suas Constituições, inclusive com os retrocessos sofridos durante o próprio processo (SIMÕES, 2017, p. 138-139).

Percebe-se que as Constituições desses dois países buscam resgatar o passado, seus ancestrais, os povos indígenas, originários e camponeses, almejando, assim, dar força/proteção à *Mãe Terra* e ao *Bem Viver*. Essa é, portanto, uma filosofia andina.

Dois elementos nos aparecem como valores reforçados nas Constituições que consagram o novo constitucionalismo latino-americano, e que não observamos com a mesma centralidade e importância nos demais textos constitucionais de outras nações: *Pachamama* (*Mãe Terra*) e *Buen Vivir* (*Bem Viver*), no Equador, ou *Vivir Bien* (*Viver Bem*), na Bolívia. Como uma característica intrínseca do constitucionalismo latino-americano, o *bem viver* deve estar em harmonia com a *Pachamama*.

Esses dois valores fazem parte da filosofia andina, e foram bem explicados por Sandro Nery Simões (2017). Segundo o autor, *Pachamama* leva à noção de que as árvores, os animais, os rios, as flores e o próprio ser humano estão interligados, devendo ser preservada uma harmonia entre eles e o equilíbrio da natureza. Já a compreensão sobre *Bem Viver* caminha contra as noções que marcaram a Modernidade, percorridas no segundo capítulo: eurocentrismo, individualismo, busca pelo lucro etc. Essa visão de vida relaciona-se com aspectos culturais e éticos transmitidos por gerações, em um verdadeiro resgate, no plano constitucional, da visão de mundo andina.

Inclusive, no artigo 8º da Constituição da Bolívia de 2009 podemos presenciar um clássico ensinamento sobre a filosofia andina. No citado dispositivo legal, a Bolívia consagra no seu texto maior o compromisso de que o Estado assume e promove como princípios ético-morais da sociedade plural: *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (não sejas frouxo, não sejas mentiroso nem sejas ladrão); *suma qamaña* (viver bem); *ñandereko* (vida harmoniosa); *teko kavi* (boa vida); *ivi maraei* (terra sem mal); e *qhapaq ñan* (caminho ou vida nobre) (SIMÕES, 2017, p. 148).

Palavras como “avançar” e “romper” são utilizadas pelos autores e estudiosos do tema para compreender o que as Constituições da Bolívia e do Equador procuraram fazer, sobretudo quando em comparação ao constitucionalismo clássico europeu. Milena Patters Melo (2013, p. 76) assim discorre ao comentar sobre o novo constitucionalismo latino-americano:

Da análise dos novos textos constitucionais, especialmente as Constituições da Bolívia e do Equador, observa-se que, partindo do constitucionalismo clássico europeu, as novas Constituições procuram “avançar” sobretudo no que se refere à proteção ambiental e ao pluralismo cultural e multiétnico, conformando um modelo garantista que mira a sustentabilidade socioambiental: buscando equilibrar o uso dos recursos econômicos e ambientais e valorizar a diversidade histórico-cultural em favor de um modelo socioeconômico voltado a uma melhor qualidade de vida; o *buen vivir*, ou *sumak kawsay* (Constituição do Equador) e *suma qamaña* (Constituição da Bolívia).

Já Wolkmer, apenas sobre a Constituição do Equador:

A Constituição equatoriana rompe com a tradição constitucional clássica do Ocidente que atribui aos seres humanos a fonte exclusiva de direitos subjetivos e direitos fundamentais para introduzir a natureza como sujeito de direitos. (...) Trata-se da ruptura e do deslocamento de valores antropocên-

tricos (tradição cultural europeia) para o reconhecimento de direitos próprios da natureza, um autêntico “giro biocêntrico”, fundado nas cosmovisões dos povos indígenas (WOLKMER, 2013, p. 33-34).

Nesse sentido, é importante indagar se realmente o Estado Plurinacional, inaugurado com as Constituições da Bolívia e do Equador, representa uma ruptura total com o Estado Moderno ou uma variante desse modelo. Essa indagação igualmente foi objeto de reflexões por parte de Sandro Nery Simões (2017, p. 183). Já que as Constituições inauguram relevantes características em solo latino-americano e principalmente no âmbito dos direitos constitucionais, parece-nos, então, que houve uma ruptura com os elementos da modernidade e do eurocentrismo que questionamos no segundo capítulo.

Entretanto, a nosso ver, embora tenham realizado essa grande iniciativa de superar o pensamento binário e os elementos nefastos da modernidade, não houve efetivamente uma ruptura total por meio dos textos constitucionais em análise.

Para iniciar essa reflexão, Magalhães sustenta que não é possível a realização de consensos quando a minha satisfação depende da insatisfação do outro. Ademais, argumenta o autor que no sistema capitalista (e com as contradições binárias inerentes a esse sistema) não é possível uma democracia efetivamente consensual. Consensos em um sistema capitalista serão ideológicos, falsos, e consensos produzidos em outros sistemas tendem a sofrer distorções ideológicas negativas (MAGALHÃES, 2017, p. 131).

Nessa linha, o autor entende que uma ruptura total, envolvendo uma mudança paradigmática no campo da história e das ciências sociais, nunca poderá acontecer. Para ele, “o presente está impregnado de passado, assim como o futuro estará impregnado do presente” (MAGALHÃES, 2010, p. 83). Mas com isso Magalhães não quer dizer que nega as contribuições da modernidade europeia.

Na prática, ainda presencia-se o modelo capitalista como dominante nesses países, apesar de constar no texto constitucional aspectos relacionados ao modelo econômico comunitário, à interculturalidade, ao diálogo entre diferentes culturas, à proteção da natureza e do bem viver etc. Contudo, ainda não houve um rompimento com a estrutura de poder predominante dos Estados modernos. Sandro Nery Simões busca explicações para o que ocorre na Bolívia e no Equador:

Atualmente, ocorre um processo dialético nesses países, nos quais há uma tese e uma antítese evidentes, com um conflito de classes sociais (...). Mas ainda não se chegou a uma síntese, que significaria uma estrutura política diversa do Estado moderno, com sistema econômico em que predominasse um modo de produção distinto do capitalista (SIMÕES, 2017, p. 210).

Mesmo com essa constatação, que ainda não tem ocorrido ruptura como muitos de nós latino-americanos esperávamos (e ainda esperamos), há sim avanços presentes nas Constituições boliviana e equatoriana. Há a inauguração do modelo de constitucionalismo latino-americano, com a positivação no texto constitucional de expressões típicas da filosofia andina, como a defesa pela *Pachamama* e pelo modo de vida consagrado no *Bem Viver*. Todavia, a ruptura total e paradigmática não houve.

De fato, há um caminho em construção que busca superar o eurocentrismo, o individualismo, a busca pelo lucro e outras características que marcaram a “morte” dos traços culturais



latino-americanos a partir de 1492. Acreditamos, todavia, que ainda estamos longe de uma ruptura total.

## 5. CONCLUSÃO

O novo constitucionalismo democrático latino-americano foi construído principalmente por meio das Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008), buscando superar o modelo eurocentrado predominante, hegemônico, uniformizador e fundado na lógica binária do “nós” versus “eles. Porém, não se pode negar que foram marcos relevantes na construção desse novo constitucionalismo as Constituições da Colômbia, de 1991, e da Venezuela, de 1999.

Especificamente na Bolívia e no Equador, conseguimos observar a consagração de importantes aspectos da filosofia andina nos seus textos constitucionais, com destaque para as noções de *Pachamama* e *Bem Viver*. E no Brasil? É possível verificar algum avanço ou ruptura com o modelo eurocentrado e colonial?

Em nosso país, reiteramos que existe uma fadiga da democracia, sem reflexos de representação do povo no campo político. Discutiu-se, em 2018, sobre a necessidade de ser elaborada uma nova Constituição brasileira, porém verificamos que muitos desses discursos foram apenas casuais e, talvez, levados a efeito em razão dessa mencionada fadiga, aliada à ausência do poder público, sentida em muitos âmbitos, em efetivar direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Não houve e não há um processo revolucionário de constitucionalismo em nossa trajetória, muito embora já possamos constatar um início, apesar de ainda não efetivo nem final, de superação do modelo eurocentrado do Estado moderno por meio das Constituições da Bolívia e do Equador, países geograficamente próximos ao Brasil.

Com a eliminação sistemática e gradual dos traços culturais dos povos da América Latina, a partir de 1492, identificamos a importância de buscar, com instrumentos jurídicos e políticos – e, claro, mediante força/adesão popular –, a superação do modelo eurocentrado, uniformizador e baseado na lógica “nós versus eles”. No entanto, a ruptura total com este modelo ainda não ocorreu, principalmente por conta do sistema capitalista e o modo individualista e antropocentrista. Mas um caminho está, sim, em construção. Precisamos agora saber com quais blocos e tijolos construiremos nossa história.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Regiane Riquena; MASO, Tchella Fernandes. *Possíveis contribuições de Aníbal Quijano para as relações internacionais*. Disponível em: <http://eventos.ufgd.edu.br/enepex/anais/arquivos/435.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.

LEÓN GUZMÁN, Mauricio. *Del discurso a la medición: Propuesta metodológica para medir el Buen Vivir en Ecuador*. Quito: Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), 2015. Disponível em: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/10/Buen-Vivir-en-el-Ecuador.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2018.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo democrático na América Latina e a superação da modernidade europeia. *Revista Interdisciplinar de Direito*, Valença/RJ, v. 10, n. 1, p. 119-132, out. 2017. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/193>. Acesso em: 5 nov. 2018.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 13, n. 26, p. 83-98, jul./dez. 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo latino-americano – parte 1. In: BLOG José Luiz Quadros De Magalhães, 30 jan. 2014. Disponível em: <http://joseluzquadrosdemagalhaes.blogspot.com/2017/09/1656-palestra-sobre-o-novo.html>. Acesso em: 08 nov. 2018.

MELO, Milena Patters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo? In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Peters (orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 69-70.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y clasificación social. In: *Consejo Latino-Americano de Ciencias Sociales (CLACSO)*, Buenos Aires, 2014. p. 285-327. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140506032333/eje1-7.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)*, Buenos Aires, 2005. p. 117-142. Disponível em: [http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12\\_QUIJANO.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIJANO.pdf). Acesso em: 15 nov. 2018.

SIMÕES, Sandro Nery. *Estado moderno e constitucionalismo plurinacional andino*. Curitiba: Juruá, 2017.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. O processo constituinte venezuelano no marco do novo constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Peters (orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 43-57.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Peters (orgs.). *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 19-42.

WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 22/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/02/2021
- Avaliação 1: 26/04/2021
- Avaliação 2: 08/06/2021
- Decisão editorial preliminar: 08/06/2021
- Retorno rodada de correções: 14/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 15/06/2021

#### Equipe editorial envolvida

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

# OSKAR VON BÜLOW E O NAZISMO

OSKAR VON BÜLOW AND THE NAZISM

VINÍCIUS LOTT THIBAU<sup>1</sup>

## RESUMO

O artigo examina dois escritos de Oskar von Bülow que, apesar de publicados no século XIX, ainda hoje, impactam os estudos de direito processual. A pesquisa formalizada pretende testar a hipótese de que, pelas obras *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* e *Gesetz und Richteramt*, Oskar von Bülow prestou importante contribuição para o incremento do Nazismo. Abordando o problema da autocracia judiciária sustentada pela produção acadêmica bülowiana, a pesquisa adota o método hipotético-dedutivo. Quanto ao objetivo, é exploratória e explicativa. Pelas técnicas empregadas, é bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Oskar von Bülow; movimento do direito livre; nazismo; autocracia judicial.

## ABSTRACT

*The article examines two writings by Oskar von Bülow that, despite being published in the 19th century, still today, impact on procedural law studies. The formalized research intends to test the hypothesis that, by the works *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* and *Gesetz und Richteramt*, Oskar von Bülow made an important contribution to the increment of Nazism. Addressing the problem of judicial autocracy sustained by bülowian academic production, the research adopts the hypothetical-deductive method. As for the objective, it is exploratory and explanatory. Due to the techniques employed, it is bibliographic and documentary.*

**Keywords:** Oskar von Bülow; free law movement; nazism; judicial autocracy.

## 1. INTRODUÇÃO

Na literatura especializada, Oskar von Bülow é frequentemente indicado como o principal responsável pelo advento da fase autonomista do direito processual. A obra bülowiana *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* é anunciada como o marco da ruptura do sincretismo entre processo e direito material.

Possibilitando o afastamento da concepção de que o processo seria um mero apêndice do direito material – o processo como direito adjetivo e o direito material como direito subs-

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor da Dom Helder - Escola de Direito. Professor da Escola Superior de Advocacia - OABMG. Professor do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8225-8026>.

tantivo –, o livro que Oskar von Bülow publicou em 1868, na Alemanha, é bastante destacado pela inauguração do “*conceitualismo*, em que predomina a técnica e a construção das bases científicas dos institutos processuais”. (OLIVEIRA, 2010, p. 2)

O que, não raras vezes, deixa-se de considerar, no âmbito doutrinário, contudo, é que, ao teorizar o processo como uma relação jurídica de direito público entre juiz, autor e réu e diferenciá-lo da relação jurídica de direito material, Oskar von Bülow também enunciou o protagonismo judicial, o instrumentalismo processual e o solipsismo decisório, que foram radicalizados pelo jurista alemão no ensaio que publicou em 1885.

Em *Gesetz und Richteramt*, Oskar von Bülow sustentou que, no processo, o magistrado está autorizado a suspender a legislação vigente, por via decisória, sempre que entendê-la como injusta. No recinto de solução de conflitos, cabe ao juiz interpretar, complementar, atualizar, afastar e produzir a normatividade jurídica, valendo-se, para isso, de sua sensibilidade, vontade e intuição.

A partir do escrito bülowiano de 1885, que se aproveita do que foi produzido no ano de 1868, o julgador tem o dever de ajustar a legislação estatal se esta for tida, por esse, como dissonante dos anseios do povo alemão. A legislação é apenas um referencial incompleto, do qual deve se libertar o magistrado que representa o público, caso entenda necessário à tutela das aspirações preponderantes na realidade.

Não decorre do acaso, com efeito, o apontamento de Oskar von Bülow como precursor do Movimento do Direito Livre, que, embora tenha se estabelecido na Europa, no início do século XX, teve os seus fundamentos recepcionados pelo nacional-socialismo que se implementou, na Alemanha, no período compreendido entre 1933 e 1945, especialmente.

É, nesse sentido, que, no artigo formalizado, pretende-se testar a hipótese de que a produção acadêmica de Oskar von Bülow prestou importante contribuição para o incremento do Nazismo, que reproduziu a lógica dogmática que situa o juiz como “intérprete magno, monopolista hermenêutico e jurisdicional e pensador legal e extrajurídico do DIREITO e que pode, em fontes de conhecimento subjetivo, *extra, ultra* ou *citra lege*, produzir decisões justas” (LEAL, 2001, v. 2, p. 20) à solução dos conflitos que lhe são submetidos.

Em relação à abordagem do problema da autocracia judiciária sustentada nas obras *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* e *Gesetz und Richteramt*, portanto, a pesquisa adota o método hipotético-dedutivo proposto por Karl Raimund Popper (1999, 2004, 2009). Quanto ao objetivo, é exploratória e explicativa. Pelas técnicas empregadas, é bibliográfica e documental.

## 2. PROCESSO E A SOBERANIA DO MAGISTRADO DE MATRIZ BÜLOWIANA

Em 1868, Oskar von Bülow publicou a obra que é indicada por Santiago Sentís Melendo (1964), Hélio Tornaghi (1987), Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1992), Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes (2006), Galeno Lacerda (2006), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

(2009) e Cândido Rangel Dinamarco (2010, t. I) como inauguradora da ciência moderna do processo: *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen*.

O livro foi traduzido para o castelhano em 1964, sob o rótulo *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, mas não ganhou notoriedade apenas porque examinou textos romanistas com o objetivo de apontar os equívocos advindos da interpretação no sentido de que a atividade dos juízes instalada à aferição das condições de existência do processo dependeria da provocação das partes. Tornou-se referência para o estudo do direito processual por exprimir que, desde o Direito Romano, era possível apurar a existência de direitos e obrigações que vinculavam os sujeitos que participavam do processo – aspecto marcante de qualquer relação jurídica.

Ao se pronunciar sobre o processo, porém, Oskar von Bülow afirmou que os direitos e as obrigações existentes na relação jurídica processual não se identificam com aqueles que caracterizam as relações jurídicas privadas, uma vez que:

Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre funcionários do Estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também, as partes são levadas em consideração apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma *relación jurídica pública*.

A relação jurídica processual distingue-se das demais relações de direito por outra singular característica, que pode ter contribuído, em grande parte, para o desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma *relación jurídica* que *avanza* gradualmente e que *se desenvolve* passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial se apresentam como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Só se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público pelo qual, de uma parte, o tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outra, as partes ficam obrigadas, para isso, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. E também esta ulterior atividade desenvolve-se por uma série de atos separados, independentes e resultantes de outros. A relação jurídica processual está em um constante movimento e transformação. (BÜLOW, 1964, p. 2-3).<sup>2</sup>

Diante de todas essas características, Francisco Wildo Lacerda Dantas afirma que o processo teorizado por Oskar von Bülow erige-se como uma relação jurídica entre juiz, autor e réu, a qual é autônoma, complexa, dinâmica, unitária e pública:

2 No original: “[...] hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*. La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en grande parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una *relación jurídica* que *avanza* gradualmente y que *se desarrolla* paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación.” (BÜLOW, 1964, p. 2-3)

- *autônoma* em respeito à relação de direito material, porque dela não depende, embora seja com ela conexa;
- *complexa*, porque encerra vários direitos e várias obrigações [...];
- *dinâmica*, porque se realiza em atos sucessivos, correspondente ao que BÜLOW denominou de relação progressiva, por se constituir de uma relação que se desenvolve de grau em grau;
- *unitária*, porque os atos processuais – ou os atos da relação processual – se relacionam uns com os outros e são dirigidos teleologicamente a um mesmo, ou a um fim único;
- *de direito público*, porque o processo é instrumento da jurisdição e esta – como já se demonstrou – se revela como uma função pública, cujas normas que a disciplinam são de direito público. (DANTAS, 2007, p. 404)

Pelas lições da dogmática jurídica tradicional, contudo, dentre as características do processo, é o seu aspecto público que recebe maior destaque. Isso porque é o publicismo processual que assegura a soberania do magistrado no recinto de atuação do direito, conforme leciona José Eduardo Carreira Alvim (2005), para quem a relação jurídica pública:

[...] é aquela que se caracteriza pelo desequilíbrio entre a posição dos sujeitos, um dos quais nela se apresenta numa posição de superioridade em relação aos demais. No processo, a situação das partes é de sujeição à autoridade do Estado-juiz, pelo que, além de ser ele o campo propício ao exercício de uma função eminentemente pública (a jurisdição), o Estado dela participa como ente soberano. Por isto, a relação jurídica processual tem o caráter público. (ALVIM, 2005, p. 170)

Em outros termos, pelo caráter público da relação jurídica processual, firma-se a asserção de que, no espaço de atuação do direito, as partes estão subordinadas ao juiz. Essa é uma conjectura que não pode ser desconsiderada pelos estudos realizados sobre a obra *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, que não somente analisou a dicotomia pressupostos processuais-exceções dilatórias e distinguiu a relação jurídica de direito processual da relação jurídica de direito material.

Muito além dessa abordagem, no livro que publicou no ano de 1868, Oskar von Bülow atribuiu “ao magistrado a obrigação de solitariamente decidir acerca dos conflitos, mas, antes mesmo disso, o dever de controlar, de modo diligente, a própria relação jurídica processual” (LEAL; THIBAU, 2019, p. 73) que possibilitará a prolação do pronunciamento judicial ao qual as partes, que são meras colaboradoras da atividade judiciária, devem se submeter.

Em consonância com o pioneiro magistério de André Cordeiro Leal (2008), é mesmo possível afirmar que, pela publicação de *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, enunciou-se a tecnologia da jurisdição. Caracterizando-se o processo como instrumento hábil ao exercício do poder pela pessoa do juiz, que, pelos vínculos de subordinação que qualificam a relação jurídica de direito público, assume o *status* de sujeito especialíssimo do processo, fixa-se a compreensão de que o julgador é portador de uma convicção sempre prevalecte nos momentos de acertamento e satisfação de direitos.



De conseguinte, em 1868, o processo de matriz bülowiana inaugura uma perspectiva que rompe com a denominada fase metodológica do sincretismo processual<sup>3</sup> e, igualmente, com o privatismo processual.<sup>4</sup> Pela publicação de *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, estabelece-se uma hierarquia entre os sujeitos do processo, conferindo-se ao magistrado uma posição de destaque no controle da relação jurídica de direito público que possibilita a superveniência de um pronunciamento judicial solipsista sobre o direito material debatido no processo.

Apesar disso, como afirmado em outros escritos (LEAL, 2008; LEAL; THIBAU, 2015, 2018, 2019), em *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Oskar von Bülow não analisa, de modo aprofundado, os contornos da atividade judicante atinente à atuação do direito material e, ainda, o conteúdo da decisão a ser proferida, no processo, pelo juiz que representa o público<sup>5</sup> – o que só fez dezessete anos após.

Pelo escrito de 1868, Oskar von Bülow formalizou um conceito de processo que permitiu a ampliação do poder da magistratura, ao enunciar um protagonismo judicial que, mais tarde, foi radicalizado pela obra *Gesetz und Richteramt* (BÜLOW, 2003; LEAL, 2008). Na abordagem das correlações entre lei e atividade judicante é que o processualista alemão anunciou, com nitidez, a aplicação do direito como um ato de violência judicial (LEVATE; THIBAU, 2019), afirmando a possibilidade da suspensão da legislação vigente por decisões judiciais.

Em *Gesetz und Richteramt* – Lei e Magistratura, no idioma brasileiro –, Oskar von Bülow explicitou uma tormentosa compreensão sobre a justiça normativa, a qual, tempos após, foi acolhida pelo nacional-socialismo que se instalou na Alemanha.

### 3. JUIZ BÜLOWIANO E O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE

Em 1885, Oskar von Bülow publicou *Gesetz und Richteramt* (2003). Neste ensaio, não mais se preocupou em analisar o conceito de processo como relação jurídica de direito público, como fez em 1868, mas em apresentar uma proposta teórica ao enfrentamento do formalismo e do legalismo que, à época, predominavam na Alemanha.

É que, segundo Oskar von Bülow (2003), pelas lições da Escola Histórica e da Jurisprudência dos Conceitos, a magistratura não recebia a importância merecida, já que, por essas, os juízes deveriam, no âmbito da atuação do direito, apenas aplicar leis prontas, elaboradas pelo Estado. Para o processualista alemão, esse magistério afrontava a dignidade da jurisdição.

De acordo com Oskar von Bülow (2003), a história comprova que o legislador estatal nunca se mostrou capaz para prever todos os problemas que poderiam eclodir e, se não fosse por uma atuação ativa dos juízes, as relações da vida humana estariam sendo regidas por normas

3 Para acessar as principais características da chamada fase sincretista do processo, bem como as suas interfaces com o praxismo e o procedimentalismo, confira, especialmente, as publicações brasileiras de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2004), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2009), Daniel Mitideiro (2009), Marco Félix Jobim (2011) e Antônio Pereira Gaio Júnior (2020).

4 Sobre o processo como coisa das partes, veja, principalmente, as publicações de Mauro Cappelletti (2001), Juan Montero Arouca (2001, 2006), Vinícius Lott Thibau (2015) e Igor Raatz (2019).

5 A respeito do público e de sua ligação com o processo de índole bülowiana e a atividade decisória do Supremo Tribunal Federal relacionada à pandemia do COVID-19, veja a publicação de André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau (2020).

injustas. Como afirma Karl Larenz (2005), pela impossibilidade da legislação estatal regular, de modo satisfatório, todos os problemas, a proposta bülowiana encaminhou-se no sentido de acolher a vontade, o sentimento e a intuição dos juízes no recinto de atuação do direito.

Assim é que Oskar von Bülow atribuiu aos julgadores a missão de, no espaço de solução de conflitos, interpretar, complementar, atualizar, afastar e produzir a normatividade jurídica, de modo que, pelo escrito que publicou em 1885, é deferido à magistratura não somente o dever de aplicar a legislação estatal vigente, porque não “a espada, mas sim a balança da Justiça, foi colocada nas mãos do juiz. Ele deve ponderar e decidir o que é o Direito” (BÜLOW, 2003, p. 9).<sup>6</sup>

Pela oferta proposicional bülowiana, a normatividade justa revela-se pela decisão judicial. O “próprio legislador não traz a substância do direito por si. Ele fornece apenas as indicações de onde ela é encontrada e de como ela deve ser moldada. O direito não se encontra acessível, em sua superfície, para qualquer homem: ele está escondido, no todo da vida social e estatal” (BÜLOW, 2003, p. 43).<sup>7</sup>

Daí, nas situações em que as:

[...] decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente como um destino inevitável, como um tributo que os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração escusante, nem qualquer artifício jurídico, pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências entre as decisões judiciais e os dispositivos legais serão, mesmo assim, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las com o selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa além de que o juiz deve ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas são encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas! (BÜLOW, 2003, p. 37).<sup>8</sup>

Por tudo isso, Oskar von Bülow é apontado por Karl Larenz (2005), André Cordeiro Leal (2008), Sérgio Henrique Tiveron Juliano (2011), Flávia Ávila Penido (2016), Luís Gustavo Reis Mundim (2016) e Igor Raatz (2019) como o precursor do Movimento do Direito Livre, o qual, para António Castanheira Neves, destaca-se pelo reconhecimento de um:

6 No original: “[...] das Schwert, sondern die Wage der Gerechtigkeit ist in die Hand des Richters gelegt. Er hat zu erwägen und zu bestimmen, was Rechtens ist”. (BÜLOW, 2003, p. 9)

7 No original: “Der Gesetzgeber bringt nicht selber die Rechtssubstanz hervor. Er giebt nur die Weisung, wo sie zu finden und wie sie zu formen ist. Das Rechts liegt nicht für Jedermann bequem erreichbar auf der Oberfläche: es ist dem Ganzen des Volks - und Staatslebens verborgen [...]”. (BÜLOW, 2003, p. 43)

8 No original: “Wenn es nun deshalb oft genug vorkommt, daß richterliche Urtheile dem wahren Sinne und Willen des Gesetzes zuwiderlaufen, so ist dies gewiß ruhigen Muthes als ein unvermeidliches Geschick zu erdulden, als ein Tribut, welchen die Gesetzgeber und Richter der Schwäche des menschlichen Mittheilungs - und Erkenntnißvermögens zollen. Aber weder diese entschuldigende Ueberlegung noch irgend ein juristisches Kunststück kann uns über die offen vorliegende Wahrheit hinweggleiten lassen, daß alle die vielen Abweichungen der richterlichen Rechtssprüche von de gesetzlichen Rechtssatzung dennoch durch die Staatsgewalt *rechtlich bestätigt werden*. Der Staat is *genöthigt*, sie sich *gefallen zu lassen*, auch sie mit dem Stempel der Rechtskraft zu versehen. Auch das *gesetzwidrige Urtheil* ist doch *rechtsverbindlich*. Es ist wie jedes richterliche Urtheil eine von Staat ausgehende, vom Staat gebilligte, vom Staat mit seiner Zwangsgewalt ausgestattete Rechtsbestimmung! Damit ist aber nichts Anderes gesagt, als daß der Richter vom Staate *ermächtigt* ist, auch solche Rechtsbestimmungen vorzunehmen, die nicht im Gesetzesrecht enthalten, sondern lediglich von *Richter* gefunden, ja erfunden, von ihm, nicht vom Gesetze *gewählt und gewollt sind*”. (BÜLOW, 2003, p. 37)

[...] direito que se constitua para além ou independentemente do direito legislado, da *lei* – o direito não legal e reconhecido na sua normativa juridicidade sem a imposição normativamente autoritária (imperativa) do legislador estatal. [...] [É] o resultado de uma criação dos juristas, do jurista-julgador ou do *juiz* antes de mais, na sua judicativo-decisória realização do direito mediante o apelo a critérios normativos extra legais e em último termo com fundamento na sua autónoma e pessoalmente responsável procura do justo. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 199)

Por uma leitura detida de *Gesetz und Richteramt* (BÜLOW, 2003), extrai-se mesmo a tese pela necessidade de os julgadores afrouxarem os nós da rede que, até então, recolhia todo o direito alemão, a fim de que, com isso, fosse viabilizada a atuação de uma normatividade justa não haurida da lei vigente, mas dita coincidente com os anseios do povo, que eram diligentemente captados e positivados, por decisão, pelos magistrados.

Em conformidade com a lição de Mario G. Losano (2010, v. 2), esse afrouxamento dos nós da rede que recolhia todo o direito no século XIX foi a grande marca do Movimento do Direito Livre, que instalou a “contraposição entre a rigidez da certeza do direito, muitas vezes sufocante, e a flexibilidade da decisão individual, muitas vezes imprevisível” (LOSANO, 2010, v. 2, p. 158). Como afirma o autor italiano, pelo Movimento do Direito Livre, não se pretendeu o exame “dos nexos que unem normas diversas, mas dos interstícios entre as normas unificadas” (LOSANO, 2010, v. 2, p. 158).

Com efeito, adotando-se o vocabulário de Mário G. Losano (2010, v. 2), Oskar von Bülow é um jusliberista. Se, como leciona Luis Díez-Picazo, o Movimento do Direito Livre erigiu-se como “uma reação frente ao formalismo e frente ao legalismo dos tempos anteriores, tratando de superar as inconseqüências e as injustiças a que muitas vezes conduziu uma aplicação mecânica e literal dos textos legais” (1999, p. 249),<sup>9</sup> é de se reconhecer que a publicação bülowiana de 1885 acolhe as premissas desse movimento.

Em *Gesetz und Richteramt* (2003), Oskar von Bülow já buscava oferecer respostas a vários problemas que, anos depois, foram enfrentados por Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz e outros autores integrantes do Movimento do Direito Livre.<sup>10</sup> Na publicação bülowiana de 1885, foram abordadas as temáticas da vinculação dos juízes à lei, da segurança jurídica gerada pela legislação, da aplicação da lei pela subsunção, da incompletude do ordenamento jurídico, da fragilidade do legislador estatal, da dignidade da jurisdição, do arbítrio judicial e das formas de seu controle, da motivação das decisões judiciais, da confiança do povo nos magistrados e da decisão judicial como fonte do direito justo.

Sobre as conexões entre a decisão judicial e a normatividade justa, a propósito, é importante registrar que o ensaio de Oskar von Bülow afirma que nem a “visão nem o poder da legislação são suficientes para alcançar a vida jurídica real. O mandamento legal abstrato e mudo não consegue dominar completamente os diversos e tempestuosos movimentos da vida humana comum” (BÜLOW, 2003, p. 42),<sup>11</sup> motivo pelo qual, na legislação, “a vontade jurí-

9 No original: “[...] una reacción frente al formalismo y frente al legalismo de los tiempos anteriores, tratando de superar las inconsecuencias y las injusticias a que muchas veces condujo una aplicación mecánica y literal de los textos legales”. (DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 249)

10 Dentre os teóricos do Movimento do Direito Livre, destacam-se Eugen Ehrlich (2005) e Hermann Kantorowicz (1949). Para acessar os seus principais escritos, confira os ensaios que publicaram nos anos de 1903 e 1906.

11 No original: “Weder die Einsicht, noch die Macht der Gesetzgebung reicht bis an das wirkliche Rechtsleben heran. Das abstrakte stumme Gebot des Gesetzes vermag der vielgestaltigen stürmischen Bewegung des menschlichen Gemeinlebens nicht

dica determinadora do poder estatal não encontra seu término: ela terminará somente quando da emissão da decisão judicial. Por isso, a formação jurídica pode prescindir de muitas coisas, até mesmo da palavra da lei, exceto da *viva vox* da magistratura” (BÜLOW, 2003, p. 42).<sup>12</sup>

Para Oskar von Bülow (2003), logo, o direito justo liga-se a um espírito judicante preparado e acurado. Por uma análise do escrito que produziu em 1885, é possível afirmar que cabe ao juiz realizar um constante exame dos conteúdos da lei estatal para que, no momento da atuação do direito, seja normatizada, sempre com justiça, a vida daqueles que deve tutelar por via decisória.

#### 4. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL BÜLOWIANO E O NACIONAL-SOCIALISMO

O acolhimento da tese sustentada pelo Movimento do Direito Livre na Alemanha propiciou o resgate da dignidade da jurisdição pretendido por Oskar von Bülow. No âmbito da atuação do direito, o magistrado passou a ostentar o *status* de garantidor da justiça, empregando sua sensibilidade, intuição e vontade para solucionar os conflitos que lhe eram submetidos.

A recepção dos fundamentos do Movimento do Direito Livre implicou a supervalorização do julgador, que também era pretendida pela Associação dos Juízes Alemães. Como observa Ingeborg Maus (2010), na defesa da liberdade dos magistrados, a Associação dos Juízes Alemães buscava difundir a tese de que a legislação estatal não deveria ser compreendida como inflexível, aproximando-se, assim, da tese sustentada pelos teóricos do Movimento do Direito Livre, que pleiteavam uma decisão judicial baseada na legislação estatal como exceção.

Em síntese, as teses formuladas pelo Movimento do Direito Livre e pela Associação dos Juízes Alemães salientavam, sobretudo, os:

[...] deficits de competência técnica do Parlamento, a estrutura compromissória de suas leis, na qual se reproduz o antagonismo dos interesses sociais, a conseqüente particularização das matérias jurídicas individuais umas em relação às outras, que ameaça, cada vez mais, a conectividade interna e a unidade do sistema jurídico: tudo isso desafia um autoentendimento do Judiciário segundo o qual ele deve produzir a síntese social, para além da “querela partidária”, e a unidade do direito, independentemente das leis conectadas a interesses. Dessa forma, o juiz torna-se juiz da própria lei, que, em seu aspecto real, é “desmascarada como produto e instrumento técnico de um acordo interesses”, e sumo sacerdote de uma nova “sacralidade” do direito suprapositivo não escrito. Nessa qualidade, está encarregado da função central da síntese da heterogeneidade social. (MAUS, 2010, p. 31-32)

É, nesse sentido, que o magistrado impõe-se como um sujeito do processo que se encontra situado entre a legislação estatal e o povo alemão. Com a prevalência do Movimento do Direito Livre, o julgador converte-se em justiceiro, ao assumir o dever de ajustar a normativi-

völlig Herr zu werden”. (BÜLOW, 2003, p. 42)

12 No original: “Gesetz kommt der rechts ordnende Wille der Staatsgewalt noch nicht zum. Abschluß: vollendet tritt er erst in den richterlichen Rechtssprüchen heraus. Deshalb kann die Rechtsbildung um so vieles eher des toten Gesetzeswortes entbehren, als der *viva vox* des Richteramts”. (BÜLOW, 2003, p. 42)

dade estabelecida pelo legislador sempre que afirmar a sua discrepância com as aspirações dominantes na realidade.

Conforme elucida Edgar Bodenheimer (2007), pelo Movimento do Direito Livre, a legislação estatal não consiste em base suficiente para a solução de conflitos reais. Por isso é que, por suas teorizações, é atribuído ao juiz o dever de considerar os anseios preponderantes no lugar e na época em que viva, a fim de que, no momento de solucionar o conflito, possa decidir de modo justo.

Trata-se de uma tendência que foi adjetivada como perigosa, uma vez que:

Incitar o juiz a que tenha em conta o sentido de justiça da comunidade pode ser inócuo – e inclusive justificado – em uma época em que há um acordo quase unânime a respeito dos valores sociais fundamentais. Em épocas de tensão e conflito social, em que os homens discrepam acerca de problemas fundamentais de política social, será difícil para o juiz averiguar os sentimentos predominantes na comunidade. É provável que seu juízo tenha-se e deixe-se influenciar por suas próprias convicções políticas e sociais. Isto pode aumentar as características arbitrárias da administração da justiça e produzir uma crise judicial que venha a somar-se à crise geral. O resultado de tal crise e confusão pode ser uma ditadura política na qual as “opiniões predominantes em uma comunidade” sejam ditadas desde cima e impostas pela coação e pelo terror. (BODENHEIMER, 2007, p. 213).<sup>13</sup>

Foi, exatamente, o que ocorreu na Alemanha, principalmente no período compreendido entre 1933 e 1945. O nacional-socialismo tematizou o formalismo e o legalismo problematizados por Oskar von Bülow (2003), já que se impunham como óbices ao incremento dos objetivos traçados pelo *Führer*, que guiava o povo alemão mediante o estabelecimento tirânico de seu destino.

Os fundamentos teóricos do Movimento do Direito Livre apresentaram-se extremamente valiosos para a operacionalização do direito nazista, pois, por esses, o juiz não está vinculado à legislação estatal. Caso a lei seja considerada injusta pelo magistrado, ou, em outras palavras, seja tida, pelo julgador, como não alinhada aos anseios do povo alemão – que eram fixados pelo *Führer* –, não deve incidir no espaço inaugurado ao acertamento de direitos ou à satisfação de direitos já reconhecidos.

Afinal, segundo afirma Ingeborg Maus, pronunciando-se sobre o que denomina terror judicial:

Discriminações politicamente motivadas no tratamento de cada caso individual, como se pedia então, não são conciliáveis com a vinculação a uma “lei”, de qualquer natureza que seja, que esteja em vigor há mais de um dia. Assim, nas “Cartas aos Juízes” nazistas, a personalidade do juiz surge, com grande firmeza, como uma importante garantia para a jurisdição “correta”: suas tarefas “somente podem ser cumpridas por pessoas livres, interiormente claras e decentes, sustentadas por uma grande consciência de responsabilidade e

13 No original: “Incitar al juez a que tenga en cuenta el sentido de justicia de la comunidad puede ser inocuo – e inclusive justificado – en una época en que hay un acuerdo casi unánime respecto a lo valores sociales fundamentales. En épocas de tensión y conflicto social, en que los hombres discrepan acerca de problemas fundamentales de política social, será difícil para el juez averiguar los sentimientos predominantes en la comunidad. Es probable que su juicio se tiña y se deje influir por sus propias convicciones políticas y sociales. Esto puede aumentar las características arbitrarias de la administración de justicia y producir una crisis judicial que venga a añadirse a la crisis general. El resultado de tal crisis y confusión puede ser una ditadura política en la que las “opiniones predominantes en la comunidad” sean dictadas desde arriba e impuestas por la coacción y el terror”. (BODENHEIMER, 2007, p. 213)



por uma grande satisfação com a responsabilidade”, (sic) o corpo de juízes deve representar “uma seleção da nação”. Na literatura jurídico-científica dos tempos do Nazismo afirma-se de modo lapidar: O “juiz real (...) no povo de Adolf Hitler, (sic) deve sair da escravidão das letras do direito positivo”. As “Cartas aos Juízes” também advertem a visada elite dos juízes para “não se servirem escravizadamente das muletas da lei” [...]. (MAUS, 2010, p. 33-34)

É mesmo impressionante, aliás, como os fundamentos teóricos do Movimento do Direito Livre foram acolhidos para o incremento dos objetivos traçados pelo Nazismo e, ao mesmo tempo, também empregados para a perseguição de vários dos fiéis divulgadores das teses sustentadas por Oskar von Bülow (2003) e outros tantos autores. Isso porque muitos militantes do Movimento do Direito Livre “eram judeus. Com o advento do nacional-socialismo, eles tomaram o caminho do exílio, ao passo que em sua pátria a teoria deles era utilizada para desvincular os juízes do respeito à lei e para obter, assim, uma jurisprudência de partido”. (LOSANO, 2010, v. 2, p. 163)

Em outros termos: a oferta proposicional de Oskar von Bülow viabilizou a operacionalização autocrática do direito e, desde a superação do paradigma jurídico do Estado Social, apresenta-se extremamente frágil. A teorização do exercício do poder judicial por meio de um processo que, sendo instrumento hábil à explicitação do sentimento, da vontade e da intuição do juiz-soberano, seja este não independente, como se deu no Nazismo, seja esse independente, é assecuratória da imprevisibilidade decisória, que é nefasta ao direito democrático.

Essa é a conjectura que merece maior destaque, pois, apesar dos danos provocados pela produção acadêmica de Oskar von Bülow, atualmente, as suas lições permanecem sendo recepcionadas, elogiadas e reproduzidas por inúmeros autores brasileiros e estrangeiros que desconhecem ou preferem desconsiderar a imensa contribuição que a obra bülowiana prestou ao totalitarismo, bem como os riscos que propicia à constitucionalidade democrática.

## 5. CONCLUSÃO

Ainda hoje, a produção acadêmica de Oskar von Bülow é bastante festejada pela literatura especializada. Um estudo detido das obras *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* e *Gesetz und Richteramt*, no entanto, explicita o seu comprometimento com a autocracia judiciária.

Pelo escrito que publicou em 1868, Oskar von Bülow teorizou o processo como uma relação jurídica de direito público entre o juiz-soberano e as partes-colaboradoras-subordinadas ao magistrado, enunciando o protagonismo judicial, o instrumentalismo processual e o solipismo decisório, que, dezessete anos após, foram radicalizados pelo jurista alemão.

Isso porque, em 1885, aproveitando-se dos conteúdos informativos da proposição de processo como relação jurídica de direito público, Oskar von Bülow afirmou a possibilidade de suspensão da legislação vigente pelo juiz – o que deveria ocorrer sempre que o magistrado entendesse, com base na sua sensibilidade, vontade ou intuição, que a normatividade jurídica constante da lei era injusta.



Assim é que, após anunciar o julgador como um sujeito especialíssimo do processo, atribuiu ao magistrado o poder de interpretar, complementar, atualizar, afastar e produzir a normatividade jurídica. Se, na obra intitulada *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Oskar von Bülow deferiu ao juiz que representa o público o poder de controlar a relação jurídica processual que possibilita a prolação de um pronunciamento judicial solitário, em *Gesetz und Richteramt*, libertou o juiz das amarras de uma legislação estatal que seja considerada, pelo próprio julgador, insatisfatória à regência dos anseios do povo.

É, nesse sentido, que Oskar von Bülow é apontado, por estudiosos diversos, como o precursor do Movimento do Direito Livre, que teve os seus fundamentos teóricos aproveitados pelo nacional-socialismo que se estabeleceu na Alemanha, no século XX. A operacionalização do direito nazista fundamentou-se exatamente na determinação de que o juiz se libertasse da lei estatal no momento de sua incidência, sempre que a considerasse injusta, isto é, desalinhada às aspirações do povo alemão.

Dessa forma, estaria assegurado um completo incremento dos escopos totalitários estabelecidos pelo *Führer* também no âmbito judicial, tendo em vista que sequer a normatividade jurídica haurida da lei vigente impunha-se como óbice à condução autoritária do destino do povo alemão. A imprevisibilidade decisória mostrou-se importantíssima para o nacional-socialismo e, nos dias atuais, representa um risco à operacionalização democrática do direito.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. Traducción de Vicente Herrero. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. (Colección Popular, v. 60).
- BÜLOW, Oskar von. Gesetz und richteramt. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10. p. 1-43.
- BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.
- BÜLOW, Oskar von. *Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen*. Giesen: Emil Roth, 1868.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1992. t. II.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria geral do processo (jurisdição, ação [defesa], processo)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I.

- EHRlich, Eugen. Libre investigación del derecho y ciencia del derecho libre. In: ESCRITOS sobre sociología y jurisprudencia. Traducción por Juan Antonio Gómez García, José Luis Muñoz de Baena e Gregorio Robles Morchón. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 53-88. (Colección Politopías).
- EHRlich, Eugen. Sociología y jurisprudencia. In: ESCRITOS sobre sociología y jurisprudencia. Traducción por Juan Antonio Gómez García, José Luis Muñoz de Baena e Gregorio Robles Morchón. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 89-107. (Colección Politopías).
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.
- JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- JULIANO, Sérgio Henrique Tiveron. A relação jurídica como técnica de suspensão da lei pelo poder do juiz e a ideologia da decisão judicial como atividade complementar da função legislativa e fonte criadora do direito ainda presentes no novo CPC - apontamentos críticos à exposição de motivos. In: ROSSI, Fernando et al. (org.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 595-615.
- KANTOROWICZ, Hermann. La lucha por la ciencia del derecho. Traducción por Werner Goldschmidt. In: SAVIGNY, Federico Carlos de et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 325-373.
- LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, v. 42, p. 327-340, 2020.
- LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O processo como instituição regente da procedimentalidade jurídico-democrática. In: LEAL, André Cordeiro et al (Org.). *Processo como democracia na contemporaneidade: colóquio em homenagem ao professor Rosemiro Pereira Leal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 69-96.
- LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, v. 35, p. 13-25, 2018.
- LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 92, p. 13-29, 2015.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 2. p. 13-25.
- LEVATE, Luiz Gustavo; THIBAU, Vinícius Lott. Oskar von Bülow e a violência judicial na operacionalização do direito. In: THIBAU, Vinícius Lott et al (Org.). *Violência e intolerância: quando o sono da razão produz monstros*. Belo Horizonte: 3i, 2019, p. 87-100.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. Tradução de Luca Lamberti. Revisão da tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010, v. 2.
- MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção Conexões Jurídicas).
- MELENDO, Santiago Sentís. Palabras del editor. In: BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964. p. XI-XII.
- MITIDIEIRO, Daniel. *Colaboração no proceso civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.

MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil: los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. O “paradoxo de Bülow” no novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. In: FREITAS, Sérgio Henriques Zandona *et al* (Org.). *Jurisdição e técnica procedimental*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 45-80.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PENIDO, Flávia Ávila. *Processo e interpretação em Eduardo J. Couture*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

POPPER, Karl Raimund. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2009.

POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THIBAU, Vinícius Lott. Processo e Mercado. In: Michael César Silva. (org.). *Transformações do Direito na Contemporaneidade: reflexões sobre direito, mercado e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015. v. I. p. 231-251,

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1987.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 17/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/05/2021
- Avaliação 1: 05/07/2021
- Avaliação 2: 10/07/2021
- Decisão editorial preliminar: 08/08/2021
- Retorno rodada de correções: 28/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 28/08/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

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

# A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O DUMPING SOCIAL – IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NO ÂMBITO BRASILEIRO

THE FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION AND SOCIAL DUMPING – LEGAL IMPLICATIONS IN THE BRAZILIAN SCOPE

FÁBIO SIQUEIRA MACHADO<sup>1</sup>  
CLAUDIO JANNOTTI DA ROCHA<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo visa analisar como as novas modalidades de trabalho e as inéditas formas de contratação da mão de obra que a caracterizam a quarta revolução industrial consubstancia-se em terreno fértil para a prática do *dumping social*, precarizando as relações trabalhistas, deflagrando a concorrência desleal no cenário empresarial e, por fim, como esta prática pode ser combatida em território nacional. Como metodologia de pesquisa, optou-se pelo método dedutivo, mediante consulta documental, bibliográfica e jurisprudencial. Inicialmente, fez-se necessária a abordagem do *dumping social*; em seguida, trabalhou-se o *dumping social* no contexto da quarta revolução industrial; por fim, analisou-se os instrumentos efetivamente existentes no ordenamento jurídico brasileiro para o combate a tão deletéria prática em nosso país. Chegou-se à conclusão de que o sistema brasileiro dispõe de poderosos instrumentos de combate ao *dumping social*, como a Ação Civil Pública, além do Inquérito Civil Público e o Termo de Ajuste de Conduta.

**Palavras-chave:** quarta revolução industrial; relações trabalhistas; dano social; combate ao dumping social no Brasil.

- 1 Mestrando (aluno regular) em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, com dissertação a ser defendida na área de Direito Processual e Material do Trabalho. Professor voluntário do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Estágio de Docência nas disciplinas Direito do Trabalho do 5º período e Prática Trabalhista do 8º período, ambos da Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia. Especialização (MBA) em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes/RJ. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Membro da Comissão de Direito do Trabalho e Sindical da OAB/ES. Advogado trabalhista e consultor jurídico. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0002-6317-3887>.
- 2 Professor Adjunto do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>.

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

MACHADO, Fábio Siqueira; ROCHA, Claudio Jannotti da Rocha. A quarta revolução industrial e o dumping social – implicações jurídicas no âmbito brasileiro. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 51-68, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8536>.

## ABSTRACT

*This article aims to analyze how the new types of work and the unprecedented ways of hiring labor that characterize the fourth industrial revolution are grounded in fertile ground for the practice of social dumping, precarious labor relations, triggering unfair competition. in the business scenario and, finally, how this practice can be combated in national territory. As a research methodology, the deductive method was chosen, through documentary, bibliographic and jurisprudential consultation. Initially, it was necessary to approach social dumping; then, social dumping was worked on in the context of the fourth industrial revolution; finally, we analyzed the instruments that actually exist in the Brazilian legal system to combat such harmful practices in our country. It was concluded that the Brazilian system has powerful instruments to combat social dumping, such as the Public Civil Action, in addition to the Public Civil Inquiry and the Conduct Adjustment Term.*

**Keywords:** fourth industrial revolution; working relationships; social damage; social dumping in Brazil.

## 1. INTRODUÇÃO

Na sociedade de consumo maciço na qual vivemos, tudo é monetizado. Mercadorias, relacionamentos e trabalho passam por negativa e permanente mudança. O preço é o valor supremo. Mario Vargas Llosa, ao abordar o declínio de nossa cultura, registra com bastante perspicácia, que o mercado dita as regras da sociedade contemporânea:

Para essa nova cultura são essenciais a produção industrial maciça e o sucesso comercial. A distinção entre preço e valor se apagou, ambos agora são um só, tendo o primeiro absorvido e anulado o segundo. É bom o que tem sucesso e é vendido; mau o que fracassa e não conquista o público. O único valor é o comercial. O desaparecimento da velha cultura implicou o desaparecimento do velho conceito de valor. O único valor existente é agora o fixado pelo mercado. (LLOSA, 2013, p. 27)

É inegável que os avanços tecnológicos dos últimos séculos modificaram a nossa cultura e alteraram a maneira como as pessoas vivem, se relacionam em família e sociedade, consomem e, acima de tudo, trabalham. As profundas e céleres mudanças que marcam a sociedade pós-moderna impactam diretamente as formas de trabalho e de contratação da mão de obra.

A mercantilização de tudo e de todos impõe características indelévels nas relações interpessoais e no mercado de trabalho. Em prol do desenvolvimento econômico, a mão de obra trabalhadora é, também, mercantilizada. Como peça importante na composição dos preços dos produtos, o custo da mão de obra é sucessivamente reduzido, mediante diminuição de salários e benefícios, concomitantemente a maiores exigências de produção, redundando em precarização das relações trabalhistas.

Este cenário consubstancia-se em terreno fértil para a prática do *dumping social*, que corresponde a inobservância de direitos dos trabalhadores a fim de reduzir custos em prol de um objetivo maior: concorrer deslealmente no cenário empresarial, tanto nacional, quanto internacional.

A necessidade de equilíbrio entre desenvolvimento tecnológico e econômico e a proteção de direitos fundamentais ganha importância de destaque no contexto da quarta revolução industrial, sobretudo ao se considerar que a repercussão da inobservância de direitos trabalhistas não se restringe aos trabalhadores diretamente afetados, mas a toda mão de obra disponível e ao ambiente empresarial, afetando a economia como um todo. Empresas

que deixam de conferir aos seus contratados direitos trabalhistas com o fito de reduzir custos para auferir vantagem no mercado de forma desleal causam danos imensuráveis tanto a estes como aos demais trabalhadores, bem como às empresas, de maneira que a economia é afetada como um todo.

Na quarta revolução industrial, cenário de rápida proliferação do modelo empresarial das plataformas digitais de trabalho, a desobediência ao arcabouço jurídico é marcante. Trabalhadores sem contrato formal, sem limitação da quantidade de horas a serem trabalhadas ou sem outros tantos elementares direitos assegurados. As corporações se aproveitam e ampliam a precarização e consagram a informalização, negligenciando os mais comezinhos direitos dos trabalhadores, cenário no qual a sociologia denomina o trabalhador de escravo digital (ANTUNES, 2018).

Os trabalhadores da quarta revolução industrial encontram-se numa zona cinzenta de proteção, especialmente no Brasil, no qual ainda vigora indefinição doutrinária e jurisprudencial a respeito de sua natureza jurídica, cenário propício à sucessiva retirada de direitos trabalhistas. As empresas deste novo modelo de negócios, diante da suposta inexistência de proteção normativa, negligenciam os mais elementares direitos dos trabalhadores, como os relacionados à segurança e à saúde. Dessa forma, configura-se o *dumping social* no contexto da 4ª revolução industrial, desafiando o sistema jurídico nacional à adoção de medidas efetivas de combata a tão deletéria prática.

Este artigo tem por objetivo estudar de que maneira as novas modalidades de contratos de trabalho que caracterizam a quarta revolução industrial consubstancia-se em cenário propício à prática do *dumping social* e como esta deletéria prática pode ser combatida em território brasileiro. Como metodologia de pesquisa, optou-se pelo método dedutivo, mediante consulta bibliográfica, documental e jurisprudencial. De início, trabalhou-se o *dumping social*; na sequência, abordou-se o *dumping social* no contexto da quarta revolução industrial; por fim, analisou-se os instrumentos efetivamente existentes no ordenamento jurídico nacional para o combate a tão reprovável prática em nosso país. Como problemática central deste artigo a seguinte indagação: como combater, em território nacional, a prática do *dumping social* no contexto da quarta revolução industrial? Chegou-se à conclusão de que o sistema brasileiro dispõe de poderosos instrumentos de combate ao *dumping social*, como a Ação Civil Pública, o Inquérito Civil Público e o Termo de Ajuste de Conduta.

## 2. O DUMPING SOCIAL

O termo *dumping* advém da palavra *dump*, que significa “montão de lixo”. *Dumping*, por sua vez, significa “venda (no exterior por preços até abaixo do custo para conquistar o mercado”. (MICHAELIS, 1989).

A terminologia é também aplicada na esfera das relações comerciais, “haja vista que se consubstancia na prática de extirpar os demais atuantes do mesmo nicho de mercado em nível internacional através da prática de concorrência desleal, com vistas a estrangular a produção local, inserindo-se no mercado estrangeiro pretendido”. (DUTRA; SANTOS, 2017, p. 65)



A definição jurídica de *dumping* é fornecida pelo direito internacional e pode ser encontrada no artigo VI do GATT (Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio) 1947 nos seguintes termos (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1986, p. 10):

As partes contratantes reconhecem que o *dumping*, pelo qual produtos de um país são introduzidos no comércio de outro país por menos do que o valor normal dos produtos, deve ser condenado se causar ou ameaçar dano material a uma indústria estabelecida no território de uma parte contratante ou retarda materialmente o estabelecimento de uma indústria nacional (...).<sup>3</sup> (tradução nossa)

Já o artigo 2.1 do GATT 1994 (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1994, p. 145), traz a seguinte definição para a prática:

Para efeitos do presente Acordo, um produto deve ser considerado como sendo objeto de *dumping*, ou seja, introduzido no comércio de outro país por um valor inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto exportado de um país para outro for inferior ao comparável preço, no curso normal de comércio, do produto similar quando destinado ao consumo no país exportador.<sup>4</sup> (tradução nossa)

No Brasil, a prática do *dumping* é definida pelo artigo 7º do Decreto 8.058/2013, que regulamenta as normas e os procedimentos relativos à implementação do artigo VI do GATT, acima transcrito, da seguinte forma:

Art. 7º Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de *dumping* a introdução de um produto no mercado doméstico brasileiro, inclusive sob as modalidades de drawback, a um preço de exportação inferior ao seu valor normal. (BRASIL, 2013)

A definição jurídica é por demais limitada, cabendo à doutrina e à jurisprudência trabalhar na atualização do conceito, diante das novas práticas empresariais que a cada dia são desenvolvidas objetivando o lucro em detrimento de direitos econômicos e sociais, especialmente trabalhistas.

É o que Lincoln Zub Dutra e Samuel Lima dos Santos registram, com peculiar lucidez:

Os avanços tecnológicos que possibilitaram a expansão da produção de riquezas, sem dúvida elevaram o comércio internacional a outro nível, mas em contrapartida possibilitaram que o *lobby* industrial alterasse a ordem jurídica ao longo dos anos, encontrando pontos fracos nos quais a ausência ou lentidão da evolução jurídica diante das mudanças da sociedade propusesse o aumento exponencial dos efeitos da prática do *dumping* no que respeita a afetarem sobremaneira as relações negociais e seus efeitos se estenderam para outros segmentos da sociedade com efeitos não só jurídicos, mas também sociológicos. (DUTRA; SANTOS, 2017, p. 68)

A par do que muito bem registraram os referidos autores, a configuração do *dumping* nem sempre decorrerá de explícito descumprimento das normas aplicáveis às práticas comerciais,

3 "The contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry (...)".

4 "For the purpose of this Agreement, a product is to be considered as being dumped, i.e. introduced into the commerce of another country at less than its normal value, if the export price of the product exported from one country to another is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country".

mas também do aproveitamento da letargia no desenvolvimento de sistemas jurídicos aplicáveis às novas práticas. Dessa forma, cabe ao poder judiciário dar aplicabilidade às normas já existentes às novas práticas comerciais que forem desenvolvidas pelas organizações.

Conceitualmente, o *dumping social* “constitui a prática reincidente, reiterada, de descumprimento da legislação trabalhista, como forma de possibilitar a majoração do lucro e levar vantagem sobre a concorrência”. (SOUTO MAIOR; MENDES; SEVERO, 2012, p. 10)

Por sua vez, Enoque Ribeiro dos Santos conceitua o *dumping social* como:

uma prática de gestão empresarial antijurídica, moldada pela concorrência desleal e ausência de boa-fé objetiva, que busca primordialmente a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado nacional ou internacional, provocando prejuízos não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, bem como às demais empresas do setor. (SANTOS, 2015, p. 210)

O primeiro caso histórico de *dumping social* de que se tem conhecimento remonta a 1788, quando o banqueiro e ministro francês Jacques Necker aboliu o descanso semanal dos trabalhadores como forma de adquirir vantagens em relação a outros países (SILVA, 2008).

No Brasil, ainda não há legislação que, de forma direta, trate do *dumping social*. O Projeto de Lei nº. 7070/2010 (BRASIL, 2010, p. 1), de autoria do deputado federal Carlos Bezerra, que terminou arquivado, assim pretendeu regulamentar a prática:

Art. 1º Configura “*dumping social*” a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua concorrência.

Art. 2º A prática de “*dumping social*” sujeita a empresa a:

a) pagamento de indenização ao trabalhador prejudicado equivalente a 100% (cem por cento) dos valores que deixaram de ser pagos durante a vigência do contrato de trabalho;

b) pagamento de indenização à empresa concorrente prejudicada equivalente ao prejuízo causado na comercialização de seu produto;

c) pagamento de multa administrativa no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por trabalhador prejudicado, elevada ao dobro em caso de reincidência, a ser recolhida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Art. 3º O juiz pode declarar de ofício a prática de “*dumping social*”, impondo a indenização e a multa estabelecidas nas alíneas “a” e “c” do art. 2º.

Como se verifica, para a caracterização de *dumping social*, bastariam que a inobservância da legislação trabalhista fosse contumaz e ensejasse favorecimento da empresa que a pratica.

É notável que na justificativa do projeto de lei ora em comento, foi citado enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em 2007, do seguinte teor:

“DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR.

As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção

de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, *d*, e 832, § 1º, da CLT. (1ª JORNADA..., 2007).

O enunciado caracteriza o *dumping social* como a prática reincidente e inescusável de desrespeito aos direitos trabalhistas, imputando-lhe a responsabilidade de descaracterizar a estrutura estatal e o próprio modelo capitalista de produção e incentiva uma reação do poder judiciário, através de condenação da empresa ao pagamento de indenização pela nefasta prática.

Semelhantemente, o Tribunal Superior do Trabalho assim tem conceituado o instituto:

Caracteriza-se pelo desrespeito reiterado e inescusável aos direitos trabalhistas, como fato gerador de dano à sociedade, configurando ato ilícito pelo exercício abusivo do direito e desconsiderando-se propositalmente a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista, mediante a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. (BRASIL, 2016)

Para muito além de causar danos apenas aos trabalhadores diretamente afetados, o dumping social repercute em toda a mão de obra disponível. É o que registra Enoque Ribeiro dos Santos ao trabalhar a natureza jurídica da prática:

apresenta-se como um dano social, difuso e coletivo, pois atinge ao mesmo tempo os trabalhadores já contratados e inseridos na exploração por empresas que o praticam, como futuros trabalhadores que poderão vir a ser aliciados e ingressarem nesse tipo de empreendimento, em situações de crise social e de desemprego, como vivenciamos neste momento. (SANTOS, 2015, p. 211)

O *dumping social* desequilibra o tanto o sistema capitalista como a relação de trabalho, na medida em que a prática reiterada do descumprimento de direitos trabalhistas, que o caracteriza, vai de encontro a diversos direitos econômicos e sociais previstos na Constituição de 1988, tais como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (art. 3º), que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, conforme ditames da justiça social e tem por um de seus princípios a busca do pleno emprego (art. 170) e que a ordem social tem por base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e a justiça sociais (art. 193). (BRASIL, 1988)

Assim, a observância aos ditames constitucionais e legais, como veremos no decorrer deste artigo é, a um só tempo, o caminho supremo para impedir a prática do *dumping social*, promovendo o desenvolvimento econômico e social, com sustentabilidade, promovendo a justiça social.

### 3. A PRÁTICA DO *DUMPING SOCIAL* NO CONTEXTO DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Ao longo da história, as formas de trabalho foram alteradas de acordo com as tecnologias empregadas pelo sistema produtivo. Três foram as grandes revoluções industriais: a primeira marcada pelo uso de máquinas a vapor e da mecanização; a segunda pela introdução da energia elétrica e pela produção em massa; e a terceira pelo implemento do computador e da automatização. Cada uma das três grandes revoluções industriais ocorridas no mundo impactou profundamente as formas de trabalho, principalmente devido à evolução tecnológica, incorrendo em mudanças significativas na forma de produzir e trabalhar. (SCHWAB, 2016, p. 18-19).

A quarta Revolução Industrial, denominada indústria 4.0, se difere das demais pela rapidez das mudanças e pelo alto grau de volatilidade do mundo do trabalho. A transição da modernidade sólida à líquida é o cenário em que a história dos trabalhadores uberizados foi escrita (BAUMAN, 2001). As transformações são cibernéticas, fluidas e constantes, multiplicam-se empresas plataforma e tarefas realizadas *on demand*, momento sem correlação histórica em que vários novos desafios se apresentam para o direito do trabalho e para a economia como um todo.

Tem destaque a *share economy*, caracterizada pelo compartilhamento do consumo de serviços e mercadorias, modelo organizacional que não raro tem crescido à revelia do controle estatal e se ramificado para os mais diversos bens e serviços. Corolário da economia do compartilhamento, a *gig economy* ou economia do bico caracteriza-se pelo compartilhar da força de trabalho por empresas e consumidores. O trabalhador não mais vende o seu tempo e o seu vigor a uma só organização, mas a tantas quantas se dispuser e o local de trabalho passou a ser indefinido, variável, alternando a cada consumidor. A *gig economy* é gênero do qual são espécies o *crowdwork* e o trabalho *on demand* por aplicativos. No *crowdwork* os serviços, geralmente micro tarefas, são prestados remotamente, através de plataformas *online*, que interligam clientes e prestadores de serviços. No trabalho *on demand* por aplicativos, as plataformas também desempenham o papel de conectar clientes e prestadores de serviços, mas destacam-se atividades tradicionais, tais como limpeza e transporte, executadas presencialmente (DE STEFANO, 2016).

Além disso, destacam-se novas tecnologias, como inteligência artificial, programação algorítmica, *internet das coisas*, *machine learning*, *cloud computing*, *big data*, criptomoedas, *blockchain*, nanotecnologia e engenharia genética. No mundo do trabalho, evidencia-se o trabalho intermediado por plataformas. (SCHWAB, 2016).

Nesse inédito cenário, emergem questões principalmente de ordem econômica, social e ambiental, que desafiam tanto empresários, economistas, políticas públicas estatais e a tutela dos direitos das partes envolvidas nas novas formas de contratação e prestação de serviços.

A concentração de poucas e poderosas plataformas dominando os mercados é uma consequência da quarta revolução industrial. Consumidores ganham com conveniência e baixos preços, mas a concentração de poder nas mãos de poucos acarreta riscos sociais evidentes, de maneira que é preciso encontrar formas de equilibrar os benefícios e os riscos das plataformas digitais (SCHWAB, 2016).

Para os operadores do direito os desafios são inúmeros. Há vínculo de emprego entre as plataformas e os trabalhadores? Como conferir aos trabalhadores da quarta revolução industrial o patamar civilizatório mínimo? (DELGADO, 2017). E, no que guarda pertinência com o presente artigo, de que forma combater ao *dumping social* em nosso país? É a questão que objetiva-se responder neste trabalho.

A quarta revolução industrial é marcada por novas maneiras de execução do trabalho, que desencadeiam formas de contratação inovadoras, sobre as quais supostamente não há legislação regulamentadora. Assim, caminham as empresas a passos largos rumo à retirada de direitos trabalhistas histórica e arduamente conquistados, epicentrais ao Direito do Trabalho contemporâneo, tais como saúde e segurança do trabalhador.

Nesse contexto, destaca-se a empresa Uber, que, por seu pioneirismo e capilaridade, empresta o nome ao fenômeno chamado uberização do trabalho. Em 2017 a empresa ativava quinhentos mil motoristas por mês, sendo cento e cinquenta mil apenas no Estado de São Paulo. (RIBEIRO, 2017)

A prática do *dumping* pode ser observada, no contexto da quarta revolução industrial, através da atuação da Uber. Ana Carolina Reis Paes Leme registra que um dos objetivos declarados da empresa é exterminar a concorrência dos táxis, através de práticas desleais:

O quarto e o quinto motivos apresentados no manifesto do *Software Livre* são relacionados à concorrência desleal com os motoristas de táxi e a intenção deliberada da Uber de exterminar a referida profissão, em razão de seus vastos investimentos nos carros automáticos (*self-driving cars*), inclusive". (LEME, 2019, p. 41-42)

E a prática do *dumping social* pela Uber é constatada pela falta de registro de seus motoristas, o que ofende a ordem jurídica e constitucional. Contra a empresa foi instaurado o Inquérito Civil n. 001417.2016.01.000/6, pelo Ministério Público do Trabalho da 1ª Região após denúncia de que "os mais de mil motoristas da Uber estão sem amparo jurídico, a empresa não cumpre a lei". (LEME, 2019, p. 45)

A autora também registra a prática da empresa com a exploração dos motoristas, na medida em que não há limites ao número de horas trabalhadas. Ao revés, os trabalhadores são estimulados a não se desconectarem da plataforma:

Nos autos do inquérito, o ex-gerente geral informou que "o aplicativo continua funcionalidades para incentivar os motoristas a ficarem *on-line* por mais tempo, indicando os potenciais ganhos, independente da jornada acumulada". Apontou que os motoristas recebiam *e-mail* ou *SMS* com a seguinte frase: "Tem certeza que vai ficar *off-line*? Você pode ganhar mais X reais se ficar *on-line*". (LEME, 2019, p. 47)

Práticas como essas revelam a intenção predatória das empresas plataforma, tanto com relação ao setor econômico no qual atuam, como relativamente aos trabalhadores. Configura-se, de uma só vez, a prática do *dumping* propriamente dito, como do *dumping social*.

Pesquisa realizada junto a *parceiros* Uber no Rio de Janeiro buscou informações a respeito do nível de precarização do trabalho desenvolvido, evidenciando a prática do *dumping social* pela empresa. A maioria dos entrevistados revelou que trabalha muito mais do que as oito horas diárias padrão da CLT, tendo alguns dito que trabalham por até vinte horas por dia. Outros afirmaram trabalhar entre dez a dezesseis horas diárias, além de relato de ausência de

descanso semanal. A maioria configurou o trabalho como precário, em razão da baixa renda, exploração e jornada exaustiva. Um dos entrevistados afirmou: “precário não é, mas eu acho que é escravo!” (ANDRÉ; SILVA; PREVOT, 2019, p. 24, grifo nosso).

Pesquisa realizada junto a trabalhadores da quarta revolução industrial na Europa, especialmente Reino Unido, Suécia, Alemanha, Áustria, Holanda, Suíça e Itália, acerca da saúde, bem estar e segurança dos trabalhadores, revela inúmeros problemas nessa área, como acidentes, exposição a condições climáticas adversas, tanto em razão da espera, como durante o trabalho ao ar livre, ausência de proteção securitária, jornadas extenuantes, depressão e estresse (HUWS *et al.*, 2017).

As histórias são chocantes, como a de um entregador que quebrou o quadril num acidente, foi atropelado e teve que retornar ao trabalho em apenas uma semana, ainda sem condições físicas mínimas, por não possuir outra fonte de renda:

Sabe, gente tem acidente, conheço um cara que quebrou o quadril, caiu da [scooter], ele teve um [acidente], quando ele estava dirigindo ele foi atropelado da scooter por um carro, quebrou seu quadril, e ele estava de volta em sua bicicleta uma semana depois. Ele ainda tem problemas no quadril, obviamente, porque ele nunca deu tempo ao quadril para sarar. Ele não tinha outra fonte de renda, então continuou trabalhando. E, você sabe, todos esses são custos enormes que são suportados pela força de trabalho e permitem que empresas como [nome da plataforma] cresçam rapidamente a um custo mínimo e, em alguns casos, cresçam em detrimento da eficiência operacional de o negócio, mas como esse custo é suportado pela força de trabalho, ele realmente não os afeta de forma alguma, você sabe. (Ben, 25, Reino Unido).<sup>5</sup> (HUWS *et al.*, 2017, p. 46, tradução nossa)

Relatos de transtornos psíquicos também são, lamentavelmente, frequentes, tanto em razão das exaustivas jornadas como em decorrência do risco de desativação unilateral pelo aplicativo:

Bem, eu não acho que estou tão feliz como costumava ser, porque não tenho tempo livre. Sempre que estou livre, tenho de trabalhar para [nome da plataforma]. Não é bom. Parece mais, eu diria que estou mais deprimido. Mas o que você pode fazer? E é assim que acontece. Mais estressado, eu diria.

Eu conheço os caras, eles estavam chorando, literalmente, e estou falando sobre um povo adulto, as pessoas que têm filhos com famílias. Eles têm contas a pagar. Eles acordam em uma manhã, tentam ligar o aplicativo e a mensagem aparece, você foi desativado e não há como você fazer nada e você tem as contas a pagar. (Serkan, 48, Reino Unido).<sup>6</sup> (HUWS *et al.*, 2017, p. 46, tradução nossa)

5 “You know, people have accidents, I know of a guy who broke a hip, he fell off his [scooter], he’s had an [accident], when he was driving he got hit off his scooter by a car, he broke his hip, and he was back on his bike a week later. He still has hip trouble, obviously, because he never gave his hip time to heal. He had no other source of income, so he kept working. And, you know, these are all massive costs that are shouldered by the workforce, and they enable companies like [name of platform] to grow rapidly at minimum cost, and in some instances to grow at a detriment to the operational efficiency of the business, but because that cost is shouldered by the workforce it really doesn’t affect them whatsoever, you know. (Ben, 25, UK)”.

6 “Well I don’t think I’m as happy as I used to be, because I have no free time. Anytime I am free, I actually have to work for [name of platform]. It doesn’t feel nice. It just feels more, I would say I’m more depressed. But what can you do? That’s the way it goes. More stressed, I would say. I know the guys, they was crying, literally, and I’m talking about a grownup people, the people who got a kids with a families. They’ve got bills to pay. They wake up in one morning, try to turn it on their app and the message comes up, you have been deactivated, and there’s no way you could do anything, and you have the bills to pay. (Serkan, 48, UK)”.



Situações como as ora narradas revelam que o direito à saúde e à segurança, que levou ao surgimento do direito do trabalho como ramo jurídico autônomo, constituem conquistas sem as quais o trabalhador é reduzido a mercadoria.

Esse cenário demonstra a prática do *dumping social* no seio da quarta revolução industrial assim entendida a inobservância de direitos trabalhistas a fim de reduzir custos em prol de um objetivo maior: concorrer deslealmente no cenário empresarial, prejudicando trabalhadores, demais empresas e a economia como um todo.

As empresas da quarta revolução industrial, nos países em que o sistema jurídico é letárgico ao conceder aos trabalhadores dessa nova dinâmica laboral os direitos que compõem a base protetiva judicialmente reconhecida, concorrem com enorme vantagem comparativamente às empresas tradicionais de transporte de mercadorias e de passageiros, por exemplo.

Ao revés, nos países em que há atuação firme no sentido de impedir práticas nocivas à economia local, verifica-se até mesmo o encerramento das atividades das empresas plataforma, a exemplo da Uber, que já não opera em diversos lugares do mundo, tais como Catalunha, Bulgária, Hungria, Dinamarca e norte da Austrália, e anunciou o encerramento de suas atividades na Colômbia após ser processado por concorrência desleal (PRESSE, 2020).

A exploração da mão de obra e a precarização das relações de trabalho de forma reiterada e objetivando a redução de custos para a prática da concorrência desleal deve ser firmemente combatida. As empresas plataforma devem se conformar ao sistema jurídico local, não o contrário.

#### 4. DO COMBATE AO *DUMPING SOCIAL* NO BRASIL

A Constituição da OIT (Organização Internacional do Trabalho), em 1946 e a Declaração da Filadélfia (1944), documentos considerados pilares da Organização, estabelecem que o trabalho não é uma mercadoria – não estando, portanto, sujeito às leis do mercado de oferta e demanda -, asseguram aos trabalhadores de todas as ocupações proteção adequada da vida e da saúde, com regulamentação das horas de trabalho, garantia de salário que assegura condições de existência convenientes (OIT, 1944).

Assim, o trabalho deve ser visto como condição de promoção dos direitos humanos, efetivação de direitos e garantias universais do homem. Medidas objetivando conferir um meio ambiente seguro e saudável, além de remuneração digna e limitação de jornada de trabalho são direitos universais de todo e qualquer trabalhador, independentemente de nacionalidade, sexo, raça, natureza jurídica da prestação laboral ou qualquer outra distinção.

Os direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo de séculos consubstanciam-se em benefícios para toda a sociedade, que inadmita o trabalho escorchanto. A tutela do trabalho digno é valor reconhecido e ratificado pela comunidade internacional, especialmente pelos membros da Organização Internacional do Trabalho, inclusive o Brasil, um de seus fundadores. É o que se extrai logo do preâmbulo da Constituição da OIT:

## Preâmbulo

Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social;

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio 'para igual trabalho, mesmo salário', à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; (OIT, 1944, p. 2-3)

Tais valores igualmente constam de nossa Carta Magna, que tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

As empresas que assumem o ônus de atender ao ordenamento jurídico perdem competitividade em relação àquelas que reduzem seus custos de produção por meio da supressão de direitos de seus trabalhadores. O empresário que decide descumprir a legislação não prejudica apenas os seus empregados, mas empurra para o abismo as condições de vida de todos os trabalhadores que atuam naquele ramo da economia. A empresa fraudada a legislação social e, às custas do prejuízo dos trabalhadores, compete com melhores preços e condições, fraudando o próprio sistema capitalista.

Apesar de inexistir legislação específica sobre a prática, verifica-se no sistema jurídico brasileiro a existência de comandos constitucionais e legais que constituem um arcabouço normativo apto à configuração e punição da prática do *dumping social*.

A Constituição Federal, no art. 1º, IV, dispõe que são fundamentos da república os valores sociais do trabalho (igualdade) e da livre iniciativa (liberdade) e o art. 170 explicita a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. (BRASIL, 1988)

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, consubstanciado na Lei 12.529/2011, prevê no artigo 36, I a configuração da concorrência desleal de forma tentada e independente de culpa, ao dispor que:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (BRASIL, 2011)

A estes somam-se os artigos 186, 187, 404 e 927, todos do Código Civil, que preveem que todo ato ilícito, inclusive os praticados em excesso aos limites impostos por seu fim econômico ou social, que causar danos a terceiros, deve ser reparado. (BRASIL, 2002)

Por fim, a CLT, nos artigos 652, d, e 832, §1º, prevê que a justiça do trabalho é competente para aplicar penalidades relativas aos atos de sua competência. (BRASIL, 1943)

Estão fincadas, assim, as bases constitucional e infraconstitucional para a configuração e punição da prática do *dumping social*.

É justamente com esteio nesse arcabouço normativo que a justiça do trabalho tem identificado e punido a prática do *dumping social* em solo brasileiro, como se verifica do seguinte julgado, do TRT da 3ª Região:

DUMPING SOCIAL TRABALHISTA - ESPIRAL DE DESRESPEITO AOS DIREITOS BÁSICOS DOS TRABALHADORES - CARACTERIZAÇÃO PARA ALÉM DE UMA PERSPECTIVA MERAMENTE ECONÔMICA - CONSEQUÊNCIAS - Segundo Patrícia Santos de Sousa Carmo, "A Organização Internacional do Trabalho e o Alto Comissário da ONU para Direitos Humanos tem denunciado que os direitos sociais estão cada vez mais ameaçados pelas políticas econômicas e estratégias empresariais. Nesse sentido, incontestemente que o Direito do Trabalho por influência dos impulsos sociais aos quais é exposto, tem sido crescentemente precarizado, de modo que se tem um dano social que aflige a própria matriz apologética trabalhista. A expressão *dumping* termo da língua inglesa, que deriva do verbo *to dump*[1], corresponde, ao ato de se desfazer de algo e, posteriormente, depositá-lo em determinado local, como se fosse lixo. Há, ainda, quem defenda que o termo possa ter se originado do islandês arcaico *humpo*, cujo significado é atingir alguém. Os primeiros registros do *dumping social*, ainda que naquela época não fosse assim denominado, são de 1788, quando o banqueiro e ministro francês Jacques Necker mencionava a possibilidade de vantagens serem obtidas em relação a outros países, abolindo-se o descanso semanal dos trabalhadores". A primeira desmistificação importante é que o *dumping social*, na verdade, liga-se ao aproveitamento de vantagens dos custos comparativos e não de uma política de preços. Retrata, pois, **uma vantagem comparativa derivada da superexploração de mão de obra. Dentro deste recorte epistemológico, interessa o prejuízo ao trabalhador, o prejuízo à dignidade da pessoa humana, o prejuízo ao valor social do trabalho, o prejuízo à ordem econômica, o prejuízo à ordem social e o prejuízo à matriz apologética trabalhista.** Com efeito, no século XX, com o advento do Constitucionalismo Social e da teoria da Constituição Dirigente, altera-se o papel da Constituição, se antes apenas retratava e garantia a ordem econômica (Constituição Econômica), passa a ser aquela que promove e garante as transformações econômicas (Constituição Normativa). Dessa maneira, **imperioso compatibilizar o plano normativo com o plano factual, a livre iniciativa ao valor social do trabalho, sob pena de se estar em sede de uma Constituição semântica**, cuja funcionalidade não se aproveita aos destinatários dela, mas se a quem detiver poder. Em se tratando de *dumping social*, a mera aplicação do Direito do Trabalho, recompondo a ordem jurídica individual, não compensa o dano causado à sociedade, eis que reside o benefício no não cumprimento espontâneo das normas trabalhistas. Dessa feita, as reclamações trabalhistas que contenha práticas reiteradas de agressões deliberadas e inescusáveis aos direitos trabalhistas, dado ao grave dano de natureza social, merecem correção específica e eficaz. Apresentam-se no ordenamento jurídico dois institutos jurídicos, a saber **indenização suplementar por *dumping social* e punitive damages, que constituem modalidades de reparação desse dano social.** No que respeita à **indenização suplementar por *dumping social* a defesa de sua aplicação reside em uma análise sistemática do ordenamento jurídico.** Sobrelevando-se que as normas infraconstitucionais devem assumir uma função instrumento, tendo, ainda, em vista a realização superior da Constituição e a preponderância dos direitos fundamentais em relação às leis, somando-se ao fato de que o direito

deve ser visto como um sistema aberto e plural, devem aquelas normas ser aplicadas de modo a buscar a concretização. Assim, em caso de dumping social, autoriza-se que o juiz profira condenação que vise à reparação específica, pertinente ao dano social perpetrado, ex officio, com vistas a proteção do patrimônio coletivo que foi aviltado, que é denominada indenização suplementar por dumping social, a qual favorecerá o Fundo de Amparo aos Trabalhadores (FAT) ou alguma instituição sem fins lucrativos.” (MINAS GERAIS, 2015, grifo nosso)

No entanto, as ações individuais revelam-se inservíveis para o combate à prática. Como o *dumping social* viola direitos difusos e coletivos, ultrapassando a esfera individual, a indenização por dano social tem sido negada em processos individuais, sob a fundamentação de ilegitimidade ativa. (BRASIL, 2020)

Ainda, há outros obstáculos, mesmo nos processos coletivos. O deferimento da indenização de ofício pelo magistrado tem encontrado sérias resistências em nosso sistema judiciário (BRASIL, 2014). Por fim, tem sido rejeitada a cumulação de indenização por danos morais coletivos e dano social decorrente do *dumping social* (BRASIL, 2019). De toda forma, a Ação Civil Pública revela-se como o mais adequado e efetivo instrumento jurídico para o combate ao *dumping social* no Brasil.

O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que são interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, ou de que seja titular grupo de pessoas ligadas entre si por uma determinada relação jurídica ou os decorrentes de origem comum. A defesa de tais direitos pode ser exercida tanto individual, como coletivamente. (BRASIL, 1990)

A Lei nº. 7.347/1985 (BRASIL, 2020), estabelece ser a Ação Civil Pública o instrumento jurídico para a tutela de direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos, inclusive em caráter cautelar.

Dessa forma, a partir da década de 1980, especialmente 1985 com a LACP, 1988 com a CF e 1990 com o CDC, emerge do sistema jurídico brasileiro instrumentos concretos e eficazes para a tutela coletiva dos direitos transindividuais, especialmente, no que diz respeito à presente pesquisa, o combate ao *dumping social*. Não é por outro motivo que a LACP e o CDC são chamados de “microsistema da tutela coletiva”. (BASTOS, 2018, p. 58)

João Batista Martins Cesar enumera seis vantagens do processo coletivo para a tutela dos direitos dos trabalhadores, quais sejam: a) evitar a proliferação de demandas repetitivas sobre os mesmos fatos; b) despersonalização do polo ativo da demanda; c) democratização do acesso ao judiciário; d) ocupação do polo ativo por uma pessoa com melhores condições de litigar em face dos grandes conglomerados; e) evitar a proliferação de decisões contraditórias sobre a mesma questão fática; f) propiciar efetividade aos princípios da celeridade e economia processuais. (CÉSAR, 2013, p. 69)

Não obstante a Ação Civil Pública ser a ferramenta mais eficaz em sede contenciosa, há mecanismos que podem ser utilizados na esfera investigativa ou conciliatória, ambas pelo Ministério Público do Trabalho, como o Inquérito Civil e o Termo de Ajuste de Conduta:

Como é cediço, entre os instrumentos mais poderosos do *parquet* trabalhista, encontramos o inquérito civil, devidamente regulado pela Resolução n. 69/2007 do Conselho Superior do MPT, por meio do qual os membros do MPT poderão celebrar TAC - Termos de Ajuste de Conduta - com as empresas praticantes de tal ato fraudatório ou antijurídico, impondo-lhes, administrativamente, mas com força de título executivo extrajudicial, indenizações a título de dano moral coletivo por *dumping* social, cujos valores poderão ser revertidos à própria sociedade (fundos, entidades filantrópicas, FAT e assim por diante).

Por outro lado, vemos também possibilidades de imposição de multa dissuasória por *dumping* social na celebração de TAC - Termo de Ajuste de Conduta -, por meio do Ministério Público do Trabalho, até mesmo cumulada com dano moral individual, sendo o primeiro revertido para o FAT ou instituições filantrópicas, sem fins lucrativos, e o segundo destinado ao próprio trabalhador que sofreu a lesão imaterial. (SANTOS, 2015, p. 213)

O *dumping social* viola direitos difusos e coletivos, devendo ser combatido em prol de melhores condições laborais para o trabalhador da quarta revolução industrial. O trabalho é essencial à dignidade do ser humano. Nesse sentido, são precisas as palavras de Gabriela Neves Delgado:

Porém, a identidade social do homem somente será assegurada se o seu trabalho for digno. A explicação deve ser compreendida por meio da contradição permanente que se desenvolve na sociedade civil: ao mesmo tempo em que o trabalho possibilita a construção da identidade social do homem, pode também destruir a sua existência, caso não existam condições mínimas para o seu exercício.

Se o obreiro ganha mal, se não existem condições mínimas de salubridade, por exemplo, não há espaço para a concretização da dignidade. O Direito será mera abstração. Compreender o trabalhador enquanto mero instrumento para a realização de determinado ofício, tônica da sociedade civil contemporânea, compromete o entendimento maior de que o homem deve ser um fim em si mesmo.

Para que o homem seja considerado um fim em si mesmo é necessário que o Estado garanta a efetividade do direito fundamental ao trabalho digno, por meio de práticas sociais de caráter interno e internacional.

Será por meio da promoção de direitos fundamentais que a dignidade será reconhecida como suporte de valor nas relações de trabalho. Eis, portanto, a importância do Direito do Trabalho enquanto "cânone de conduta e organização social. (DELGADO, 2015, p. 207-208)

Trabalho, dignidade, identidade social e sustentabilidade são indissociáveis. Um não se mantém em pé sem o outro. Não há dignidade se o trabalhador é visto como um objeto e o fruto do seu trabalho como uma mera mercadoria.

A par de tudo isso, conquanto os trabalhadores da quarta revolução industrial encontrem-se numa zona cinzenta de proteção, decorrente da indefinição doutrinária e jurisprudencial a respeito de sua natureza jurídica, carecendo de direitos concedidos exclusivamente ao trabalhador subordinado, a tutela de direitos fundamentais, tais como o direito ao meio ambiente do trabalho saudável e seguro, pode lhes ser assegurada, tanto pela via pré-processual, atra-

vés do Inquérito Civil Público ou Termo de Ajuste de Conduta, como pela via judicial, principalmente a coletiva, mais adequada e apta, posto que direito fundamental de todo e qualquer trabalhador, independentemente da relação de emprego.

## 5. CONCLUSÃO

A força normativa e não somente programática dos dispositivos constitucionais constituem a base jurídica do Estado Democrático para a tutela do trabalhador da quarta revolução industrial.

Em decorrência dos inúmeros dispositivos que compõem o arcabouço jurídico de proteção ao trabalhador, consubstanciado em normas constitucionais, normas internacionais ratificadas pelo Brasil e normas infraconstitucionais, existem instrumentos para o combate à prática do *dumping social* no contexto da quarta revolução industrial.

Direitos historicamente conquistados, como saúde e segurança do trabalhador possuem caráter de direito fundamental. Nesse sentido, nessa época de ruptura com o núcleo duro desse ramo especializado da justiça, decorrente das inovações cibernéticas, considera-se inadiável restaurar as bases históricas, em conformidade com a coerência e a integridade do Estado Democrático de Direito.

A sustentabilidade do ser humano, o trabalho decente, e as obrigações de proteção e promoção do meio ambiente do trabalho equilibrado com vistas à saúde do trabalhador são, entre outros, elementos inseparáveis e devem vincular a atividade empresarial das plataformas de trabalho digital.

A tutela de direitos fundamentais do trabalhador da quarta revolução industrial, independentemente da existência do vínculo de emprego existente nas multifacetadas formas de contratação, pode ser eficazmente combatida por meio da Ação Civil Pública. Ao contrário as plataformas ampliarão, a passos largos, a exploração desmedida da mão de obra disponível, praticando *dumping social* às escancaras.

Para o combate ao *dumping social*, é preciso olhar para o ordenamento jurídico sob a ótica dos direitos fundamentais sociais consagrados no texto constitucional e em consonância com as diretrizes estabelecidas nos campos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos e do direito internacional do trabalho, sob pena de aniquilamento do arcabouço de proteção dos direitos sociais conquistados ao longo de décadas, sendo o Inquérito Civil Público, o Termo de Ajuste de Conduta e a Ação Civil Pública os instrumentos mais adequados e eficazes nesse árduo caminho.



## REFERÊNCIAS

<sup>a</sup> JORNADA de direito material e processual na justiça do trabalho. Brasília, 2007.

ANDRÉ, Robson Gomes; SILVA, Rosana Oliveira da; PREVOT, Rejane. "Precário não é, mas eu acho que é escravo": análise do trabalho dos motoristas da Uber sob o Enfoque da Precarização. *Revista Eletrônica de Ciência Administrativa*, Curitiba, v. 18, n. 1, p. 7-34, 2019. Trimestral. Disponível em: <http://www.periodicosibepes.org.br/index.php/recadm/article/view/2544/1043>. Acesso em: 31 ago. 2020.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BASTOS, Fabrício Rocha. Do Microsistema da Tutela Coletiva e Sua Interação com o CPC/2015. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 68, p. 57-132, 2018. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1242829/Fabricio\\_Rocha\\_Bastos.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1242829/Fabricio_Rocha_Bastos.pdf). Acesso em: 30 jun. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 209.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 7 out. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 1254 de setembro de 1994*. Promulga a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho e o Meio Ambiente do Trabalho. Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1994/decreto-1254-29-setembro-1994-449674-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 8.058 de 26 de julho de 2013*. Regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas antidumping; e altera o Anexo II ao Decreto nº 7.096, de 4 de fevereiro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8058.htm#art201](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8058.htm#art201). Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. *Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus afins e outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ccivil03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ccivil03/leis/l6938.htm). Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. *Lei 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ccivil03/leis/l7347\\_compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ccivil03/leis/l7347_compilada.htm). Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ccivil03/leis/l8078\\_compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ccivil03/leis/l8078_compilada.htm). Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Vide Lei nº 14.195, de 2021) Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406\\_compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406_compilada.htm). Acesso em 6 out. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 6 out. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 7070/2010, de 06 de abril de 2010*. Dispõe sobre o "dumping social". Brasília. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0vnoia2c7244f54uy1lgx3mfx2309401.node0?codteor=751937&filename=Tramitacao-PL+7070/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0vnoia2c7244f54uy1lgx3mfx2309401.node0?codteor=751937&filename=Tramitacao-PL+7070/2010). Acesso em: 29 abr. 2021.

- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST-RR-1559-84.2016.5.22.0004*. Relator Alberto Bresciani. 3ª Turma. DEJT: 18.9.2020.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. TST-RR-61-03.2013.5.03.0063*. Relator Marcelo Lamego Pertence. 1ª Turma. DEJT: 19.02.2016.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. RR - 1883-42.2014.5.03.0176*. Relator Waldir Oliveira da Costa. 1ª Turma. DEJT 29/06/2020.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista RR: 10329820125150156*. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga. 6ª Turma. DEJT 15/04/2014
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista RR-11302-58.2014.5.18.0018*, Relator Guilherme Augusto Caputo Bastos. 4ª Turma. DEJT 30/08/2019.
- CÉSAR, João Batista Martins. *A tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.
- DE STEFANO, Valerio. *The rise of the "just-in-time workforce": Ondemand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"*. Geneva: International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, 2016. (Conditions of work and employment series, n. 71).
- DUTRA, Lincoln Zub. SANTOS, Samuel Lima dos. Prática do Dumping Social no Projeto de Lei nº. 4.330/2004 e a precarização das relações e garantias trabalhistas. *Direito em Debate - Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ*, ano XXVI, n. 47, p. 62-89, jan-jun. 2017.
- HUWS, Ursula; SPENCER, Neil H.; SYRDAL, Dag S.; HOLTS, Kaire. *Work in the European gig economy: research results from the UK, Sweden, Germany, Austria, The Netherlands, Switzerland and Italy*. FEPS, UNI Europa, University of Hertfordshire, p. 46-47. Disponível em: <https://www.uni-europa.org/wp-content/uploads/2017/11/europeagigecconomy-longversionpdf.pdf>. Acesso em: 7 out. 2020.
- LEME, Ana Carolina Paes. *Da máquina à nuvem. Caminhos para acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas da Uber*. São Paulo: LTr, 2019.
- LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Trad. Ivone Benedetti. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.
- MICHAELIS. *Dicionário ilustrado* - vol. 1. São Paulo: Melhoramentos. 28. Edição, 1989.
- MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso n. 0011216-57.2014.5.03.0163 (RO)*. Relator: Luiz Otavio Linhares Renault. Primeira Turma. Disponibilização: 22/10/2015.
- OIT. *Constituição da OIT e Declaração de Filadélfia*, 1944. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/--ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/--ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf). Acesso em: 30 jun. 2021.
- OMS. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Nova York, 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-oms-who.html>. Acesso em: 7 out. 2020.
- PRESSE, France. Uber anuncia que vai deixar de operar na Colômbia após ser processado. *In: G1. Economia*. 10 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/01/10/uber-anuncia-que-vai-deixar-de-operar-na-colombia-apos-ser-processada.ghtml>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- RIBEIRO, Gabriel Francisco. Uber tem 500 mil motoristas no Brasil e diz: "modelo fica inviável com PL". *In: UOL. Notícias, Tecnologia*. 27 out. 2017. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2017/10/27/uber-tem-500-mil-motoristas-no-brasil-e-diz-modelo-fica-inviavel-com-pl.htm>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Escola Judicial*. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 209-221, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27269>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Eveline de Andrade Oliveira e. *A cláusula social no direito internacional contemporâneo*. 2008. 182 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Brasília. 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp114510.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *General Agreement on Tariffs and Trade*, Genebra, 1986. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf). Acesso em: 28 jun. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Agreement on Implementation of Article VI of The General Agreement on Tariffs and Trade 1994*, Genebra, 1994. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/19-adp.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp.pdf). Acesso em: 28 jun. 2021.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 25/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/05/2021
- Avaliação 1: 19/06/2021
- Avaliação 2: 19/06/2021
- Decisão editorial preliminar: 19/06/2021
- Retorno rodada de correções: 01/07/2021
- Decisão editorial/aprovado: 08/07/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

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

# RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM FACE DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR: A COMPENSAÇÃO DOS DANOS IMATERIAIS PARA ALÉM DA INDENIZAÇÃO

PARENTS 'CIVIL RESPONSIBILITY IN VIEW OF FAMILY COEXISTENCE: THE COMPENSATION OF IMMATERIAL DAMAGES BEYOND INDEMNITY

ADAUTO DE ALMEIDA TOMASZEWSKI<sup>1</sup>  
DIEGO FERNANDES VIEIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

A proposta da presente pesquisa volta-se à análise da responsabilidade civil entre pais e filhos, em decorrência da violação do direito à convivência familiar. O estudo constituiu-se no método de abordagem na forma dedutiva, mediante uma revisão bibliográfica e documental, utilizando para tanto de uma visão multidisciplinar e interdisciplinar. Verificou-se que o instituto da responsabilidade civil voltado às relações parentais precisa de uma releitura e uma aplicação diferenciada, tendo em vista que os danos causados aos filhos normalmente são de ordem imaterial, extrapatrimonial, não sendo possível a sua reparação, mas simplesmente compensação. A principal contribuição deste estudo reside na necessidade de uma hermenêutica diferenciada em face dos atos parentais que violam o direito à convivência familiar. Os danos causados em decorrência de atos como de alienação parental ou abandono afetivo não podem ser reparados, mas simplesmente compensados pela responsabilidade civil. Sendo possível falar-se na possibilidade de responsabilização dos pais para além do pagamento de valor em pecúnia, tendo em vista que o núcleo axiológico do instituto em análise é a tratativa do dano, e não propriamente o dinheiro.

**Palavras-chave:** abandono afetivo; alienação parental; criança e adolescente; família.

1 Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1993), Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1997) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Já ministrou aulas em Tupã/SP, na FADAP, em 1998, em Presidente Prudente/SP de 1999 a 2003 na UNOESTE, na UNIPAR, de 1998 a 2019. Foi Procurador do Município de Londrina/PR de 1995 a 2003, lotado na Secretaria Especial da Mulher e na Autarquia do Serviço Municipal de Saúde. Foi Diretor do Núcleo de Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC, Campus Londrina entre outubro de 2006 a dezembro de 2010. Atualmente é Professor Associado da Universidade Estadual de Londrina, lotado no EAAJ - Escritório de Aplicação e Assuntos Jurídicos, Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Londrina. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2614137638351028>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7960-9617>.

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. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8603486646565986>.

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

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; VIEIRA, Diego Fernandes. Responsabilidade civil dos pais em face da convivência familiar: a compensação dos danos imateriais para além da indenização. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 69-84, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8447>.

## ABSTRACT

*The purpose of this research is to analyze the civil liability between parents and children, due to the violation of the right to family life. The study was constituted in the method of approach in the deductive form, through a bibliographic and documentary review, using for that purpose of a multidisciplinary and interdisciplinary vision. It was found that the civil liability institute focused on parental relationships needs a different rereading and application, considering that the damages caused to the children are usually immaterial, off-balance sheet, and its reparation is not possible, but simply compensation. The main contribution of this study resides in the need for a different hermeneutics in the face of parental acts that violate the right to family life. The damages caused as a result of acts such as parental alienation or emotional abandonment cannot be repaired, but simply compensated by civil liability. It is possible to talk about the possibility of parental responsibility beyond the payment of a monetary amount, considering that the axiological nucleus of the institute under analysis is dealing with the damage, and not exactly the money.*

**Keywords:** affective abandonment; parental alienation; child and teenager; family.

## 1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a criança e adolescente vem ganhando espaço nas discussões jurídicas, que tendem a reconhecê-las como sujeito de direitos, bem como destinatárias de especial proteção em razão de sua vulnerabilidade, que se perfaz por sua situação de dependência e de desenvolvimento humano. Em outras palavras, a população infantojuvenil necessita de reconhecimento e ações de âmbito público e privado para com a efetivação de seus direitos.

A convivência familiar entre pais e filhos sofreu e sofre grandes mudanças conforme o caminhar social e jurídico. Enquanto antes era inimaginável a responsabilização civil dos pais pelos danos patrimoniais e existenciais causados aos filhos, hoje não existe qualquer dúvida de sua aplicabilidade e importância para com a proteção dos direitos e da dignidade da criança e adolescente. Responsabilizar os pais pelos danos que estes causam aos seus filhos, não se reveste apenas de um caráter punitivo, mas vai além, deve observar as outras funções, sendo elas a reparatória/compensatória, pedagógica e acima de todas a preventiva.

Seguindo esse ideário, o estudo volta-se à responsabilidade civil e ao direito à convivência familiar, constituindo-se de uma revisão bibliográfica e documental, baseado no método de abordagem de forma dedutiva, tendo por objetivo analisar a aplicação da responsabilidade civil nas relações parentais quando da violação do direito à convivência familiar - alienação parental e abandono afetivo -, realizando uma reflexão jurídica acerca da necessidade de uma ampliação da responsabilização, devendo esta, ir além do valor pecuniário.

A disposição e organização do estudo se dá em três partes, na primeira é explanado acerca da família e seus sujeitos, bem como a essencialidade que a convivência possui para com o desenvolvimento humano do filho. Na segunda parte, abordou-se as problemáticas que permeiam a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares. E na terceira e última parte, realizou-se uma reflexão sobre a forma de tratativa da responsabilidade civil dos pais, que deve ir além do pagamento de indenização, mas deve ir de encontro com as reais necessidades do filho, e da natureza do dano causado pela não convivência familiar.

Torna-se imprescindível uma mudança acerca da responsabilização civil em face das relações parentais, pois os danos causados pela não convivência familiar causados a crianças

e adolescentes não se repara, mas simplesmente tenta-se compensar. Impõe-se ao Direito e aos seus agentes, públicos e privados, assegurar a proteção e efetivação dos direitos infanto-juvenis, razão pela qual, a análise e aplicação da responsabilidade civil não deve se limitar a uma mera indenização de cunho pecuniário, mas ir além, analisar cada caso, e tentar ao menos primar pelo melhor atendimento da demanda.

## 2. A FAMÍLIA, OS PAIS E OS FILHOS: A ESSENCIALIDADE DA CONVIVÊNCIA COM AMBOS OS GENITORES

A pessoa é um ser social, que vive em uma sociedade, em constante interação com o outro (SZANIAWSKI, 2005, p. 116). Não é possível falar em desenvolvimento humano sem pensar no outro, no interagir da pessoa com o mundo – coisas e pessoas (BOSCHI, 2005, p. 45). Adauto de Almeida Tomaszewski (2004, p. 93) sustenta que “é com a socialização que o indivíduo adquire potencialidades comportamentais habituais e aceitáveis”.

Para Diogo Costa Gonçalves (2008, p. 64), a pessoa humana pode ser compreendida sob três aspectos integrantes: 1) sua forma de ser e suas características diferenciadoras (particular intensidade do acto de ser); 2) sua existência física e relacional com o outro (respectividade ôntica); e, por fim, 3) os seus sonhos, aquilo que ela projeta para o futuro, dando significado à sua existência (dimensão realizacional).

Será na família onde serão vivenciados os extremos da vida, sendo estes o nascimento e a morte. A família, de igual forma que a pessoa, passa por fases e momentos, estando, a sua continuidade, sob a dependência de múltiplos e complexos fatores (SILVEIRA, 2000, p. 61) que acabam por escapar do âmbito jurídico. A família é o primeiro e privilegiado núcleo de integração social, a primeira experiência com o outro, logo, antes de ser filho, a criança é um ser familiar, é um ser social (NERY; NERY JUNIOR, 2019, p. 119).

Nesse sentido, a pessoa humana só se tornará pessoa quando vivencia o processo de socialização, com o contato afetivo com o outro. Logo a convivência com os pais, primeira interação humana, é de fundamental importância para o desenvolvimento e reconhecimento do ser dotado de dignidade.

A convivência com os pais e com os outros membros da família é uma necessidade básica da criança e do adolescente<sup>3</sup>, já que “[...] é na família, como primeiro agrupamento de inserção no indivíduo, que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre a qual se apoia todo o desenvolvimento posterior do indivíduo, dando unidade à sua personalidade” (LIRA, 2010, p. 544).

Sob esse aspecto social e relacional envolvendo a pessoa humana, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos considera fundamental que:

3 Além disso, Donald Woods Winnicott (2011, p. 130) ensina que “o cuidado materno transforma-se num cuidado oferecido por ambos os pais, que juntos assumem a responsabilidade por seu bebê e pela relação entre todos os filhos. Além disso, os pais têm a função de receber as ‘contribuições’ fornecidas pelas crianças sadias da família. O cuidado proporcionado pelos pais evolui para a família e esta palavra começa a ter seu significado ampliado e passa a incluir os avós, primos e outros indivíduos que adquirem o status de parentes devido à sua grande proximidade ou a seu significado especial – os padrinhos, por exemplo”.



[...] a família responde a necessidades humana e sociais relevantes, uma vez que o ser humano não existe sozinho, mas em relação com outro. A ideia de família é importante mesmo quando está distante, pois está presente como realidade que determina o sentido existencial das pessoas, confortando o ser humano pela simples constatação de que ele não está só, afetivamente, no universo, mas que alguém se preocupa com sua existência. E ainda porque aglomera relações de reciprocidade afetiva (nem sempre equivalentes). A ideia de família, portanto, perfaz a construção da personalidade do filho. (RAMOS, 2005, p. 104)

A família possui um papel social, não sendo difícil chegar à conclusão de que este se resume em proporcionar um ambiente e conceder condições para o pleno e saudável de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (SILVEIRA, 2000, p. 61). “Independentemente da forma de família, é vital que a criança e adolescente se sintam parte desta comunidade, nela encontrando pessoas que sejam suas referências” (VIEIRA, M., 2014, p. 140).

O cuidado (*pathos*) em face do outro está na origem da existência do ser e perfaz-se na energia ininterrupta despendida, sendo por meio deste que irá “surgir”, se desenvolver o ser humano como ser (BOFF, 2005, p. 34). Em outras palavras, a forma que se estabeleceu o cuidado/apego na infância ditará a base de todas as outras relações desta pessoa, enquanto perdurar a sua vida. Serão os pais a figura de apego dos filhos e, quando despendidos os devidos cuidados, despertará segurança e atenção, a pessoa do filho se sentirá livre e capaz para entregar as desventuras da vida (SIMÕES; REIS, 2011, p. 580)<sup>4</sup>.

Nesse entendimento, as assistências parentais voltadas para o filho garantem-lhe um pleno desenvolvimento, visto que este é a “figura principal de apego”. Sobre o tema, John Bowlby explica que

nenhuma forma de comportamento é acompanhada por sentimento mais forte do que o comportamento de apego. As figuras para as quais ele é dirigido são amadas, e a chegada delas é saudada com alegria.

Enquanto uma criança está na presença incontestada de uma figura principal de apego, ou a tem ao seu alcance, sente-se segura e tranqüila. Uma ameaça de perda gera ansiedade, e uma perda real, tristeza profunda; ambas as situações podem, além disso, despertar cólera. (BOWLBY, 2002, p. 259)

A estruturação da pessoa humana é ditada pelas relações iniciais do filho com seus pais, sendo estas relações que irão moldar a personalidade e o ajustamento da criança com a sociedade (OLIVEIRA, J., 2008, p. 87). Necessitando-se aqui do cumprimento de certas atividades para que assim se complete este ciclo estruturante, sendo elas por exemplo aquelas relacionadas ao exercício da autoridade parental.

Assim, forma-se o pensamento jurídico acerca do direito fundamental à convivência familiar (visitas), que se perfaz como especial direito direcionado ao grupo vulnerável que é composto pelas crianças e adolescentes. Direito que visa precipuamente o pleno desenvolvimento da personalidade e estruturação psíquica dos filhos menores.

Ter uma família e conviver com ela é um direito fundamental das crianças e dos adolescentes. O direito à convivência não se limita a viver com seus familiares, abrangendo o direito

4 Tânia da Silva Pereira e Natália Soares Franco (2009, p. 345) reforçam que “tratar a criança com *afeto, carinho e respeito* serve de amparo e estímulo, ajudando-a a suportar e enfrentar dificuldades, ao mesmo tempo em que lhe dá inspiração e ânimo para um relacionamento pacífico e harmonioso com os que a cercam”.

de receber o devido cuidado e assistências que lhes são necessárias, tornando possível o seu crescimento e inserção na sociedade (FACHINETTO, 2009, p. 63). O contato dos pais com seus filhos é não apenas benéfico, mas essencial para o desenvolvimento da criança e/ou adolescente (RAMOS, 2016, p. 115).

No entendimento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,

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)

Percebe-se que “[...] o afeto dos pais é elemento importantíssimo para a formação sadia da personalidade humana, o que é fator de salvaguarda e concretização do princípio da dignidade humana” (SILVA, H., 2012, p. 219). É inerente ao ser humano a busca por amparo, em busca do outro, pois também será no outro que a pessoa se encontrará, bem como encontrará felicidade, prazer, alegria, dentre outras sensações (BRAGA, 2014, p. 44).

Carlos Alexandre Moraes e Diego Fernandes Vieira elucidam quem,

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, mas não estes de seus filhos. (MORAES; VIEIRA, 2020, p. 26)

É preciso demonstrar a grandeza e proporção que tais direitos e deveres parentais têm para com a estruturação e desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. Nenhum direito infantojuvenil será concretizado sozinho; precisa-se de um agir parental, um fazer dos pais para com os filhos, uma atitude positiva voltada para a proteção integral deste grupo vulnerável.

Quando o filho é privado da convivência com um de seus genitores, este “abandono” ou “distanciamento involuntário” acarreta não apenas em consequências psicológicas, mas também na violação de direitos, em especial, os direitos da personalidade. Por esse motivo, o instituto da responsabilidade civil tende a abarcar essas situações.

### 3. DA APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PARENTAIS

A responsabilidade civil torna-se, hoje, o fenômeno sóciojurídico mais relevante para a sociedade, concretizando-se como uma importante ferramenta da proteção de direitos e na

harmonia social<sup>5</sup>, galgando *status* constitucional, sob o fundamento do art. 5, incisos V<sup>6</sup> e X<sup>7</sup>, e art. 1º, inciso III, ambos da Constituição Federal de 1988.

No momento em que são conferidos direitos aos indivíduos, esses mesmos direitos impõem certos deveres correspondentes, não tendo ninguém o direito de violar direitos e ocasionar danos a outrem, independente de vínculo ou relacionamento. “Assim, a responsabilidade civil pode ser uma resposta para o descumprimento dos deveres jurídicos impostos pela nova ordem constitucional aos membros de uma família” (ANGELINI NETA, 2016, p. 149).

Sobre a responsabilização civil, Carlos Alberto Bittar sustenta que

uma das mais importantes medidas de defesa do patrimônio, em caso de lesão, é a ação de reparação de danos, por via da qual o titular do direito violado (lesado ou vítima) busca, em juízo, a respectiva recomposição, frente a prejuízos, de cunho pecuniário, pessoal ou moral, decorrentes de fato de outrem (ou, ainda, de animal, ou de coisa, relacionados a outra pessoa). (BITTAR, 2001, p. 1)

A responsabilização civil desempenha um papel nuclear, no atual cenário jurídico, tendo em vista que um de seus principais objetivos é a preservação da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (SILVA, B., 2019, p. 238). O referido instituto intenta “restaurar o equilíbrio em sua posição jurídica afetada pelo dano sofrido” (BITTAR, 2001, p. 1).

Compreende-se a responsabilidade civil como uma obrigação que o sistema jurídico impõe à pessoa ou terceiro responsável por reparar o dano que causou em decorrência de ato ilícito<sup>8</sup>, independentemente de ser de forma culposa ou por inobservância do dever geral de precaução (SILVA, B., 2019, p. 51). Consiste, basicamente, na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em face do sujeito passivo desta relação jurídica. Assim, os elementos que envolvem a “reparação” e o “sujeito passivo” formam o binômio da responsabilidade civil (PEREIRA, C., 2018, p. 13).

A família ainda é a base da sociedade (art. 226, CF), a *célula mater*. Entretanto, o Direito das famílias passou e vem passando por profundas alterações políticas e sociais na contemporaneidade (TARTUCE, 2011, p. 23). Diante disso, esse ramo do direito não está mais alheio ao campo da responsabilidade civil, não sendo mais, as relações familiares, uma área livre para a prática de condutas danosas, devendo-se, então, ter aplicado os princípios e normas atinentes à responsabilidade civil também no âmbito familiar, principalmente no parental (MORAES, 2019, p. 121).

5 Alexandre Pereira Bonna (2018, p. 365) entende que “[...] é possível conceber a categoria da responsabilidade civil como um poderoso instrumento ético do direito, na medida em que, seja prevenindo danos, seja reparando ou compensando-os, fortalece a promoção de diversos bens humanos básicos, assim como, no tocante à razoabilidade prática, prima pela realização do bem comum por meio do alcance da justiça distributiva ou comutativa”.

6 Art. 5, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (BRASIL, 1988).

7 Art. 5, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

8 No entendimento Rafael Madaleno (2015, p. 358), a responsabilidade civil “[...] consiste na ideia de que a prática de um ato ilícito implica a obrigatória reparação do dano causado. A quebra de um dever jurídico (obrigação) gera como consequência um dever jurídico sucessivo, representado na responsabilidade do autor da ação em compor o prejuízo ocasionado”.

Acerca do tema, Flávio Guimarães Lauria sustenta que

remover a barreira da 'imunidade familiar', hoje insustentável em face dos novos paradigmas constitucionalmente consagrados, é uma missão com vistas a impedir a concretização de injustiças, mas não implica em deslocar o problema, no que diz respeito às ofensas físicas e morais para outro campo que não o da proteção geral da personalidade. (LAURIA, 2003, p. 147)

Não existe qualquer proibição acerca da aplicação da responsabilidade civil no Direito das Famílias<sup>9</sup>, como se observa no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, bem como nos artigos 186 e 927 do Código Civil (BRASIL, 2002). "O instituto da responsabilidade civil possui um campo amplo e pode e deve ser ampliado também nas relações familiares, caso contrário, estaria homenageando as agressões entre os membros da família" (MORAES, 2019, p. 263).

Torna-se necessária, mais do que nunca, a utilização de ferramentas que possuam a capacidade de punir o genitor que não cumpriu com seus deveres, exercendo, ao mesmo tempo, orientação pedagógica de se evitar futuros descumprimentos. "Se estas regras fundamentais de convivência são derogadas, é indispensável que se sancione aquele que fere as prescrições impostas em prol do interesse geral" (ROSENVALD, 2017, p. 97).

Por ser, a convivência, um dever jurídico e não mera faculdade, o seu descumprimento caracteriza-se como um ato ilícito (ANGELINI NETA, 2016, p. 173), razão pela qual se autoriza o Poder Judiciário em condenar se o genitor violou este dever no pagamento de indenização (PEREIRA, R., 2012, p. 247).

Quando os pais, sejam estes os guardiões ou não guardiões, não cumprem com os seus deveres parentais de forma responsável, por ação ou omissão, de forma culposa ou dolosa, acabam por causar danos aos filhos, violam o dever de cuidado, desvirtuam o objetivo da autoridade parental, desrespeitam os direitos da personalidade da criança e do adolescente e, portanto, precisam ser responsabilizados civilmente (MORAES, 2019, p. 268).

A responsabilização civil nas relações familiares deve seguir uma lógica diferente daquela aplicada a outros ramos do Direito, posto que a família e as relações que se estabelecem neste âmbito são permeadas de questões que fogem do campo jurídico, envolvendo uma história, sentimentos e uma complexa rede interpessoal.

Quando a família não cumpre com o seu papel fundamental em face da pessoa do filho, tem-se uma situação de violação e, conseqüentemente, de danos à criança ou adolescente inserido nesse ambiente familiar não propício ao seu pleno desenvolvimento. Sustenta-se que "[...] nada traz mais malefícios a uma família do que o dano causado pelos seus próprios membros" (CARDIN, 2017, p. 42).

Não é mais aceitável que se sustente que não existe respaldo legal e doutrinário para a aplicação da reparação dos danos imateriais ocorridos no seio familiar, posto que, ao se sustentar a sua não aplicação, acaba-se por negar a evolução do Direito e dos direitos de toda a população infantojuvenil (LEITE, 2019, p. 530). "Imoralidade maior ocorreria se a vítima fosse

9 A fim de acrescentar sobre, leia-se: "mesmo nas *relações familiares* podem ocorrer situações que ensejam indenização por dano moral. Pais e filhos, marido e mulher na constância do casamento, não perdem o direito à intimidade, à privacidade, à autoestima, e outros valores que integram a **dignidade**. Pelo contrário, a vida em comum, reforçada por relações íntimas, cria o que tem sido chamado de **moral conjugal** ou **honra familiar**, que se materializa nos deveres de sinceridade, de tolerância, de velar pela própria honra do outro cônjuge e da família" (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 102).

deixada sem qualquer espécie de reparação. Daí ser, hoje, indiscutível o direito do lesado à compensação pelo dano moral sofrido” (SCHREIBER, 2014, p. 17-18).

Portanto, aquele pai ou aquela mãe que agir de forma omissa, negligente e em desacordo com os ditames que a autoridade parental (poder familiar) impõe, deve ser responsabilizado civilmente. Os agentes parentais possuem o dever de saber que, quando estes não agem de forma responsável em face de seus filhos, a probabilidade de ocorrência de um dano é iminente. Nesse caso, os pais, tornam-se responsáveis pelos danos produzidos ao filho, na exata medida de sua ação nociva (REIS; PORTELA, 2020, p. 315).

Cumprе ressaltar que “[...] *la función de la responsabilidad civil no será la indemnización del daño, sino la compensación del mismo*” (LÓPEZ, 2018, p. 139). A função da responsabilidade, ou melhor, as funções vão além da fixação de um *quantum* indenizatório.

Pergunta-se, então, quais são as funções da responsabilidade civil para com a pessoa que cometeu ato ilícito, bem como para a sociedade?

O caminhar do direito brasileiro, em face do século XXI, permitiu que se estabelecessem 3 (três) funções para a responsabilidade civil: (1) **Função reparatória**; (2) **Função punitiva**; e, por fim, (3) **Função precaucional** ou **pedagógica**. Em poucas palavras, a função reparatória visa o reequilíbrio entre o lesante e o lesado que, normalmente, perfaz-se pela transferência patrimonial. A função punitiva objetiva punir, aplicar uma pena civil ao ofensor, vindo, assim, a desestimular futuras ações danosas. Já a função precaucional tem, por objetivo, inibir condutas danosas (ROSENVALD, 2017, p. 95; BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 67).

Diante de um cenário de recorrentes violações a direitos fundamentais e da personalidade, foram iniciados questionamentos sobre a efetividade das funções básicas da responsabilidade civil (reparatória, punitiva e precaucional) (REIS, 2019, p. 161). Tal fato vem a impulsionar o nascimento de uma quarta função, que se perfaz, hoje, como a (4) **Função preventiva** que, além de princípio, transformou-se em objetivo.

Hoje, com o caminhar social e jurídico, a ideia de reparação parece estar atrelada, também, à prevenção, impedindo a ocorrência do ilícito. “O ordenamento jurídico busca a contenção de danos, tendo, como foco, as consequências lesivas à vítima e a repercussão no seu patrimônio. O ressarcimento assume a finalidade de neutralizar os efeitos do ilícito” (REIS, 2019, p. 158).

Especificamente quanto ao valor indenizatório, este assume um papel secundário, o qual é atrelado à função de reparar/compensar, de tentar minimizar consequências danosas e, até mesmo, evitar maiores danos para a vítima (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 69). O ressarcimento imputado deve, assim, levar em conta as funções da responsabilidade. Em outras palavras, o valor a ser pago diante da responsabilização deve atender aos objetivos de reparar, punir, dissuadir e prevenir.

## 4. SUPERANDO O VALOR INDENIZATÓRIO DIANTE DOS DANOS IMATERIAIS CAUSADOS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O direito à reparação ou compensação ao dano sofrido, em sua grande maioria, é tido como a possibilidade do lesado de acionar o Poder Judiciário, para que este imponha uma obrigação de pagar quantia certa (BITTAR, 2001, p. 2) e, caso não o pague de forma voluntária, existe a possibilidade de invadir o patrimônio do devedor para repor as perdas experimentadas, em razão do dano causado, seja este patrimonial ou não.

As pessoas mudam e, com esta mudança, são alterados os anseios, as necessidades e as ideais, mas o que não se modifica é a constância valorativa da imprescindibilidade da família para com o desenvolvimento particular e coletivo (OLIVEIRA, E.; HIRONAKA, 2003, p. 7). A mudança do eixo axiológico é nítida e pode ser captada tanto pelos preceitos constitucionais quanto pelo previsto na legislação ordinária e tratados internacionais. A responsabilidade civil parental também mudou, fundando-se, hoje, na pessoa e em uma efetiva proteção da dignidade humana, pensando muito mais em reprimir e prevenir do que propriamente punir.

Toda a sociedade possui consciência acerca do respeito pelo outro, seja este estranho ou um ente familiar. Ninguém pode se escusar de cumprir com seus deveres, principalmente os pais em relação aos filhos (REIS; PORTELA, 2020, p. 313-314).

A ideia de insuficiência da reparação pecuniária para com a vítima começou a ganhar espaço e foi justamente a partir desta reflexão que a tutela se voltou integralmente à vítima e às novas formas de atuação em face do dano (RODRIGUES, C., 2020, p. 32). Esta polarização de discussões de tudo ou nada, ou indeniza ou não indeniza, não irá melhorar a situação em que se encontra a parentalidade (EHRHARDT JÚNIOR, 2019, p. 1264).

Mesmo que a responsabilização venha a causar mais rancor e raiva entre as partes ou, até mesmo, que os valores pagos não minimizem as consequências negativas causadas ao filho (FERREIRA NETO; EICK, 2015, p. 255), esses motivos não devem ser suficientes para afastar a incidência da responsabilidade civil.

Autorizar a possibilidade de indenização pecuniária não quer dizer “monetizar o amor”, mas tão somente aplicar as normas legais vigentes para o caso concreto<sup>10</sup>. Logo, responsabilizar os pais não é monetizar as relações parentais<sup>11</sup>, mas, na verdade, é uma importante medida para minimizar os danos causados à pessoa do filho que, além de possibilitar a busca de tratamento adequado à vítima, será socialmente pedagógico, desencorajando, assim, qual-

10 Camila Affonso Prado (2012, p. 217) reforça, no sentido de condenar o genitor à reparação dos danos materiais e imateriais causados ao filho, que “embora não restabeleça o *status quo ante* da situação de abandono, a indenização compensará o filho pelos danos sofridos, punirá o pai ou a mãe pela conduta adotada, absolutamente imprópria e indevida, e dissuadirá a sua prática futura, alertando todos aqueles que são pais, biológicos ou socioafetivos, para a importância do correto desempenho de suas funções na formação da prole. Previne-se, dessa forma, a reiteração da conduta causadora de danos aos filhos menores, que repercute intensamente na formação de sua personalidade por se encontrarem em situação de vulnerabilidade”.

11 Acerca do tema, Eduardo de Oliveira Leite (2019, p. 544) pontua que “[...] punir o genitor irresponsável, é prova inequívoca de que o legislador quer onerar a prática de atos de desamor na esfera familiar, desestimulando os infratores de condutas, sob todos aspectos, ignóbeis, reprováveis e desumanas. Tudo justifica a atuação do Poder Judiciário quando tendente a salvar os interesses e a dignidade de crianças e adolescentes”.



quer prática que viole o direito da criança e do adolescente à convivência familiar (CARDIN, 2017, p. 53).

É preciso que se compreenda que dinheiro não repara danos extrapatrimoniais, apenas compensa. *“Además de todo ello, podría verse en el remedio resarcitorio una finalidad disuasoria de una conducta familiar ilícita”* (TESÓN, 2012, p. 534). Qualquer quantia a ser fixada, a título de compensação de danos envolvendo a violação ao direito à convivência familiar, obviamente terá um caráter simbólico, pois não há dinheiro que repare a não convivência entre pais e filhos. *“O dinheiro não cessa a dor na alma pela falta do pai, da mãe”* (SIMÕES; REIS, 2011, p. 590). E ainda, *“que, o tempo perdido e os danos causados pela não convivência familiar não são reparáveis com indenização”* (MORAES; VIEIRA, 2020, p. 27).

A solução para as situações envolvendo pais e filhos não pode mais ser dada de forma simples pelo Judiciário, limitando-se a valores econômicos, na invasão do patrimônio do genitor que violou o direito do filho. A compensação ao dano causado não deve restringir-se à fixação de montante pecuniário, a uma simples e rasa subsunção da norma – descumpriu dever envolto à autoridade parental, violou direito do filho, será aplicada a punição devida. O que deve ocorrer é uma extrapolação do caráter exclusivamente patrimonial.

Diante desses desafios, exige-se, então, uma nova abordagem na análise e julgamento dos atos sociais, de suas consequências e, portanto, de todo o sistema de responsabilização (BARRETO, 2014, p. 513). Logo, pensa-se que se deve reparar os danos, sem excluir a possibilidade de aplicação de outras sanções.

Não existe qualquer justificativa para impossibilitar ir além do equivalente pecuniário. O capítulo II do Código Civil, dos arts. 944 a 954, vem a tratar sobre a indenização, colocando que esta irá medir-se pela extensão do dano. No art. 948, em sua parte final, ainda vem a possibilitar outras reparações, além da indenização.

Em uma decisão acerca da responsabilidade civil de alguém em face do dano que causou a outrem, deve-se incluir as ideias de compensação, prevenção e cessação de danos, e não apenas de “reparação”. Consequentemente, ao dar uma noção mais ampla para a responsabilidade civil, o objetivo passa a ser a identificação da melhor forma de compensar a vítima (RODRÍGUEZ, 2008, p. 237-238). Limitar a responsabilização a mero valor em pecúnia, é ir contra tudo o que esse instituto visa, que é a reparação, punição, inibição/educação e, ainda, prevenção.

Ao fazer uma análise de todo o arcabouço principiológico e nuclear envolvendo a responsabilidade civil, extrai-se que o intuito não é o dinheiro, mas sim a tutela da pessoa lesionada. Assim,

*[...] sería más efectivo pensar en soluciones que no atiendan simplemente al aspecto patrimonial, y dirigidas a restablecer o paliar la lesión (asistencia médica, incapacidades, pérdida de ingresos, entre otros), sino también a toda la dimensión de la persona frente a la cual el responsable está obligado a restablecer cada una de las consecuencias que su hecho haya ocasionado* (GARRIDO, 2013, p. 267)<sup>12</sup>.

12 Tradução livre: “[...] sería mais eficaz pensar em soluções que não atendessem apenas ao aspecto patrimonial, e que visassem restabelecer ou amenizar a lesão (assistência médica, deficiência, perda de rendimentos, entre outros), mas também toda a dimensão da pessoa contra o qual o responsável é obrigado a restabelecer cada uma das consequências que seu ato causou” (GARRIDO, 2013, p. 267).

No intento de evitar uma precificação da convivência e cuidado parental, bem como da patrimonialidade da responsabilidade civil, quando diante de danos imateriais/extrapatrimoniais, o que se deve buscar são novos caminhos para a compensação do dano, atentando-se às necessidades de tutela de cada caso.

Observa-se o contido na decisão proferida na 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Apelação Cível n.º 70073425175, vindo a pontuar que o pedido principal de qualquer ação indenizatória por dano decorrente da falta de convivência familiar seria a imputação da responsabilidade civil, sendo a forma de “reparação” deste dano (seja em dinheiro ou pagamento de tratamento psicológico) um provimento secundário<sup>13</sup>.

Mesmo que se entenda que “[...] a indenização é medida capaz de proporcionar que este busque auxílio psicológico para o adequado tratamento, para que, na medida do possível, possa, a partir dali, ter uma vida saudável” (CARDIN, 2017, p. 52-53), ainda assim compreende-se necessária esta cumulação de “sanções” – indenização mais tratamento psicológico –, à medida que, além de compensar, deve-se prevenir e interromper o agravamento do dano.

No entendimento de Lenio Luiz Streck e Francisco Borges Motta:

De nada adianta garantir participação aos interessados se a decisão final não estiver radicada numa teoria coerente, em princípio, com a integridade do Direito; de nada adianta uma resposta correta em seu resultado que tenha sido construída autocraticamente. Numa palavra final: o CPC/2015 tem de ser lido como o corolário dessa imbricação entre o devido processo legal com a principiologia que estabelece o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo: é na a dignidade da pessoa humana que estão o alfa e o ômega de um Estado Democrático de Direito. (STRECK; MOTTA, 2016, p. 122).

A renovação não traz prejuízos e nem atenta contra a ordem jurídica vigente. Na verdade, a renovação da responsabilidade civil é uma forma de adequação aos novos anseios e necessidades, sendo esta pautada pela busca do justo e do equânime, não havendo que se falar em ilegalidade (HIRONAKA, 2007, p. 41). Necessita-se de uma discussão jurídica sobre as relações entre as pessoas, para que consiga alcançar novas possibilidades de proteção por parte do Estado em face da família, e de seus membros (NUNES; SOUSA; COELHO, p. 108, 2013).

Abre-se a porta para o novo, em face da forma que se perfaz o dano nas relações familiares, que vem a afetar não só o direito fundamental da criança e do adolescente a ter uma convivência familiar, mas também lesiona vários direitos da personalidade, em principal, o da integridade psicofísica e do livre desenvolvimento da personalidade. Por esse motivo, a compensação, nesses casos, deve abranger, além do valor indenizatório, uma medida que atenda à situação, na maioria dos casos, o pagamento de tratamento psicológico e terapêutico.

13 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. REPARAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABANDONO AFETIVO DE PAI AO FILHO. MODALIDADE DA INDENIZAÇÃO. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. O pedido principal de toda e qualquer ação de reparação de dano, decorrente de ato ilícito, é a condenação do imputado causador do dano a reparar o dano. A forma de reparação (se em dinheiro ou mediante pagamento de tratamento psicológico) é um provimento secundário e consequente do pedido principal, que é a reparação do dano. Portanto, não há nulidade na sentença que fixou a indenização no pagamento pelo pai/requerido de tratamento psicológico ao filho. Isso porque, com base na prova pericial produzida no processo, o tratamento psicológico se mostrou a forma mais efetiva e com maior potencial de “reparar do dano” do filho/apelante, decorrente do abandono afetivo paterno. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível n. 70073425175, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça de RS, Relator: Rui Portanova, julgado em 22/06/2017).

## 5. CONCLUSÃO

A proteção da população infantojuvenil, sem sombra de dúvidas, encontra-se no centro do ordenamento jurídico. No entanto, a proteção deste grupo vulnerável por parte da família encontra-se comprometida, tendo em vista que atos de alienação parental e de abandono afetivos mostram-se cada vez mais recorrentes, vindo assim a ganhar espaço nas discussões jurídicas e nos tribunais.

É necessário que a proteção integral das crianças e adolescentes seja mais do que formal - legislada -, ela deve ser real, concreta e efetiva. Logo, quando a família falha em sua função, cabe ao Estado por meio de seus agentes, principalmente pelo Poder Judiciário encontrar meios para a efetivação dos direitos fundamentais, em foco do direito à convivência familiar.

Assim, com o intuito protecionista, a responsabilidade civil vem a ser aplicada ao Direito das Famílias, bem como as relações parentais - pais e filhos -, no intuito de punição, repressão, prevenção e educação dos pais que violam direitos dos filhos e causam-lhe danos, seja de ordem econômica ou existencial.

Foi possível verificar-se que, a simples aplicação da responsabilidade civil, que condena o genitor que causou dano ao filho, no pagamento de uma indenização, em nada resolve o problema e a situação social envolvendo a irresponsabilidade parental. A indenização é um grande instrumento de compensação do dano imaterial, que é causado ao filho quando este é vítima de atos de alienação parental ou de abandono afetivo, contudo, não pode ser o único.

Finalmente, julga-se importante que o Direito e a proteção da dignidade humana em seu mais amplo sentido, não caiam em obsolescência e inefetividade, mas procure uma saída jurídica mais viável, mais humana e complacente a cada situação e aos sujeitos desta. Dinheiro nenhum irá amenizar a dor e a falta de uma das figuras parentais, devendo-se então pensar para além da indenização pecuniária. Assim vindo a refletir acerca de alternativas de reaproximação entre as partes, de custeio direto de terapia, de medidas que sejam direcionadas à promoção humana, ao desenvolvimento de atividades que busquem a socialização, a construção do caráter, da importância da dimensão familiar na sociedade, entre outras alternativas a depender de cada caso.

É de suma importância que se estabeleça uma nova compreensão acerca da responsabilização civil dos pais que violam o direito à convivência familiar do filho. Quando se trata de pessoas, principalmente aquelas em especial estágio de desenvolvimento, deve-se ter em mente que a convivência é essencial, e quando esta lhe falta, os danos serão imensuráveis do ponto de vista pessoal e jurídico, razão pela qual as respostas devem ser permeadas pelos princípios constitucionais, bem como de um pensamento jurídico para além do pecuniário.

## REFERÊNCIAS

- ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. *Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo*. Curitiba: Juruá, 2016.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos filosóficos da responsabilidade jurídica. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 499-515.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2001.
- BOFF, Leonardo. *Virtudes para um outro mundo possível: hospitalidade: direito e dever de todos*. Petrópolis: Vozes, 2005. v. 1.
- BONNA, Alexandre Pereira. A crise ética da responsabilidade civil: desafios e perspectivas. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, n. 1, p. 365-382, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29665>. Acesso em: 18 out. 2020.
- BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BOWLBY, John. *Apego e perda: apego*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. v. 1.
- BRAGA, Luiz Felipe Nobre. *Direito existencial das famílias: da dogmática à principiologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BRASIL. [Constituição [1988]]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 5 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](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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 5 jun. 2020.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da responsabilidade civil pelos danos decorrentes da quebra dos deveres paternais. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber (org.). *Famílias, psicologia e direito*. Brasília, DF: Zakarewicz, 2017. p. 41-55.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a responsabilidade civil no direito das famílias. *Revista Jurídica Luso-Brasileira [RJLB]*, Lisboa, ano 5, n. 5, p. 1249-1267, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-5/201>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- FACHINETTO, Neidemar José. *O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- GARRIDO, Diego Alejandro Sandoval. Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado*, Colombia, v. 25, p. 235-271, 2013. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602>. Acesso em: 14 out. 2020.
- GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Almedina, 2008.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade Civil da Contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 31, n. 1, p. 33-59, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12029>. Acesso em: 21 jul. 2020.

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. *Revista Argumentum – 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 mai. 2020.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A omissão (abandono afetivo) e a ação (alienação parental) como condutas desencadeadoras da reparação de dano moral. In: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords.). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri/SP: Manole, 2019, p. 526- 545.

LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2010. p. 523-555.

LÓPEZ, Luis Carlos Plata. La reparación y la indemnización de perjuicios por afectaciones a los derechos de la personalidad: una aproximación desde la jurisprudencia colombiana. In: MIRANDA, José Eduardo de; CARDIN, Valéria Silva Galdino (org.). *Direitos da personalidade: reconhecimento, garantias e perspectivas*. Curitiba, PR: Juruá, 2018. p. 137-150.

MADALENO, Rafael. A responsabilidade civil pela ausência ou negligência nas visitas. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 358-378.

MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MORAES, Carlos Alexandre; VIEIRA, Diego Fernandes. Cumprimento de sentença do direito à convivência familiar: a insuficiência procedimental e normativa na tutela dos direitos infantojuvenis. *Meritum – Revista de Direito da Universidade FUMEC*, v. 15, n. 3, p. 9-30, set./dez. 2020. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8022>. Acesso em: 30 jan. 2020.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: família e sucessões*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NUNES, Jéssica Lima; SOUSA, Wenderkelly Adriano de; COELHO, Anna Luiza Matos. Adoção por casais homoafetivos. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 11, n. 15, p. 107-122, 2013. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/298>. Acesso em: 12 jan. 2021.

FERREIRA NETO, Arthur M.; EICK, Luciana Gemelli. Abandono afetivo: os limites do direito na coerção de manifestações emocionais humanas. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 6, n. 1, p. 218-264, 2015. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6194/6116>. Acesso em: 23 out. 2020.

OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 1-8.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda compartilhada, comentários à Lei nº 11.696/08*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva; FRANCO, Natália Soares. O direito fundamental à convivência familiar e a guarda compartilhada. In: COLTRO, Antônio Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 344-358.

PRADO, Camila Affonso. *Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06062013-135843/en.php>. Acesso em: 26 out. 2020.



RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. A moderna visão da autoridade parental. In: Associação de Pais e Mães Separados (org.). *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005. p. 97-122.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

REIS, Clayton; PORTELA, Irene. Negligência grave: a falta da exacta diligentia. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 18, n. 29, p. 285-317, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3564>. Acesso em: 10 fev. 2021.

RODRIGUES, Cássio Monteiro. Reparação de danos e função preventiva da responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas ao dano. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 1-37, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/reparacao-de-danos-e-funcao-preventiva/>. Acesso em: 28 out. 2020.

RODRÍGUEZ, Tomás Restrepo. El remedio preventivo en la responsabilidad civil. *Revista de Derecho Privado*, v. 14, p. 219-238, 2008. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/556>. Acesso em: 20 out. 2020.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas 2014.

SILVA, Bruno Casagrande e. *Novas tendências da responsabilidade civil: a expansão dos danos indenizáveis*. Curitiba: Juruá, 2019.

SILVA, Heleno Florindo da. A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. *Nomos*, Fortaleza, v. 32, n. 2, p. 205-221, 2012. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/358>. Acesso em: 7 jul. 2020.

SILVEIRA, Maria Lucia da. Família: conceitos sócio-antropológicos básicos para o trabalho em saúde. *Família, Saúde e Desenvolvimento*, Paraná, v. 2, n. 2, p. 58-64, jul./dez. 2000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/refased/article/viewFile/4927/3751>. Acesso em: 18 jul. 2020.

SIMÕES, Fernanda Martins; REIS, Clayton. As relações familiares sob a ótica da responsabilidade civil brasileira. *Revista Jurídica Cesumar*, Curitiba, v. 11, n. 2, p. 575-591, 2011. Disponível em: <https://177.129.73.3/index.php/revjuridica/article/view/2076>. Acesso em: 20 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. Para entender o novo Código de Processo Civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 14, n. 19, p. 112-128, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/999>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TESÓN, Inmaculada Vivas. Daños en las relaciones familiares. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 523-538, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2315>. Acesso em: 17 set. 2020.

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

VIEIRA, Marcelo de Mello. *Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-9HMH64>. Acesso em: 27 out. 2020.

WINNICOTT, Donald Woods. *A família e o desenvolvimento individual*. 4. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

#### Dados do processo editorial

• Recebido em: 22/03/2021



*Adauto de Almeida Tomaszewski e Diego Fernandes Vieira*

- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/03/2021
- Avaliação 1: 30/03/2021
- Avaliação 2: 05/04/2021
- Decisão editorial preliminar: 12/04/2021
- Retorno rodada de correções: 12/04/2021
- Decisão editorial/aprovado: 28/08/2021

**Equipe editorial envolvida**

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

# JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA – DOCTRINA MAJORITÁRIA E PANORAMA ATUAL

DEFENSIVE JURISPRUDENCE - MAJORITY  
DOCTRINE AND CURRENT OVERVIEW

LETÍCIA BIANCA PINHEIRO<sup>1</sup>

BRUNO SMOLAREK DIAS<sup>2</sup>

## RESUMO

A jurisprudência defensiva consiste basicamente, na adoção de práticas pelos Tribunais Superiores brasileiros, para não conhecimento de recursos, mantendo o foco da análise recursal na formalidade e rigidez dos pressupostos de admissibilidade e conhecimento. Apesar do novo Código de Processo Civil tentar evitar a ocorrência do que chamamos de jurisprudência defensiva, ela ainda é comum. Grande parte das hipóteses trazidas pela doutrina como jurisprudência defensiva não são mais usadas, mas a sobrecarga do Judiciário traz, a cada dia, novas formas de sua aplicação.

**Palavras-chave:** jurisprudência defensiva; tribunais superiores; processo.

## ABSTRACT

*Defensive jurisprudence basically consists in the adoption of practices by the Brazilian Superior Courts, for not receiving appeals, keeping the focus of the appeal analysis on the formality and rigidity of the assumptions of admissibility and knowledge. Although the new Code of Civil Procedure tries to prevent the occurrence of what we call defensive jurisprudence, it is still common. A large part of the hypotheses brought by the doctrine as defensive jurisprudence are no longer used, but the overload of the Judiciary brings, every day, new forms of its application.*

**Keywords:** defensive jurisprudence; superior courts; process.

## 1. INTRODUÇÃO

A sobrecarga do Poder Judiciário devido a enorme quantidade de processos, bem como a necessidade e cobrança social por maior produtividade e eficiência, são dois dos maiores justificantes para as recentes transformações ocorridas no processo.

1 Mestranda em Direito Processual e Cidadania – UNIPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Brasil. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7227-9894>.

2 Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Brasil. Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania – UNIPAR. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9998-7025>.

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

PINHEIRO, Letícia Bianca; DIAS, Bruno Smolarek. Jurisprudência defensiva – doutrina majoritária e panorama atual. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 85-103, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8374>.

Apesar disso, as alterações, sejam elas legislativas ou jurisprudenciais, tem dado a impressão de um terceiro motivo, não tão expresso, apesar de relevante. A assim chamada “jurisprudência defensiva”, muito debatida pela doutrina em razão da larga recusa em fundamentar os recursos apresentados tanto na legislação infraconstitucional, quanto na própria Constituição Federal.

O objeto principal de estudo deste artigo é esta manobra judicial adotada pelos Tribunais para diminuição dos números de processos que, em vários momentos, acaba não resolvendo os conflitos sociais, e gera outros em razão de seu uso (ex. não conhecimento de recurso em que se requer a observância da Constituição Federal – violada pelo julgamento anterior – somente por não preenchimento de requisitos formais). Assim, no exemplo anteriormente mencionado, a Constituição continuaria a ser violada trazendo insegurança jurídica aos jurisdicionados que têm na Justiça um “porto seguro” na defesa de seus direitos.

A jurisprudência defensiva, é muito debatida na doutrina pela recusa dos recursos sem fundamentação nas Leis ou na própria Constituição.

O Código de Processo Civil de 2015, teve como um dos seus objetivos a erradicação da fundamentação genérica e sem amparo legal, por meio de alterações e acréscimo de artigos voltados à fungibilidade, cooperação processual e primazia da resolução do mérito.

A seguir, trataremos as principais hipóteses utilizadas para a aplicação da jurisprudência defensiva pelos Tribunais, as alterações legislativas referentes a estas hipóteses e uma análise crítica do panorama atual relativo ao Poder Judiciário e a manutenção ou não desta prática.

O presente estudo utiliza-se da pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, através do método dedutivo. Tendo em vista que há também a interpretação por parte do pesquisador, trazendo informações e conhecimento não com citações isoladas, mas com análise interpretativa e tendo em vista a alocação prática do estudo.

Como objetivo temos a análise daquilo que a doutrina entende por jurisprudência defensiva e o panorama atual da aplicação dessa prática tendo em vista as alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015).

## 2. CONCEITO E CONTEXTO

Não existe, atualmente, um conceito formal acerca da jurisprudência defensiva, afinal, trata-se de uma prática escusa adotada pelos Tribunais Superiores para restringir o acesso dos recursos à essas instâncias.

Pode-se entender que a jurisprudência defensiva - como o próprio nome já diz - é um conjunto de decisões realizadas pelos Tribunais de forma a criar uma resistência (defensividade). Porém, o mais interessante é que essa “defesa” é para que os Tribunais Superiores tenham o número de processos a eles submetidos, diminuído.

Armando Wesley Pacanaro define a jurisprudência defensiva:

A doutrina processual pouco fala sobre o assunto, porém podemos defini-la como a instituição de “requisitos judiciais” e ilegítimos exigidos no caso concreto com a finalidade de conter o excesso de recursos interpostos. Frisamos “requisitos judiciais” justamente porque tais exigências não são previstas em lei, mas sim criadas e imaginadas pelos julgadores das superiores instâncias. (PACANARO, 2017, p. 151)

Resumidamente, é o (contra-) ataque da jurisprudência aos recursos realizados nos processos para que a sobrecarga das Cortes diminua, não importando muito as demais consequências deste ato.

Como bem menciona Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Fernando Moreira Freitas da Silva (2014, p. 44), a jurisprudência defensiva “constitui uma forma odiosa de negar acesso à jurisdição travestida de compromisso com a celeridade processual”.

O “autor intelectual” da expressão jurisprudência defensiva é o ex-ministro do STJ Humberto Gomes de Barros (TORRE, 2015) o qual, em seu discurso de posse da presidência do STJ (STJ, 2020a), trouxe-nos de forma delineada acerca do tema discutido:

[...] Em 1991, incorporei-me ao novo colegiado. Naquela época, com dois anos de existência, o STJ identificava-se como o tribunal da federação e consolidava posição pioneira na estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Corajosamente, abandonava velhas técnicas, superando tradicionais entraves que dificultavam o conhecimento de recursos excepcionais. Mitigou a exigência de prequestionamento e outras dificuldades.

Passou a resolver questões federais efetivamente relevantes. Desgraçadamente, a nova Corte foi vítima de fatal esquecimento. Tanto o Constituinte de 1988 quanto o Legislador ordinário esqueceram-se de imunizá-la contra a velha endemia que aflige o Poder Judiciário brasileiro - o processualismo e a ineficácia das decisões judiciais. À mingua de tal vacina, os recursos especiais passaram a observar velhas regras, originalmente concebidas para os recursos ordinários. As decisões do Tribunal - ao invés de funcionarem como faróis, orientando em definitivo a aplicação do direito federal - reduziram-se a soluções tópicas, cujo alcance limitava-se às partes envolvidas em cada processo. Geraram-se situações insólitas. Lembro, a propósito, aquela em que - chamado a definir o índice de correção do FGTS -, o Tribunal foi compelido a repetir-se em milhares de processos absolutamente idênticos. Houvesse bom senso - uma vez estabelecido o índice de reajuste -, todos os julgadores passariam a aplicá-lo. Estaria realizada a ideia que inspirou a criação do STJ: gerar segurança jurídica e prestigiar as decisões locais. Isso, lamentavelmente, não aconteceu. O STJ transformou-se em terceira instância. Passou a receber, indiscriminadamente, apelos oriundos de trinta e dois tribunais, espalhados por todo o Brasil. Os recursos que deveriam ser especiais transformaram-se em ordinários. Os 19.267 processos julgados em 1991 transformaram-se, no ano passado - 2007 -, na inacreditável soma de 330.257 decisões. Dividido esse total pelo número de ministros que integram a Corte, percebe-se que, em 2007, cada um desses magistrados apreciou, em média, 11.901 processos. A enormidade revela-se quando lembramos o art. 106 da Lei Orgânica da Magistratura, que estabelece em trezentos o limite de distribuição anual de processos por magistrado. Sufocado pelo insuportável peso de tantos encargos, o Tribunal mergulhou em paradoxo semelhante àquele que envolveu o sofredor Juca Mulato. O trágico personagem de Menotti Del

Picchia descobriu que ‘Esta vida é um punhal com dois gumes fatais: Não amar é sofrer; amar é sofrer mais!’ À semelhança do patético Juca, o STJ percebeu que, na situação em que se encontrava, ‘Não julgar é justiça denegar; Julgar às pressas é arriscar E com a injustiça flertar’. Criado para funcionar como instância excepcional, o Tribunal da Federação desviou-se. Passou a dedicar mais da metade de sua atividade ao trato de agravos de instrumento - apelos indiscutivelmente ordinários. Essa circunstância nos relega ao status de Corte semi-ordinária. O exagerado número de feitos intensificou a frequência dos julgamentos, aumentando a possibilidade de erros, tornando insegura a jurisprudência.

Insegura a jurisprudência, instaura-se a insegurança jurídica. Sem conhecer a correta e segura interpretação dos enunciados jurídicos, o cidadão queda-se no limbo da insegurança. Se assim acontece, o STJ deixa de ser o intérprete máximo e definitivo do direito federal. Desviado de sua nobre função, corre o risco de se tornar um fator de insegurança. Às vésperas de completar vinte anos, o Tribunal, adolescente, enfrenta crise de identidade [...] (STJ, 2020a)

Dessa forma, essa prática vem com o intuito de barrar recursos, mesmo que eles tenham condições de serem providos, por um excesso de formalismo e apego aos aspectos processuais de pouca importância, indo na contramão do entendimento doutrinário e criando requisitos que sequer estão previstos na Constituição Federal ou nas demais Leis (AMARAL; SILVA, 2014).

A adoção dessa prática não teve um marco específico, nem uma data exata, mas pode-se inferir que passou a surgir em decorrência do aumento considerável de processos.

Desde os anos 30, já se discutia a sobrecarga processual do Supremo Tribunal Federal (STF). A partir dos anos 60, acentuou-se o debate, no que passou a ser chamada como “crise do Supremo”. (STJ, 2020b)

É válido ressaltar um pouco do panorama histórico que originou a crise do Supremo e as medidas adotadas ao longo dos anos para sua superação.

Vejamos primeiramente uma introdução acerca do histórico do Supremo Tribunal Federal, para melhor compreender o contexto em que surgiu a crise mencionada, como trazido pelo site oficial (STF, 2020a):

O Supremo Tribunal Federal, foi instalado com esta denominação, em 28 de fevereiro de 1891, conforme estabelecido no Decreto n.º 1, de 26 do mesmo mês. Era composto por quinze Juízes, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado.

Após a Revolução de 1930, o Governo Provisório decidiu, pelo Decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reduzir o número de Ministros para onze. A Constituição de 1934 mudou a denominação do órgão para “Corte Suprema” e manteve o número de onze Ministros, dele tratando nos artigos 73 a 77.

A Carta de 10 de novembro de 1937 restaurou o título “Supremo Tribunal Federal”, destinando-lhe os artigos 97 a 102.

No período do regime militar, o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, aumentou o número de Ministros para dezesseis, acréscimo mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967. Com base no Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, foram aposentados, em 16 de janeiro de 1969, três Ministros.

Posteriormente, o Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, restabeleceu o número de onze Ministros, acarretando o não-preenchimento das vagas que ocorreram até atendida essa determinação.

Com a restauração da democracia, a Constituição ora vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, realçou expressamente a competência precípua do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, dedicando-lhe os artigos 101 a 103. (STF, 2020a).

A criação do Supremo Tribunal Federal marcou a redemocratização do país e o fim do autoritarismo. A Constituição de 1988 foi crucial para que o órgão de cúpula do Judiciário assumisse posição de destaque e permitiu a concretização e o estabelecimento de um Tribunal democrático e independente.

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi criado o STJ (Superior Tribunal de Justiça) (STJ, 2020c) que se originou do chamado TFR (Tribunal Federal de Recursos). O TFR que deu origem ao STJ, surgiu com a redemocratização da Constituição de 1946 a qual recriou a justiça federal. Dessa forma, tinha esse Tribunal, a competência recursal para as causas de interesse da União (STJ, 2020d).

A criação do TFR na década de 40 foi, em certo sentido, uma resposta à sobrecarga processual, pois um dos objetivos de sua criação era reduzir a competência do Supremo Tribunal Federal (STJ, 2020b). Assim, várias das questões mais ordinárias passariam a ser trabalhadas pelo recém criado tribunal, possibilitando ao STF manter o foco na guarda precípua da Constituição e a estruturação do controle de constitucionalidade.

Com o passar do tempo, além de competência para causas de interesse da União, foram passadas outras competências do STF ao TFR, o Tribunal Federal de Recursos, a princípio, tinha duas feições: a de Tribunal de segundo grau e a de Tribunal nacional (STJ, 2020e).

Surgiu então do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a partir do TFR e também foram criados os tribunais regionais federais. Portanto, o STJ passou a ser a instância judicial para a uniformização da interpretação do direito infraconstitucional.

Nesse interim, o STJ surgiu também para diminuir a sobrecarga processual do STF, porém sabemos hoje que somente essa medida não foi suficiente para conter o avanço da litigiosidade no Brasil e, em especial para este artigo, o conseqüente abarrotamento de processos dos Tribunais Superiores.

O aumento na quantidade de processos também se deve a uma busca à atividade jurisdicional que também cresceu com o advento da Constituição de 1988, vez que “[...] abriu as portas do Poder Judiciário a um sem-número de cidadãos que, antes, não tinham ciência de seus direitos ou, se tinham tais informações, não possuíam meios idôneos para pleiteá-los. [...]” (JATAHY; ALMEIDA; AYOUB, 2016, p. 333).

Carlos Roberto Jatahy, Diogo Assumpção Rezende de Almeida e Luiz Roberto Ayoub, (2016, p. 335), mencionam que, apesar da Constituição determinar que as Cortes Superiores cumpram suas normas e determinem a forma correta de se interpretar o direito, ocorrem mesmo assim:



[...] (i) um sem-número de decisões imprecisas, (ii) os nefastos julgamentos “por pilhas” e (iii) a tentativa desesperada – e orientação velada – de a jurisprudência de brechar, a todo custo, os recursos excepcionais, evitando que os mesmos desemboquem nas Cortes Superiores, entre outras consequências não menos nebulosas. (JATAHY; ALMEIDA; AYOUB, 2016, p. 335)

A jurisprudência defensiva, então, não consiste apenas em uma prática, mas em um conjunto de práticas adotadas, dentre as quais estão:

(i) exigência de ratificação prévia de recursos excepcionais interpostos antes do julgamento de embargos de declaração; (ii) rigorismo desmedido no preenchimento de guias de preparo recursal; (iii) impossibilidade de correção de eventuais vícios sanáveis; (iv) inconsistências eternas no trato do prequestionamento; (v) a necessidade, quase obrigatória, de interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário, dada a dificuldade extrema em se definirem, exatamente, os contornos da ofensa constitucional ser *direta* ou *reflexa* etc. (JATAHY; ALMEIDA; AYOUB, 2016, p. 335-336)

É importante destacar que o rol apresentado acima traz as práticas mais comuns que pela repetitividade se destacam, porém, isso não afasta o uso de outras formas pelos tribunais para impedir o acesso dos recursos.

### 3. HIPÓTESES APONTADAS PELA DOCTRINA

Como mencionado anteriormente, trataremos a seguir as principais práticas adotadas pelos Tribunais para o não recebimento de recursos, apontadas pela doutrina como adoção à jurisprudência defensiva.

Ademais, ao explicar cada uma das hipóteses abaixo, procura-se verificar se com o advento do Código de Processo Civil de 2015 estes entraves foram ou não superados e, em caso afirmativo, de quais formas.

#### 3.1 FALTA DE PROCURAÇÃO/SUBSTABELECIMENTO

O artigo 37 do CPC/1973 (BRASIL, 1973) determinava que o advogado sem mandato não será admitido a procurar o juízo. A súmula 115 do STJ, no mesmo sentido, determinava que o recurso interposto na instância especial é inexistente se interposto por advogado sem procuração nos autos (FARIA, 2013).

Apesar do CPC/1973 (BRASIL, 1973) trazer também o artigo 13 mencionando a possibilidade de quando verificada a incapacidade processual ou irregularidade na representação das partes, o Juiz suspender o processo e marcar prazo para que o defeito fosse sanado, entendiam os julgadores que esse artigo não se aplicava às instâncias superiores e, portanto, o recurso era tido como inexistente sem qualquer possibilidade de correção do vício (FARIA, 2013).<sup>3</sup>

3 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO ASSINADO POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL INEXISTENTE. PRECEDENTES. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica no sentido de que se considera inexistente o recurso assinado por procurador sem representação nos autos. Precedentes. Ademais, note-se que é firme o entendimento desta Corte de que não é aplicável ao recurso extraordinário a norma

Como bem menciona Heloísa Leonor Buika:

Se a lei processual admite a regularização da representação processual, é demonstração de formalismo excessivo excluir as Cortes mais elevadas do país, as quais deveriam dar o exemplo, oferecendo oportunidade para que a parte corrija a omissão e faça a juntada do instrumento de procuração para a correção do defeito de representação.

Considerar o recurso inexistente, conforme sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, por ter sido interposto por advogado sem procuração, constitui formalismo, bem como demonstra afronta a dispositivo de lei complementar, conforme artigo 13 do Código de Processo Civil, visto que a permissão de correção do defeito de representação não exclui as Cortes Superiores, pois é válida para qualquer grau de jurisdição. (BUIKA, 2015, p. 153)

O Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), trouxe novamente o conteúdo do artigo 13 do CPC/1973 (BRASIL, 1973) no seu artigo 76, e trouxe inovação ao incluir em seu §2º as consequências do descumprimento do seu caput caso a determinação ocorra em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior.

Dessa forma, extinguíram-se as especulações doutrinárias acerca da impossibilidade de sanar defeito nas instâncias excepcionais.

Quanto à Súmula 115 do STJ, a mesma não foi cancelada, permanecendo válida. Entretanto, o entendimento atual é de que incidirá somente quando a parte intimada para regularização da representação processual nos termos do CPC/2015, deixar de procedê-la.<sup>4</sup>

### 3.2 ASSINATURA NA PEÇA PROCESSUAL

O STF e o STJ haviam pacificado o entendimento de que era inexistente o recurso interposto sem assinatura daquele que o elaborou. A fundamentação era basicamente a mesma da situação anterior, pois não seria possível verificar se aquele que interpôs o recurso era, de fato, procurador ou substabelecido no processo (FARIA, 2013).

Novamente, apesar da existência do artigo 13 do CPC/1973 (BRASIL, 1973), o entendimento era de que o defeito não poderia ser sanado.<sup>5</sup>

Mister que a assinatura do advogado confere ao recurso a presunção de veracidade, mas não permitir que o defeito possa ser corrigido e dizer que o recurso é inexistente quando não

inscrita no art. 13 do CPC. Precedentes. Agravo regimental não conhecido. (STF - Acórdão Re 602938 Agr / Ce - Ceará, Relator(a): Min. Roberto Barroso, data de julgamento: 12/11/2013, data de publicação: 13/12/2013, 1ª Turma)

4 AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DO SUBSCRITOR DO RECURSO. 2. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Intimada a regularizar a sua representação processual, nos termos do art. 932, parágrafo único, do CPC vigente, a parte que deixa de proceder à juntada no prazo de 5 (cinco) dias, faz incidir ao caso a Súmula 115/STJ. 2. Agravo interno desprovido. (STJ - Acórdão Agint no Agint no Aresp 1053466 / Ms, Relator(a): Min. Marco Aurélio Bellizze, data de julgamento: 07/08/2018, data de publicação: 13/08/2018, 3ª Turma)

5 AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO ADVOGADO SUBSCRITOR. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO POSTERIOR. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Sob a vigência do CPC/73, é inexistente recurso interposto sem a assinatura de advogado, sendo a irregularidade insanável. Ainda que o protocolo do Recurso Especial tenha sido feito na forma eletrônica, é necessária a assinatura digital, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei 11.419/2006. 2. No caso em tela, não há nenhum sinal indicativo de que o recurso especial está assinado eletronicamente mediante certificação digital emitida por autoridade certificadora credenciada. A mera anexação a sistema do Tribunal de documento eletrônico sem a respectiva assinatura digital equivale à protocolização de recurso inexistente, pois não subscrito por advogado. Incidência da Súmula 115/STJ. 3. Agravo interno não provido. (STJ - Acórdão Agint no Aresp 1209251 / Mg, Relator(a): Min. Mauro Campbell Marques, data de julgamento: 05/06/2018, data de publicação: 11/06/2018, 2ª Turma)

há assinatura é demasiado, afinal de contas, se o ato é inexistente, dele não deveriam decorrer efeitos. Contudo, ocorre o adiamento da formação da coisa julgada por conta do julgamento, e somente se falará em prazo para ajuizamento de ação rescisória após o trânsito em julgado da decisão final. Portanto, como é inexistente se gerou efeitos? (FARIA, 2013).

Como trazido por Márcio Carvalho Faria:

[...] trata-se de medida por demais rigorosa impedir que a falta de assinatura na peça recursal seja sanada, sobretudo na situação atual de desenvolvimento da sociedade, da tecnologia e do próprio processo. Ademais, não há qualquer justificativa legal que permita, à jurisprudência, considerar possível a correção do vício nas instâncias ordinárias, e vedar-lhe nas excepcionais. (FARIA, 2013, p. 535)

Nos mesmos moldes da hipótese anterior, o CPC/2015 trouxe a possibilidade de sanar defeitos mesmo nas instâncias excepcionais, em tese, devendo cair por terra a aplicação de jurisprudência defensiva neste caso (BRASIL, 2015).

### 3.3 RECURSO INTERPOSTO ANTES DA INTIMAÇÃO (PREMATURIDADE)

Havia entendimento jurisprudencial no sentido de que os recursos interpostos antes das partes serem intimadas da decisão impugnada seriam intempestivos (GAVA; MORAES, 2015).

Dessa forma, para os Tribunais superiores, o termo inicial da contagem de prazo não pode ser assentada na simples notícia do julgamento, pois seu prazo começaria somente com a publicação do acórdão recorrido a menos que fosse ratificado posteriormente.<sup>6</sup>

Nesse mesmo sentido era a redação da Súmula 434 do Tribunal Superior do Trabalho.

O CPC/2015 então, visando a extinção de decisões nesse sentido, trouxe em seu artigo 218, §4º, que serão tempestivos os atos praticados antes do termo inicial do prazo, ou seja, antes da publicação da decisão recorrida (BRASIL, 2015).

A Súmula 434 do TST, foi então cancelada por força do entendimento jurisprudencial trazido pelo AG-REG-AI 703.269/MG de Relatoria do Min. Luiz Fux.<sup>7</sup>

6 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRIMEIROS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EXTEMPORÂNEOS E DESERTOS. SEGUNDOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA OPOSTOS POR QUEM NÃO É PARTE. 1. O Supremo Tribunal Federal assentou que a simples notícia do julgamento não fixa o termo inicial da contagem do prazo recursal, de modo que o recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido é prematuro, a menos que seja posteriormente ratificado. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal está pacificada no sentido de que o preparo dos embargos de divergência deve ser comprovado no ato da interposição do recurso, sob pena de deserção. 3. Não cabe embargos de divergência opostos por quem não é parte no processo. 4. Embargos de divergência rejeitados. (STF - Acórdão Re 606376 Ed-edv / Rs - Rio Grande do Sul, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, data de julgamento: 19/11/2014, data de publicação: 19/12/2014, Tribunal Pleno)

7 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. EXTEMPORANEIDADE. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO IMPRÓPRIA PARA PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A Celeridade PROCESSUAL. BOA-FÉ EXIGIDA DO ESTADO-JUIZ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. A extemporaneidade não se verifica com a interposição de recurso antes do termo a quo e conseqüentemente não gera a ausência de preenchimento de requisito de admissibilidade da tempestividade. 2. O princípio da instrumentalidade do Direito Processual reclama a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, não sendo possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso por ela interposto antecipadamente, em decorrência de purismo formal injustificado. 4. Os

Com a decisão, a doutrina defende a pacificação do entendimento de que a interposição de recursos antes da intimação da publicação da decisão recorrida ser tempestiva, em especial, pois está em perfeita consonância com as diretrizes de eficiência e eficácia que se esperam da razoável duração do processo.

### 3.4 RATIFICAÇÃO DE RECURSO APÓS JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A jurisprudência entendia que os recursos deveriam ser ratificados após o julgamento de embargos de declaração, independentemente de seu resultado, assim como era trazido pela súmula 418 do STJ (GAVA; MORAES, 2015).

Ocorre que, ao julgar a Questão de Ordem no REsp 1.129.215/DF na sessão de 16/09/2015, a Corte especial entendeu que:

[...] a única interpretação cabível para o enunciado da Súmula 418 do STJ é aquela que prevê o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior. (DJe 03/11/2015) (STJ, 2020f).

Na sessão de 01/07/2016 foi determinado o cancelamento da Súmula 418 (STJ, 2020f).

Ademais, o entendimento jurisprudencial, nesse sentido, foi também alterado com a vinda dos §§4º e 5º do artigo 1.024 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), que trouxeram o entendimento de que somente é necessária a ratificação do recurso quando o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada e de que, caso os embargos sejam rejeitados, sem modificação do julgamento anterior, o recurso será processado e julgado independentemente de ratificação (GAVA; MORAES, 2015).

### 3.5 VOTO VENCIDO COMO PARTE INTEGRANTE PARA PREQUESTIONAMENTO

A Súmula 320 do STJ, nos traz que “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento” (STJ, 2020f).

Ainda, a Súmula 211 do STJ, também aborda que seria “inadmissível recurso quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo” (STJ, 2020f).

---

embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 5. In casu, pugna-se pela reforma da seguinte decisão: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO PROTOCOLADA ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. EXTEMPORANEIDADE. INTERPOSIÇÃO DE DOIS RECURSOS CONTRA A MESMA DECISÃO. OFENSA AO POSTULADO DA SINGULARIDADE DOS RECURSOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, DE MANEIRA OBJETIVA, MEDIANTE ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O ACÓRDÃO PARADIGMA E A DECISÃO EMBARGADA, DA EXISTÊNCIA DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO ADMITIDOS”. 6. Agravo regimental provido para cassar a decisão de inadmissão dos embargos de divergência com fundamento na extemporaneidade recursal. (AI 703269 AgR-ED-ED-EDv-ED, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015)

Dessa forma, o voto vencido e as questões que não foram apreciadas pelo Tribunal, não seriam consideradas para fins de prequestionamento.

Até o presente momento (outubro de 2020), ambas as Súmulas mencionadas não foram canceladas (STJ, 2020f).

Porém, o CPC/2015 reverbera em seus artigos 941, §3º e artigo 1.025 (BRASIL, 2015), que o voto vencido é considerado parte integrante do acórdão, inclusive para fins de prequestionamento, e estão incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, mesmo que sejam inadmitidos ou rejeitados, afastando a possibilidade de reiteração da jurisprudência defensiva neste caso (GAVA; MORAES, 2015).

Quanto às questões não apreciadas pelo Tribunal, não são admitidas para fim de prequestionamento caso não tenha sido oposto embargos de declaração acerca da matéria discutida que deve ser prequestionada, assim é o entendimento da jurisprudência atual<sup>8</sup> e reiterado pela Súmula 356 do STF (STF, 2020c).

### 3.6 FUNGIBILIDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM RECURSO ESPECIAL

A jurisprudência possuía firme entendimento pela impossibilidade de conversão de Recurso Especial em Extraordinário e vice-versa (AMARAL; SILVA, 2014).

O STJ não reconhecia recurso especial quando a natureza recorrida era constitucional<sup>9</sup> e, no mesmo sentido, o STF não reconhecia recurso extraordinário quando havia violação à legislação infraconstitucional por entender que estaria havendo uma violação reflexa da constituição<sup>10</sup> (AMARAL; SILVA, 2014).

Como trazido por Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Fernando Moreira Freitas da Silva (2014, p. 50): “Nas hipóteses supracitadas, a melhor solução não parece ser o não conhecimento do recurso, mas sim, a remessa ao tribunal competente, como sói acontecer nas demais instâncias do Poder Judiciário”.

8 Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Prequestionamento. Não ocorrência. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. Procedimento de retenção de contribuição previdenciária. Fundo de Participação dos Municípios. Debate infraconstitucional. Afronta reflexa. 1. A Corte não admite a tese do chamado prequestionamento implícito, sendo certo que, caso a questão constitucional não tenha sido apreciada pelo Tribunal a quo, é necessária e indispensável a oposição de embargos de declaração, os quais devem trazer a discussão da matéria a ser prequestionada, a fim de possibilitar ao Tribunal de origem a apreciação do ponto sob o ângulo constitucional.

[ARE 772.836 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 26-5-2015, DJE 118 de 19-6-2015.]

9 AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DÍVIDA INEXISTENTE. DANOS MORAIS. VALOR. VIOLAÇÃO A ARTIGO DA CONSTITUIÇÃO. VIOLAÇÃO A ARTIGO DE LEI. 1. Não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, o exame de matéria constitucional. 2. Configura deficiência de fundamentação do recurso especial a ausência de indicação precisa de artigo de lei violado ou a respeito de cuja interpretação divergiu o acórdão recorrido. Incidência da Súmula 284/STF. 3. Consoante entendimento pacificado no âmbito desta Corte, o valor da indenização por danos morais só pode ser alterado na instância especial quando manifestamente ínfimo ou exagerado, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - Acórdão Agrg no Aresp 418395 / Rs, Relator(a): Min. Maria Isabel Gallotti, data de julgamento: 19/11/2013, data de publicação: 10/12/2013, 4ª Turma)

10 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. 1. Inexistência de contrariedade ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República. 2. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 287 do Supremo Tribunal Federal. 3. Alegada afronta aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Necessidade de análise de matéria infraconstitucional: ofensa constitucional indireta. 4. Nulidade do julgamento proferido pelo Tribunal do Júri. Reexame de fatos e provas: Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF - Acórdão Are 769536 Agr / Rr - Roraima, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, data de julgamento: 03/12/2013, data de publicação: 10/12/2013, 2ª Turma)



Tendo em vista os problemas enfrentados, veio a constar nos artigos 1.032 e 1.033 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), expressamente, a possibilidade de conversão de recurso especial em recurso extraordinário e vice-versa, concedendo-se prazo para a parte adequar-se as demais especificidades de cada recurso (GAVA; MORAES, 2015).

### 3.7 RECOLHIMENTO DE CUSTAS E PREPARO

No entendimento da doutrina, a jurisprudência defensiva ocorre também nos casos em que, mesmo as partes tendo efetuado o pagamento do preparo e das custas de forma correta (tempestiva e integral), esquecem de comprovar que houve tal recolhimento no ato da interposição do recurso e o mesmo é considerado deserto (GAVA; MORAES, 2015).

Dessa forma, a comprovação de que o recolhimento foi feito não poderia ser realizada após a interposição do recurso, mas sim, deveria acompanhá-lo sob pena de deserção<sup>11</sup>.

Nesse segmento, está a jurisprudência defensiva aplicada pelos Tribunais aos casos em que a parte preenche a guia de recolhimento de forma incorreta, ou mesmo não a preencha, também acarretando a deserção, sem possibilidade de adequação (GAVA; MORAES, 2015)<sup>12</sup>.

Ainda, também houve rejeição de recurso especial devido ao fato de as custas terem sido pagas eletronicamente e não ter sido comprovada a certidão física (BUIKA, 2015), o que também é prática repudiada e que caracteriza jurisprudência defensiva, afinal de contas, estaria paga e comprovada, independente do meio utilizado para pagamento<sup>13</sup>.

Como forma de acabar com essas posições, o CPC/2015 (BRASIL, 2015) trouxe em seu artigo 1.007 que “No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção” e §2º “A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias”.

11 AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DO PREPARO NO ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. DESERÇÃO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência deste Tribunal entende que o recorrente deve comprovar a realização do preparo no ato da interposição do recurso, sob pena de deserção. 2. Na espécie, a embargante enviou a petição de embargos de divergência sem o comprovante de pagamento das custas judiciais. 3. Agravo improvido. (STJ - Acórdão Agrg nos Earesp 193798 / Ba, Relator(a): Min. Jorge Mussi, data de julgamento: 06/08/2014, data de publicação: 15/08/2014, Corte Especial)

12 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FALTA DO NÚMERO DO PROCESSO NA GUIA DE RECOLHIMENTO. PARADIGMA VERSANDO SOBRE INSUFICIÊNCIA DE PREPARO NA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. INDEFERIMENTO LIMINAR. 1. Ausente a indispensável similitude fática entre o acórdão embargado e aquele indicado como paradigma, não se conhece dos embargos de divergência. 2. O acórdão embargado decidiu pela deserção do recurso especial por ausência de identificação do número do processo originário na guia juntada aos autos. Assentou a relatora não se tratar de preparo insuficiente, mas de guia de porte e retorno dos autos - único tipo de custas exigido pelo STJ para o recurso especial até a entrada em vigor da Lei 11.636/2007 - não preenchida corretamente. Já o paradigma refere-se à deserção da apelação pela falta do pagamento de porte de remessa e retorno, a ser pago na mesma guia das obrigatórias custas judiciais, estas recolhidas a tempo e modo. 3. Se não houve o preenchimento correto da guia, máxime sobre o número que identifica o processo na origem, não há falar em pagamento parcial do preparo, mas em ausência deste, afastando de vez a incidência do art. 511, § 2º, do CPC. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - Acórdão Agrg nos Eresp 1129680 / Rj, Relator(a): Min. Castro Meira, data de julgamento: 03/10/2012, data de publicação: 10/10/2012, Corte Especial)

13 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DOCUMENTO EXTRAÍDO DA INTERNET. AUSÊNCIA DE FÉ PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE OPOSIÇÃO CONTRA O STJ. DECORRÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.200/01. JUNTADA DE DOCUMENTO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. INADMISSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 511, CAPUT, DO CPC. MULTA DO ART. 557, § 2º, DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. (STJ - AgRg no REsp: 1103021 DF 2008/0250650-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 26/05/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: 20090608 --> DJe 08/06/2009)



Dessa forma, o recurso somente será deserto se a parte intimada para corrigir o equívoco, não o adequar. Ademais o §7º do mesmo artigo (BRASIL, 2015) também traz que o equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará deserção, sendo a parte intimada possibilitando sanar o vício.

Especificamente quanto ao pagamento online das guias, não houve disciplina no CPC/2015, mas entende-se que como a guia pode ser preenchida online, em tese seu pagamento também pode o ser, e desde que comprovado o pagamento não há óbice legal para o seu não aceite.

### 3.8 COMPROVAÇÃO DE TEMPESTIVIDADE (FERIADOS LOCAIS)

A jurisprudência age defensivamente também, quando não admite correção da parte (intimação para regularização) que interpõe recurso fora do prazo, para comprovar caso haja feriado local (AMARAL; SILVA, 2014).

Dessa forma, o recorrente não pode comprovar a existência de evento que prorrogou o prazo de interposição do recurso após sua interposição<sup>14</sup>.

O CPC/2015 não trouxe a possibilidade de comprovação posterior, mencionando em seu artigo 1.003, §6º (BRASIL, 2015) que o feriado local deve ser comprovado no ato da interposição do recurso.

José Miguel Garcia Medina entende pela concessão de prazo para sanar o vício:

[...] deve-se observar o que prevê o parágrafo único do artigo 932 do CPC/2015: Antes de considerar inadmissível o recurso o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. (MEDINA, 2017, p. 1497)

Não trouxe o novo Código, a possibilidade de intimação da parte para regularização, mas entendemos que subentendida essa possibilidade devido ao artigo 76 e também seu §2º (BRASIL, 2015), vez que, admite-se que o vício seja sanado mesmo que em instâncias excepcionais.

### 3.9 CERTIDÃO DA INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA

Ocorre novamente a chamada jurisprudência defensiva quando os Tribunais Superiores não conhecem recurso por faltar na petição de sua interposição a certidão da intimação da decisão agravada (BUIKA, 2015).

14 AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. 1. O propósito recursal é dizer, à luz do CPC/15, sobre a possibilidade de a parte comprovar, em agravo interno, a ocorrência de feriado local, que ensejou a prorrogação do prazo processual para a interposição do agravo em recurso especial. 2. O art. 1.003, § 6º, do CPC/15, diferentemente do CPC/73, é expresso no sentido de que "o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso". 3. Conquanto se reconheça que o novo Código prioriza a decisão de mérito, autorizando, inclusive, o STF e o STJ a desconsiderarem vício formal, o § 3º do seu art. 1.029 impõe, para tanto, que se trate de "recurso tempestivo". 4. A intempestividade é tida pelo Código atual como vício grave e, portanto, insanável. Daí porque não se aplica à espécie o disposto no parágrafo único do art. 932 do CPC/15, reservado às hipóteses de vícios sanáveis. 5. Seja em função de previsão expressa do atual Código de Processo Civil, seja em atenção à nova orientação do STF, a jurisprudência construída pelo STJ à luz do CPC/73 não subsiste ao CPC/15: ou se comprova o feriado local no ato da interposição do respectivo recurso, ou se considera intempestivo o recurso, operando-se, em consequência, a coisa julgada. 6. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no AREsp: 957821 MS 2016/0196884-3, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 20/11/2017, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 19/12/2017)

Conforme notícia do Superior Tribunal de Justiça sobre a reforma de acórdão que não reconheceu declaração sobre falta de peça obrigatória em agravo de instrumento (Resp 1793126) (STJ, 2020g):

Segundo o ministro Antonio Carlos, na vigência do CPC/1973, a ausência de peça obrigatória na formação do instrumento do agravo – em razão de sua inexistência nos autos originários – deveria ser comprovada por meio de certidão, sendo insuficiente a declaração do advogado.

Todavia, o CPC/2015 permitiu, em seu artigo 1.017, que o advogado declare, sob sua responsabilidade pessoal, a inexistência de qualquer dos documentos obrigatórios.

No caso em análise, explicou o ministro, a recorrente declarou de modo expresso que não havia procuração sua nos autos. Mesmo assim, o tribunal deixou de conhecer do agravo de instrumento pelo fato de que não foi juntada a procuração, presumindo a existência do documento nos autos originários.

Tem-se, assim, que a conclusão do TJMG colide frontalmente com o comando que emana do referido dispositivo legal, do que resulta sua flagrante violação”, concluiu o relator. (STJ, 2020g).

Se analisarmos, de fato, o artigo 1.017, parágrafo único do CPC/2015 (BRASIL, 2015), nos traz que, antes de se inadmitir um recurso, o relator deverá conceder prazo para o recorrente sanar o vício ou complementar a documentação exigida.

A jurisprudência foi pacificada e hoje é admitida a interposição de recurso sem a certidão de intimação da decisão agravada por entenderem que esse documento pode ser suprido por outros elementos de convicção como, por exemplo, a publicação no Diário da Justiça<sup>15</sup>.

## 4. PANORAMA ATUAL

Como explanado anteriormente, existem várias hipóteses trazidas pela doutrina como aplicação da jurisprudência defensiva.

Poucos são os autores que se aventuram em escrever sobre a jurisprudência defensiva após a entrada em vigor do CPC/2015, pois, como vimos, existe uma pretensão de que estes problemas tenham sido resolvidos com as alterações trazidas pela lei.

Certamente, o CPC/2015 veio com a ideia de cooperação entre os sujeitos processuais (artigo 6º) para que o processo efetivamente leve a decisões em tempo razoável, justas e que tenham o condão de solucionar integral e preferencialmente o mérito, observando-se que esse Código veio com a finalidade de atividade satisfativa (artigo 4º) (BRASIL, 2015).

15 PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. TEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO POR OUTROS MEIOS. CÓPIA DA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. ADMISSIBILIDADE. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, ART. 525, INCISO I. PRECEDENTES. MATÉRIA PACIFICADA. 1. A falta da certidão de intimação da decisão agravada, peça obrigatória para aferir a tempestividade do agravo de instrumento, prevista no art. 525, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, de acordo com a jurisprudência pacificada nesta Corte, pode ser suprida por outros elementos de convicção presentes nos autos, no caso concreto pela cópia da publicação no Diário da Justiça. 2. Embargos de divergência acolhidos para conhecer e prover o recurso especial. (STJ - Acórdão Earesp 251766 / Ac, Relator(a): Min. Maria Isabel Gallotti, data de julgamento: 12/12/2018, data de publicação: 18/12/2018, 2ª Seção)

Diante disso, trouxe o CPC/2015 uma visão voltada à solução dos conflitos no seu mérito sem tanto apego às formalidades e procedimentos que pudessem prejudicar essa resolução adequada.

A intenção da legislação foi exemplar em procurar resolver os problemas apresentados. No entanto, as súmulas ainda não superadas continuam a, potencialmente, serem aplicadas, bem como, alguns julgadores preferem a utilização de fundamentos jurisprudenciais aos legais, em alguns casos, indo em sentido diverso da lei.

Ademais, é válido ressaltar como a doutrina nos traz, e já mencionado no primeiro tópico deste artigo, a jurisprudência defensiva, a qual é caracterizada pela criação de entraves para o conhecimento de recursos que, muitas vezes, não estão em nenhuma Lei ou na própria Constituição (AMARAL; SILVA, 2014).

No cotidiano, podemos observar diversas atitudes defensivas e decisões defensivas que sequer foram citadas, mas que são, pode-se dizer, comuns.

Sabemos que a quantidade de processos, atualmente, interfere na organização do Poder Judiciário, mas, qual era a função inicial dos recursos, senão a reanálise do caso em sua totalidade para dar ao jurisdicionado inconformado uma segunda visão acerca de seus pedidos?

Hoje, as Cortes Supremas do nosso país são responsáveis por analisar, preferencialmente, recursos que buscam uma uniformização da interpretação da legislação federal (recurso especial) ou a uniformização da interpretação dada à Constituição (recurso extraordinário), não se admitindo reexame de fatos e provas.

O fato de não poder o jurisdicionado ter uma reanálise de fatos e provas que, porventura, tenham sido analisados de forma errônea ou que não tenham sido analisados em sua integralidade nas instâncias inferiores, não retira o seu direito a um processo justo, efetivo e que realmente visa a solução do mérito?

Claro, o intuito deste trabalho não é criticar a estruturação do Poder Judiciário, mas sim as decisões defensivas que não solucionam o mérito dos conflitos trazidos pelos jurisdicionados.

Pois bem, vejamos a multa trazida no agravo interno (artigo 1.021 §4º do CPC/2015) (BRASIL, 2015) como uma punição ao agravante que tiver seu recurso manifestamente inadmissível ou improcedente por votação unânime - não deixa de ser uma forma defensiva de atacar o jurisdicionado.

A ideia do artigo mencionado seria de evitar recursos meramente protelatórios, mas, se o jurisdicionado só tem essa opção recursal e entende que se encaixa nos requisitos e que tem chances de reverter a situação em que o processo se encontra, seria adequado puni-lo por buscar uma reinterpretação/reanálise de seu caso?

Seguindo, temos também a questão dos precedentes, afinal, eles somente podem ser revistos ou superados, total ou parcialmente (*overruling*, *distinguishing* ou *overriding*), diante do aparecimento de mudanças na sociedade.

Ocorre que muitas vezes já na sua criação, os precedentes vêm por demasia equivocados ou já em desacordo com a realidade social atual, o que gera uma enorme dificuldade em sua superação, já que os precedentes devem ser observados pelos magistrados em suas decisões, principalmente nas instâncias excepcionais.

Imagine ter um precedente invocado pela parte contrária, mas que já não faz mais sentido atualmente, muito menos para o caso que está sendo discutido e ele ser acolhido como fundamento da decisão de mérito do processo sem que seja possível a sua superação ou revisão.

Ainda de se ressaltar que, na própria estrutura do STJ e do STJ, existem precedentes que são contemporâneos apesar de serem completamente antagônicos entre si. É necessário um trabalho do próprio Tribunal, para condensar os seus precedentes de forma a possibilitar o reconhecimento por parte dos jurisdicionados.

Novamente o jurisdicionado seria prejudicado por uma aplicação defensiva da jurisprudência, porque ao passo que o precedente é de muita utilidade porque uniformiza a jurisprudência e traz segurança jurídica, sua aplicação reiterada sem análise do contexto fático e probatório adequados à realidade social e sem a observância da verdadeira *ratio decidendi*, é um grande problema.

Podemos citar também a Reclamação (artigo 988 do CPC/2015), afinal, o inciso II do seu §5º (BRASIL, 2015), aborda que ela é inadmissível quando: “[...] proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.” (BRASIL, 2015).

O requisito mencionado no artigo supracitado de ter que esgotar todas as instâncias ordinárias, é totalmente defensivo, tendo em vista que exige do jurisdicionado que tenha passado por todas as instâncias e recursos para ter um direito, o qual, por vezes, encontra-se expresso.

Desse modo, o Poder Judiciário nega a reanálise do caso concreto porque o jurisdicionado não teria seguido procedimentalmente a ordem que deveria seguir, mesmo que ele tenha direito ao que está sendo pleiteado.

Ainda, quanto à repercussão geral (requisito para interposição de recurso extraordinário), como ela é caracterizada como tal? Quantas pessoas precisam ser afetadas para que seja reconhecida a repercussão geral?

Em tese, a repercussão geral refere-se à “[...] questões relevantes sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (STF, 2020b), mas analisando de forma hermenêutica o que o procurador do processo entende como aspecto relevante que ultrapassa o interesse subjetivo da causa, pode não ser aquilo que os julgadores das Cortes entendem como tal, correto?

Analisando, dessa forma, o conceito de repercussão geral é demasiado amplo, abrangente demais para ser aceito ou não por um julgador, pois cada pensamento e argumento tem sua razão de ser e manter um entendimento restritivo. Nesse caso, seria restringir o raciocínio e retirar a hermenêutica do direito.

Aqui entra o problema que afeta hoje não somente o judiciário, mas também o ensino jurídico brasileiro, que devido às aulas meramente expositivas, sem análises de casos concretos, não instigam os estudantes a terem um raciocínio crítico, apenas repetindo o que aprenderam na faculdade (teoria) sem distinguir os processos na realidade prática, o que acaba sendo seguido por essas pessoas mesmo tornando-se profissionais (magistrados, professores, advogados e outros) (CAMBI, 2020).

Poderíamos mencionar diversas outras hipóteses em que a defensividade dos Tribunais se apresenta, assim como, pormenorizar as já expostas, mas a ideia é justamente fazer você, leitor, se indagar... A jurisprudência defensiva realmente foi afastada com o CPC/2015? A legislação é suficiente para barrá-la? Quais outras situações você já vivenciou profissionalmente que podem ser enquadradas como jurisprudência/atividades defensivas por parte dos Tribunais ou instâncias inferiores? Haverá de fato a superação dessa prática?

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foram demonstradas as principais formas nas quais a jurisprudência defensiva se apresenta de acordo com a doutrina majoritária. Esta mesma doutrina, vem afirmando que com o advento do CPC/2015 este problema foi totalmente superado.

No entanto, o objetivo deste artigo foi de demonstrar que a jurisprudência defensiva, apesar de ter sido sanada em algumas das formas existentes, ainda se faz presente e continuará a ser aplicada, principalmente quando o Judiciário se sentir assoberbado pela quantidade de processos que lhe são submetidos.

Isso também aconteceu com a Repercussão Geral no caso do Recurso Extraordinário, vejam só. E, naquela época, 2004, também diziam que o problema seria resolvido.

A sobrecarga dos juízes não pode ser usada como justificativa para a aplicação de jurisprudência/decisões/attitudes defensivas, pois ela não diminuirá com uma “prestação jurisdicional falha ou insuficiente” (LUCCA, 2019, p. 227). Até porque a própria falta de celeridade do Poder Judiciário por si só já gera injustiça e insegurança jurídica. Caso haja uma prestação jurisdicional inadequada, como mencionado, a injustiça e a insegurança só irão aumentar (LUCCA, 2019).

Não há argumento que seja capaz de fazer com que essa prática seja admitida, afinal de contas, a função do Poder Judiciário é proteger/resguardar e fazer ser efetivado o direito do jurisdicionado que bate à sua porta.

Um segundo ponto a ser enfrentado é o de que o Poder Judiciário, por não ser submetido a um controle externo de sua atividade, entende que “pode fazer aquilo que bem entende”, dado que o direito é decorrente de um processo hermenêutico por ele controlado. Situação que, como bem aponta Lênio Streck não se sustenta:

De minha parte, não concordo com a tese de que o direito é aquilo que o Judiciário diz que é. Fosse isso verdadeiro, não precisaríamos estudar nem escrever. O direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, resposta nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (e tampouco na vontade coletiva de um tribunal). (STRECH, 2016, p. 67)

A jurisprudência defensiva, portanto, apesar de existir e subsistir ao CPC/2015, não é medida admissível, mesmo diante do panorama atual do Poder Judiciário brasileiro, vez que a sobrecarga processual não pode ser motivo de uma prestação jurisdicional falha ou insuficiente.

Como bem preleciona Rodrigo Ramina de Lucca:

[...] Entre processos rápidos e injustos, e processos demorados, mas justos, certo é que são estes que devem prevalecer. A demora dos processos é causa de injustiça e insegurança jurídica, mas não pode ser solucionada com a geração de mais injustiça e mais insegurança jurídica. (LUCCA, 2019, p. 227)

Não é, portanto, sequer viável a aplicação da jurisprudência defensiva, porque gera uma falsa impressão de solução que acaba sendo inviável para todas as partes, inclusive para os Tribunais Superiores, até porque, se existem outras medidas capazes de tornar os processos mais céleres e as decisões mais uniformes sem prejudicar o jurisdicionado (como os precedentes, por exemplo) não há porque tentar barrar recursos e processos utilizando-se de jurisprudência defensiva.

O processo de superação dessa prática utilizada pelos Tribunais vai desde a instigação ao raciocínio crítico dos estudantes e operadores do direito, até a cobrança do efetivo cumprimento do dever de fundamentação/motivação das decisões judiciais.

Pode parecer errôneo pensar dessa forma, mas, ao passo que a doutrina começou a manifestar sua indignação com argumentos adequados e de forma reiterada, a primeira reforma legislativa (CPC/2015) veio e tentou retirar as formas que mais frequentemente traziam a aplicação da jurisprudência defensiva.

É claro que, com o passar do tempo, outras formas defensivas vão surgir, inevitavelmente, afinal de contas, aparentemente, o Judiciário leva mais em conta as estatísticas e médias de produção do que de efetividade (quantidade>qualidade), mas a constante mudança e adequação da legislação e da sociedade trarão maior segurança à sua aplicação.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; SILVA, Fernando Moreira Freitas da. A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores: a doutrina utilitarista mais viva do que nunca. In: PROCESSO E JURISDIÇÃO II: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2014, Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=198>. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. *Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. Brasília Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm). Acesso em: 5 out. 2020.

BUIKA, Heloisa Leonor. *O formalismo no juízo de admissibilidade dos recursos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-25082015-142449/pt-br.ph>. Acesso em: 5 out. 2020.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

FARIA, Márcio Carvalho. Mais do mesmo: os vícios de representações recursais, a impossibilidade de saneamento posterior nas instâncias excepcionais e a jurisprudência defensiva. *Revista Eletrônica de Direito Processual REDP*,



Rio de Janeiro, ano 7, v. XII, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/653/showToc>. Acesso em: 5 out. 2020.

GAVA, Rafael Ambrósio; MORAES, Janaina Gomes Garcia de. Combater a jurisprudência defensiva com o novo CPC: "YES, WE CAN!" OR CAN WE?. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Minas Gerais v. 1, n.2, p.188-215, jul./dez. 2015.

JATAHY, Carlos Roberto; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; AYOUB, Luiz Roberto (Coordenadores). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. Coordenador: Fredie Didier Jr. 3 ed. Salvador: Juspodvm, 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 5. Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PACANARO, Armando Wesley. A jurisprudência defensiva como violação direta ao princípio da primazia do julgamento de mérito. *Revista de Processo*, v. 263/2017, p. 143-168, jan. 2017 - DTR\2016\24929.

STRECK, Lenio Luiz. *Juiz não é Deus: Juge n'est pas Dieu*. Curitiba: Juruá, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Histórico*. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 5 out. 2020a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Estatísticas do STF*. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendarg#:~:text=1.-,Repercuss%C3%A3o%20Geral,os%20interesses%20subjativos%20da%20causa>. Acesso em: 5 out. 2020b.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Aplicação das Súmulas no STF*. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2648>. Acesso em: 5 out. 2020c.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Humberto Gomes de Barros: discurso de posse na Presidência*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Arquivo-Cidadao/Linha-Sucessoria-da-Presidencia/Humberto-Gomes-de-Barros>. Acesso em: 5 out. 2020a.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *A crise do Supremo*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-crise-do-Supremo>. Acesso em: 5 out. 2020b.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Surge o STJ*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Surge-o-STJ>. Acesso em: 5 out. 2020c.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Tribunal Federal de Recursos*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Institucional/Educacao-e-cultura/Museu/Exposicoes-permanentes/Tribunal-Federal-de-Recursos.aspx>. Acesso em: 5 out. 2020d.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Antecedentes*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Antecedentes>. Acesso em: 5 out. 2020e.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Súmulas Anotadas*. Brasília. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 5 out. 2020f.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Notícias*. Brasília. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Reformado-acordao-que-nao-reconheceu-declaracao-sobre-falta-de-peca-obrigatoria-em-agravo-de-instrumento.aspx>. Acesso em: 5 out. 2020g.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. *A valorização dos precedentes pelos tribunais superiores e a jurisprudência defensiva*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11122015-084331/pt-br.php>. Acesso em: 5 out. 2020.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 12/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/02/2021
- Avaliação 1: 06/04/2021

- Avaliação 2: 09/06/2021
- Decisão editorial preliminar: 10/06/2021
- Retorno rodada de correções: 26/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 26/06/2021

**Equipe editorial envolvida**

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

# O PROTAGONISMO DO DIGITAL INFLUENCER: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AO CONSUMIDOR FRENTE A EXPANSÃO DO E-COMMERCE

THE PROTAGONISM OF DIGITAL INFLUENCER:  
AN ANALYSIS OF CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE TO THE  
CONSUMER FACING THE EXPANSION OF E-COMMERCE

ERICA FERNANDA MIRANDA SOUSA<sup>1</sup>

GILLIAN SANTANA DE CARVALHO MENDES<sup>2</sup>

CAMILA CAMPOS BATISTA<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente artigo teve como objetivo analisar os reflexos jurídicos provocados pelas relações de consumo intermediadas por influenciadores digitais, através do prisma da responsabilidade civil em face da vulnerabilidade de seu seguidor/consumidor. E tem por objetivos específicos discutir os reflexos do protagonismo do *digital influencer* na sociedade de consumo com a expansão do *e-commerce*; conhecer os mecanismos de publicidade e como são debatidos no ordenamento jurídico brasileiro; analisar a repercussão social da publicidade realizada pelos influenciadores digitais; e verificar quais as normas civis e consumeristas aplicáveis a este tema. A relevância do tema mostra-se fundamental, uma vez que os influenciadores digitais apresentam forte presença no cenário virtual, utilizado por quase toda a população de todas as faixas etárias e, assim, visto que se trata de um cenário com público diversificado, vislumbra-se a possibilidade do alcance de consumidores vulneráveis, sendo necessário, portanto, os consumidores conhecerem seus direitos e os influenciadores terem a ciência de seus deveres perante seus seguidores. Desse modo, os reflexos sociais provocados por essa realidade merecem especial atenção dos poderes, tanto legislativo como judicial, e da sociedade. A metodologia aplicada no presente estudo será a pesquisa bibliográfica narrativa, baseando-se na análise de doutrinas, legislações, artigos científicos, jurisprudências pertinentes ao tema. Obteve-se como resultado a aplicação da responsabilidade objetiva nos danos causados aos consumidores na relação consumerista formada por intermédio do influenciador digital. Concluiu-se que é necessária a adaptação legislativa em atenção a peculiaridade do caso, bem como a assistência jurídica ao influenciador digital no exercício de suas atividades.

**Palavras-chave:** influenciadores digitais; responsabilidade civil; vulnerabilidade do consumidor.

1 Aluna do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPÍ.

2 Doutora em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário UNICEUB(2020), MESTRE em Direito Constitucional O (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2004). ESPECIALISTA em Ensino Superior, pela Universidade Federal do Piauí, GRADUADA em DIREITO pela Universidade de Fortaleza (1988), GRADUADA em PEDAGOGIA pela Universidade Federal do Piauí (1998), Professora titular da Universidade Estadual do Piauí- UESPI (20horas), professora do Centro Universitário UNINOVAFAPÍ, nos cursos de Direito. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-7149-1367>.

3 Aluna do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPÍ. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4850-8538>.

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

SOUSA, Erica Fernanda Miranda; MENDES, Gillian Santana de Carvalho; BATISTA, Camila Campos. O protagonismo do digital influencer: uma análise da responsabilidade civil por dano ao consumidor frente a expansão do e-commerce. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 104-122, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8365>.

## ABSTRACT

This article aimed to analyze the legal reflexes caused by consumer relations intermediated by digital influencers, through the prism of civil liability in the face of the vulnerability of their followers / consumers. And its specific objectives are to discuss the reflexes of the role of the digital influencer in the consumer society with the expansion of e-commerce; know the advertising mechanisms and how they are discussed in the Brazilian legal system; analyze the social repercussion of advertising carried out by digital influencers; and verify which civil and consumer rules apply to this topic. The relevance of the theme is fundamental, since digital influencers have a strong presence in the virtual scenario, used by almost the entire population of all age groups and, therefore, since it is a scenario with a diversified audience, the possibility of reaching hypervulnerable consumers, making it necessary, therefore, for consumers to know their rights and influencers to be aware of their duties towards their followers. In this way, the social reflexes caused by this reality deserve special attention from the powers, both legislative and judicial, and from society. The methodology applied in the present study will be the narrative bibliographic research, based on the analysis of doctrines, legislation, scientific articles, jurisprudence pertinent to the theme. As a result, it was obtained the application of strict liability in damages caused to consumers in the consumerist relationship formed through the digital influencer. It was concluded that it is necessary to adapt legislation in view of the peculiarity of the case, as well as legal assistance to the digital influencer in the exercise of their activities.

**Keywords:** digital influencers; civil responsibility; consumer vulnerability.

## 1. INTRODUÇÃO

Para que se atinja um público para às compras, utiliza-se uma estratégia de *marketing*: a publicidade. Compreende-se como publicidade o mecanismo de divulgação de produtos e serviços por intermédio da comunicação em diferentes tipos de plataformas.

A publicidade contribui no desenvolvimento da economia, sendo utilizada como estratégia, não só para divulgar um produto ou serviço, mas também para informar e, sobretudo, para modificar o comportamento de compra da coletividade. Dada a maior acessibilidade da *internet*, foram concebidas novas formas de comunicação entre os indivíduos, proporcionando mudanças sociais, econômicas e de comportamentos, tudo isso em um contexto no qual as novas tecnologias são incorporadas no cotidiano da sociedade.

A divulgação rápida nos variados tipos de dados, como imagens, textos e vídeos, e a inserção de milhões de usuários na rede pela expansão da *internet*, proporcionaram aos estabelecimentos comerciais uma nova possibilidade de transmitir sua marca, aumentando cada vez mais o alcance de clientes e, por conseguinte, o aumento de seus lucros. Ademais, com a crise financeira enfrentada no Brasil, muitos empreendedores fecharam suas lojas físicas, o que ocasionou a migração de alguns desses empresários para o comércio virtual. Assim, com os benefícios oferecidos tanto aos empresários quanto à praticidade ao consumidor, como conforto, facilidades na troca de mercadoria, condições de preços e pagamentos favoráveis, o *e-commerce* (comércio eletrônico) já é realidade dominante nos dias atuais.

Atualmente, muitos são os coeficientes que condicionam o comportamento de um consumidor, todavia, um sujeito específico tem avocado a atenção pelo grau de influência e convencimento produzido sobre o público internauta. Sabe-se que a ascensão da *internet* deu voz a qualquer um que tenha acesso às plataformas digitais disponíveis. Entretanto, um protagonista destaca-se pela produção de conteúdo relevante para as redes sociais, como *Instagram*,

Facebook, Youtube, e, assim, atinge um número gigantesco de pessoas: é o influenciador digital ou *digital influencer*.

Ante a ascensão repentina dos influenciadores digitais e o grande movimento do comércio intermediado por estes, são vários os questionamentos a respeito desses sujeitos e sua influência sobre os seus seguidores que podem ser figuras vulneráveis em uma relação de consumo. Logo, para uma melhor compreensão, realiza-se o presente estudo numa seara transdisciplinar, abrangendo o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, além de aspectos sociológicos e comunicacionais relevantes para a apresentação do tema.

Dessa forma, propõe-se como questão norteadora: Existe a possibilidade de acionar juridicamente os influenciadores digitais, caso haja a comprovação de lesão ao seu seguidor/consumidor, sobre o viés do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor?

O objetivo geral do presente estudo será analisar os reflexos jurídicos provocados pelas relações de consumo intermediadas por influenciadores digitais, através do prisma da responsabilidade civil em face da vulnerabilidade de seu seguidor/consumidor. E tem por objetivos específicos discutir os reflexos do protagonismo do *digital influencer* na sociedade de consumo com a expansão do *e-commerce*; conhecer os mecanismos de publicidade e como são debatidos no ordenamento jurídico brasileiro; analisar a repercussão social da publicidade realizada pelos influenciadores digitais; e verificar quais as normas civis e consumeristas aplicáveis ao tema para a resolução da lide ocasionada pela relação de consumo influenciada por terceiros, como *instagrammers* e *youtubers*.

Ao observar a massificação do acesso à *internet* e o aumento exponencial de compra por meio desta, verificou-se a crescente realidade de muitos usuários de redes sociais influenciados a realizar determinadas compras que são ludibriados tanto pelo *digital influencer*, como pela empresa contratante desse influenciador, seja por vício no produto ou no serviço, seja em decorrência de uma publicidade velada, não obtendo, por vezes, resultado favorável proporcional ao de sua lesão. Dessa forma, por ainda se tratar de ausência de entendimento jurídico consolidado, o tema precisa receber maior atenção e ser devidamente explorado.

A relevância do tema mostra-se fundamental, uma vez que os influenciadores digitais apresentam forte presença no cenário virtual, utilizado por quase toda a população de todas as faixas etárias e, assim, visto que se trata de um cenário com público diversificado, vislumbra-se a possibilidade do alcance de consumidores vulneráveis, sendo necessário, portanto, os consumidores conhecerem seus direitos e os influenciadores terem a ciência de seus deveres perante seus seguidores. Desse modo, os reflexos sociais provocados por essa realidade merecem especial atenção dos poderes, tanto legislativo como judicial, e da sociedade.

A metodologia aplicada no presente estudo será a pesquisa bibliográfica narrativa, baseando-se na análise de doutrinas, legislações, decisões judiciais, artigos científicos e jurisprudências pertinentes ao tema.

Para se chegar aos objetivos pretendidos da pesquisa, serão delimitados os seguintes tópicos: a expansão do *e-commerce* como um mercado de oportunidades para o influenciador digital; uma análise acerca da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro; a publicidade realizada por influenciadores digitais e sua repercussão social; a responsabilidade civil do influenciador digital quanto aos danos causados ao consumidor através da análise de decisão judicial e do tratamento jurídico atual.

## 2. E-COMMERCE: MERCADO DE OPORTUNIDADES PARA O INFLUENCIADOR DIGITAL

Com o avanço tecnológico e o amplo acesso à *internet* de qualidade, pessoas comuns começaram a compartilhar suas experiências diárias, com produtos e serviços, ocasionando uma nova geração consumerista: consumidores ativos em busca de recomendações nas redes sociais antes da compra de qualquer produto (GOMES; NEVES; PEREIRA, 2019). As empresas que utilizavam-se apenas das celebridades nacionais e internacionais para publicidade de seus produtos e serviços veiculada pela mídia convencional, como rádio e televisão, passaram a prestigiar os influenciadores digitais.

A profissão como influenciadores digitais ainda não se encontra devidamente regulamentada. Tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 10937/2018, que dispunha sobre a regulamentação do ofício de influenciador digital profissional, entretanto o Deputado Eduardo da Fonte, autor do Projeto, requereu a sua retirada para correção de erro material (BRASIL, 2018).

O novo protagonista da publicidade passou a ser visto e captado por grandes empresas: O *digital influencer*. Com uma realidade familiar e contato acessível, as pessoas passaram a dar credibilidade a opinião dessas pessoas, inicialmente comuns, ao invés de artistas consagrados com anúncios tipicamente comerciais. Assim, consoante Sperb (2009), os consumidores cada vez mais desconfiam da publicidade realizada pelos próprios estabelecimentos comerciais, haja vista os interesses do emissor, passando a atribuir, portanto, valorização às mensagens de pessoas familiares ou conhecidas, sem cunho empresarial.

Com o advento das mídias sociais e a variação das plataformas digitais, a generalização do termo *Bloggers* ou Blogueiros restou ultrapassada, visto que correspondia aos *blogs* anteriormente utilizados para produção de conteúdo. Assim, o termo *Digital Influencer* ou Influenciadores Digitais significou a abrangência da denominação aplicada, podendo ser empregado a todos aqueles que compreendam um vasto número de seguidores, ou seja, possuam um notório destaque em qualquer das mídias sociais, inclusive nos *blogs*, produzindo conteúdos singulares, expressando opiniões e pautando comportamentos (AGUIAR, 2018).

Segundo Batista *et al.* (2019), os influenciadores digitais têm enorme importância no desenvolvimento de novos formatos de consumo na “sociedade de consumidores”, à medida que redefinem padrões arraigados durante décadas, modificando e impactando, inclusive, as grandes organizações de produção, varejo, publicidade e propaganda.

Ademais, outro importante reflexo da expansão tecnológica são as compras *on-line*. Com a conjuntura econômica enfrentada no Brasil, as empresas têm buscado nos meios virtuais uma alternativa para a diminuição de gastos, utilizando-se da criatividade para alcançar objetivos e minimizar o impacto da crise (BUTTENBENDER, 2017). Com efeito, a partir dos benefícios oferecidos tanto aos empresários quanto à praticidade ao consumidor, até mesmo as grandes empresas já consolidadas adaptaram-se a também oferecer serviços *on-line*. Dessa forma, o *e-commerce* já é realidade dominante nos dias atuais.

Face à nova realidade virtual, o desenvolvimento das plataformas digitais proporcionou a consolidação do comércio eletrônico. Com milhares de pessoas conectadas nas redes sociais como *youtube*, *instagram*, *facebook*, e *twitter*, é de praxe o compartilhamento de compra e uso



de produtos e serviços. Nesse contexto, a troca constante de informações entre as pessoas aumenta, conseqüentemente, o poder de decisão do grupo (ROCHA, 2005), uma vez que a nova realidade consumerista retrata a busca, *a priori*, pela experiência de terceiros para certificar a aquisição ou não de determinado produto com o fito de diminuir os riscos na escolha.

O sucesso dessas plataformas está relacionado as suas ferramentas intrínsecas. Consoante Neiva (2020), com a publicação de vídeos de longa duração, no *Youtube* é possível produzir um vídeo demonstrativo ou expositivo, apresentando em detalhes determinados produtos ou serviços, atividade conhecida como *review/unboxing*. No *Instagram*, por sua vez, há a possibilidade de gravar vídeos fracionados com duração de 24hrs, mecanismo chamado *stories*, oportunizando ao *influencer* expor suas experiências em tempo real.

Dessa forma, o consumidor, dito antes, consumidor passivo, mero receptor, agora passou a ser um consumidor colaborativo no ambiente digital gerando seu próprio conteúdo (SOUSA, 2016). Nessa conjuntura, as empresas encontraram nas redes sociais a melhor alternativa com o maior alcance para captação de clientes, reconhecendo os influenciadores digitais como sua principal ferramenta de comunicação, visto que são pessoas carismáticas capazes de persuadir seus seguidores com maior credibilidade e rapidez do que a própria empresa (COELHO *et al.*, 2017), dado o seu caráter familiar e não expressar diretamente o interesse comercial, uma vez que repassa sua experiência como consumidor e não fornecedor.

Em que pese, inicialmente, a despreensão na divulgação de utilização de produtos, comunicando satisfação ou insatisfação apenas como forma de expressão com longo alcance, de familiares e possivelmente de desconhecidos, reconhece-se hoje um novo modelo de negócio, no qual os usuários de mídias sociais recomendam e compartilham sobre produtos e serviços em troca de comissão ou produtos como brinde. Assim, ante a nova arquitetura de uma sociedade de consumo imediatista e pública, a produção em massa e a elevação do consumo exigem alta publicidade e estratégias mercadológicas capazes de atingir o lucro almejado, tornando vulnerável o consumidor às ações dos produtores e fornecedores de bens e serviços (EFING; BERGSTEIN; BAUER, 2012).

É nesse cenário que o *digital influencer* se torna o grande veículo de publicidade na indicação de bens e serviços, visto sua capacidade de impactar a vida dos seus seguidores, moldar comportamentos e motivar escolhas de consumo (GASPARATTO; FREITAS; EFING, 2019).

Uma das principais ferramentas digitais dos influenciadores é o *Youtube*, uma plataforma de reprodução de vídeos rentável para os “*youtubers*”, na qual estes postam frequentemente acerca de produtos e serviços através dos seus canais (LEITE, 2016). No Brasil, a partir do ano de 2012, percebeu-se o destaque da especialidade na produção de conteúdo com o crescimento do *youtuber* Felipe Neto, sendo o pioneiro a alcançar o marco de 1 milhão de seguidores/inscritos naquela ocasião. Posteriormente, o piauiense Whindersson Nunes se tornou o segundo maior *youtuber* brasileiro (SANTOS; SILVA, 2018).

Nesse contexto, reconhecendo a influência desses personagens ante um público gigantesco, as organizações e empresas de publicidade passaram a investir na divulgação realizada por eles. Nesse sentido, o *influencer* Whindersson Nunes protagonizou diversos comerciais destinados as mais variadas plataformas digitais, como o próprio *Youtuber*, *Instagram*, *Facebook* e nos meios convencionais de comunicação, como a televisão. Desse modo, as empre-

sas constataram os maiores resultados nas publicações realizadas por influenciadores digitais mais famosos (SANTOS; SILVA, 2018).

Todavia, sabe-se que algumas estratégias de publicidade culminam na sua não identificação, a fim de angariar mais compradores. Assim, verifica-se diariamente conteúdo gerado por consumidores velados, mas que, cada vez mais a comunidade jurídica tem entendido tratar-se de participantes da cadeia de fornecedores, uma vez que participam diretamente no processo de decisão do consumo, recebendo mesmo que indiretamente pelo serviço prestado.

Ademais, a pandemia da covid-19 no ano de 2020, com continuidade em 2021, marcou o crescimento exponencial de compras realizadas pela *internet*, fortalecendo ainda mais o comércio eletrônico e evidenciando a praticidade do consumidor face à busca de *feedbacks* e recomendações, agora revestida pela necessidade devido ao isolamento social imposto como medida de contenção da propagação do coronavírus. Realidade que trará reflexos à longo prazo.

Desta feita, é indubitável a contribuição da tecnologia na disseminação da publicidade, impulsionando o surgimento de novas composições de relações de consumo, fazendo, assim, do *e-commerce* um local de oportunidades para os influenciadores digitais, surgindo, pois, o questionamento quanto a possibilidade de responsabilização destes quando da indicação de produtos ou serviços por eventuais danos causados aos consumidores (GASPARATTO; FREITAS; EFING, 2019). Diante essa realidade, surge a necessidade de uma análise jurídica acerca da publicidade na legislação pátria.

### 3. ANÁLISE JURÍDICA DA PUBLICIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A publicidade no ordenamento jurídico brasileiro pode ser observada sob dois prismas: como princípio jurídico, diretriz do direito, como no Direito Administrativo ou no Direito Processual; assim como objeto jurídico, o qual deixa sua essência normativa e passa a ser o objeto de regulação e interesse a ser tutelado (CABRAL, 2003).

Em análise à segunda acepção apresentada, tem-se a publicidade, conforme Dias (2010 apud JEZLER 2017), como instrumento de divulgação de produtos e serviços com o escopo de incentivo ao consumo. Nesse contexto, verifica-se com a massificação da oferta, o aperfeiçoamento das técnicas de publicidade e vultosos investimentos para a constante motivação à aquisição de bens. Dessa forma, é imprescindível a regulação por meio do Direito para coibir possíveis abusos, visto que resta evidenciada a vulnerabilidade do consumidor (JEZLER, 2017).

Nesse sentido, em que pese a Constituição Federal (CF) dispor no seu Capítulo V acerca da Comunicação Social, constata-se que esta não trata diretamente sobre publicidade no seu texto (BRASIL, 1988). Apesar disso, consoante Miragem (2016), verifica-se a fundamentação da publicidade na livre iniciativa prevista no art. 1º, inciso IV, da CF, princípio anunciador da ordem econômica constitucional adotada, devendo estar em harmonia com os interesses do consumidor e a dignidade da pessoa humana.

Além disso, encontra-se temas correlatos à publicidade no Brasil, também na Constituição da República, como o artigo 5º, incisos IV, V, IX e XIV, que tratam sobre a livre manifestação do pensamento; o direito de resposta, sendo esta proporcional ao agravo e, ainda, sendo possível a indenização por dano moral ou à imagem; devendo a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação ser de livre expressão; além da transparência da informação e o seu acesso, salvo nos casos que seja necessário guardar sigilo devido ao exercício profissional (BRASIL, 1988).

Assim corrobora o artigo 220, da CF<sup>4</sup>, o qual prevê que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, contudo, com ressalva (BRASIL, 1988).

Em sequência, observa-se o artigo 222, § 3º, da CF, que determina a observação obrigatória dos princípios enunciados no artigo 221, da CF, quando utilizados os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais (BRASIL, 1988).

Nesse seguimento, o artigo 221, da CF<sup>5</sup>, contém os princípios que deverão ser atendidos quando da produção e programação das emissoras de rádio e televisão, dentre eles, o princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (BRASIL, 1988).

Dessa forma, observa-se que os artigos anteriormente mencionados não são absolutos, possuindo restrições à medida que colidem com princípios, direitos e determinações da própria Constituição Federal.

Ademais, urge mencionar que a publicidade também é regulamentada por diversas legislações correlatas, como o Código Civil, lei nº 10.406/2002, no que tange ao uso do nome, apelido e imagem das pessoas (BRASIL, 2002); Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078/90, nos seus artigos 6º, 10, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 60, 63, 67, 68 (BRASIL, 1990); Lei de Direitos Autorais, lei nº 9.610/98; Regulamentação do exercício da profissão de publicitário através da lei nº 4.680/65, e Decretos nº 57.690/66, 2.262/97 e 4.567/02; Regulamentação acerca de promoções comerciais e sorteios, prêmios e brindes, a título de propaganda pela lei nº 5.768/71 e Decreto nº 70.951/72, dentre outras.

4 Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade. (BRASIL, 1988).

5 Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, entende-se que a regulamentação da publicidade se pauta na assimetria entre a busca do lucro excessivo e os interesses do consumidor, este vulnerável na relação de consumo, tornando-se imprescindível a tentativa de assegurar o equilíbrio entre a livre iniciativa e os valores sociais com todos os seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, com os direitos ao consumidor.

Para Miragem (2016) existem três situações em que a publicidade terá relevância jurídica: quando se apresentar como veículo de oferta de consumo, havendo a veiculação do fornecedor como negócio jurídico unilateral, como ocorre nos contratos de adesão; quando se caracterizar como enganosa ou abusiva<sup>6</sup>; e quando se apresentar como um contato social de consumo capaz de produzir expectativas legítimas ao consumidor, impondo, assim, a vinculação do fornecedor segundo os princípios da boa-fé objetiva e da tutela da confiança.

Nesse sentido, no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), inciso IV, verifica-se como direitos básicos a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, e contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (BRASIL, 1990). Desse modo, destaca-se que o CDC garante os seguintes princípios acerca da publicidade: princípio da vinculação; princípio da identificação; e princípio da veracidade e não abusividade (AZEVEDO, 2007).

O princípio da vinculação da oferta encontra-se amparado no artigo 30 do CDC, o qual estabelece que o fornecedor que a fizer ou dela se utilizar se vincula, nos termos do anúncio, à oferta publicitária apresentada por este, gerando, inclusive, efeitos contratuais, visto que integra o contrato que vier a ser celebrado. O princípio da identificação da publicidade, por sua vez, previsto no artigo 36 do mesmo código, determina que a publicidade deve ser de fácil e imediata identificação (BRASIL, 1990). Por fim, os princípios da veracidade e não abusividade, dispostos no artigo 37 do CDC, veda a publicidade ilícita que o CDC divide em abusiva e enganosa (AZEVEDO, 2007).

Ademais, com o escopo de controle penal e proteção das relações consumeristas, o CDC dedica seu Título II, a tipificar as infrações penais, constituindo crime, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, os seguintes “delitos publicitários”, consoante os artigos 66, 67 e 68: Fazer afirmações falsas ou enganosas, ou omitir informações relevantes sobre produtos e serviços, bem como fazer ou promover publicidade enganosa ou abusiva e induzir o consumidor ao comportamento que lhe prejudique a saúde e a segurança (BRASIL, 1990).

Contudo, conforme Dias (2010, p. 21 apud JEZLER, 2017, p. 26), é necessário ressaltar que as restrições discutidas ao exercício da publicidade devem ser dotadas de razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que “a excessiva ingerência do Estado na tutela do consumidor, poderá conduzir a uma indesejada, e até mesmo inconstitucional, substituição da lei à liberdade do indivíduo”. Certamente, busca-se o equilíbrio entre a proteção constitucional do consumidor e a liberdade econômica, verificada a publicidade e os valores sociais, sem excessos da atuação estatal, mas com o devido controle da ordem econômica constitucional.

6 A publicidade abusiva significa a publicidade discriminatória de qualquer natureza, como aquela capaz de incitar a violência, manipular a deficiência de julgamento e experiência da criança, explorar o medo, desrespeitar valores, e de induzir o consumidor a agir de modo prejudicial ou perigoso. Por sua vez, a publicidade enganosa se refere a qualquer comunicação ou informação publicitária falsa, no todo ou em parte, ou que mesmo por omissão, seja capaz de induzir o consumidor a erro sobre os dados dos produtos ou serviços. Ambas as modalidades são expressamente vedadas pelo código consumerista no seu artigo 37 (BRASIL, 1990).

Outra forma de controle é exercida pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), uma organização da sociedade civil fundada por entidades do mercado publicitário brasileiro com o fito de regular a publicidade no Brasil (PIAVANI, 2019). Um dos marcos do CONAR constitui a criação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Além disso, há a produção de súmulas e decisões de julgamentos realizados por meio de demandas iniciadas por denúncias de consumidores ou por iniciativa da própria organização.

No entanto, em que pese a necessidade da atuação do CONAR no seu papel fiscalizatório, este não exerce atividade de poder de polícia, visto não se tratar de órgão estatal. Desse modo, sabe-se que suas normas não são vinculativas tampouco passíveis de multa, sendo voluntário o apoio das organizações. Todavia, como é cediço, os pareceres emitidos pelo CONAR possuem credibilidade e grande aceitação entre os consumidores, o que o legitima no meio publicitário e consumerista, uma vez que influenciam nas decisões e escolhas daqueles e de investidores externos (PIAVANI, 2019).

Nesse cenário, é fundamental compreender a relevância da discussão acerca do papel exercido pelos influenciadores digitais, posto que o mundo digital desafia os parâmetros impostos e o alcance da publicidade. Com vídeos curtos ou publicações aparentemente despretensiosas, na realidade, há por vezes a violação ao princípio da identificação da publicidade, porquanto a intenção do influenciador em disfarçar sua natureza publicitária, apresentando, assim, uma distinção tênue entre publicidade e opinião pessoal, o que é reprovável na normatização consumerista.

Nesse seguimento, cientes do potencial do *digital influencer* em modificar comportamentos e costumes, por meio da intensa exposição de suas preferências, gostos, experiências, bem como da interação com seus seguidores demonstrando acessibilidade, ao contrário do estereótipo de celebridade intangível, as empresas passaram a investir na confiança repassada por esses personagens de destaque das redes sociais em decorrência da constância de suas atividades (GASPARATTO; FREITAS; EFING, 2019), seja através de contratos de parceria, seja por contratos à título gratuito, os “presentes”. Assim, o mais recorrente é o recebimento de contraprestação através de patrocínios ou fornecimento gratuito de produtos ou serviços em troca de publicidade nas redes sociais (NEIVA, 2020).

Em contrapartida, é necessário identificar quando a publicação se refere a uma publicidade ou a uma experiência pessoal, o que geralmente não ocorre e tem proporcionado situações indesejadas tanto para o consumidor quanto para o próprio influenciador. Dessa forma, observa-se o crescimento da busca pelos consumidores por órgãos ou organizações fiscalizadoras de publicidade no Brasil, de forma extrajudicial, e também, judicial, na tentativa de alcançar o bem desejado, o ressarcimento do dano ou, ainda, a garantia de uma publicidade regular e lícita.



## 4. PUBLICIDADE REALIZADA POR INFLUENCIADORES DIGITAIS E SUA REPERCUSSÃO SOCIAL

Em conformidade com Jezler (2017), nas redes sociais circulam constantemente as mais variadas divulgações veiculadas por meio dos influenciadores digitais. Com a sua notória visibilidade na comunidade virtual, a maioria apresenta, hoje, publicações de cunho comercial. Entretanto, cada vez mais se utiliza a publicidade testemunhal, na qual constata-se a ausência da responsabilidade ética do influenciador em não ser transparente e objetivo em indicar o que é sua opinião e o que é publicidade ao seguidor/consumidor, levando este a erro.

Nesse sentido, é possível vislumbrar o que Bauman (2021) trouxe com o pensamento da modernidade líquida. O autor se consagrou afirmando que na modernidade há uma liquidez nas relações afetivas, e tudo porque o cidadão se transmudou em cidadão/consumidor, quando as conexões e as relações interpessoais se dão de maneira efêmeras, quando o capitalismo determina o consumo e as reações do cidadão/consumidor.

Nessa conjuntura, uma ferramenta bastante explorada é o aplicativo *Instagram*. Nesta rede social, é possibilitada a aproximação direta do dia a dia entre usuários, uma vez que os seus recursos estão voltados para exposição de fotos e vídeos de maneira simples e na palma da mão através dos *smartphones*. Dessa maneira, reconhece-se que o aplicativo representa uma vitrine virtual em que as pessoas são condicionadas a exposição diária de suas práticas, compartilhando sua intimidade, relações de consumo e experiências (WIMMER; GREGGIANIN, 2018).

Nesse contexto, devido ao grande e consistente público, qualquer publicação com expressões, recomendações, propostas e opiniões, é acompanhada por diversos seguimentos da sociedade. Assim, cada comentário inadequado ou ofensivo pode proporcionar julgamentos na *internet*, perda de seguidores, patrocinadores e, até mesmo, ocasionar processos judiciais ou administrativos, o que requer atenção e gerenciamento minucioso. Contudo, muitos *youtubers*, *instagrammers*, e artistas consagrados em utilização das redes sociais, olvidam o alcance da sua influência e produzem uma crise de carreira (SANTOS; SILVA, 2018).

Segundo as autoras retromencionadas, um episódio recente em 2018, expôs a realidade ilustrada acerca do impacto das publicações desses influenciadores. Na Copa do Mundo da Rússia, o *digital influencer* Júlio Cocielo proferiu comentários interpretados de cunho racista, em face do jogador francês Kylian Mbappé. A partir desse episódio, evidenciou-se outros posicionamentos de mesma natureza do influenciador, o que proporcionou a repercussão negativa do caso. Dessa forma, ocorreu rescisão contratual de publicidade de marcas renomadas, como Adidas, Coca-Cola, Itaú, Submarino, Gillette e Bob's (SANTOS; SILVA, 2018).

Nesse momento, cabe mencionar o desafio gerado pela forma peculiar de produção de conteúdo nas redes sociais, em que surgem frequentemente imbrólios concernentes a imprecisão entre a convicção e a publicidade, posto que estas passaram a integrar o conteúdo das plataformas digitais, sendo, pois, uma realidade habitual (AGUIAR, 2018). Desse modo, conscientes da relação de confiança estabelecida entre influenciador e seguidor, os fornecedores desfrutam dessa condição para realizar a divulgação de seus produtos e serviços por meio de uma publicidade velada. Por outro lado, aumentam os casos práticos em que o *digital influencer* procede a publicidade dos produtos, originando relações de consumo entre fornecedor e seguidor/consumidor, que acabam por causar danos a este.



Corroborando a concepção de que a não indicação da publicidade, ou seja, a demonstração de opinião pessoal, proporciona maior engajamento do público internauta, Wimmer e Greggianin (2018) constataram no estudo acerca das publicações da influenciadora digital Gabriela Pugliesi que as publicações de publicidade implícita, que não indicavam patrocínio, receberam maior número de interação.

Advinda do grupo de pessoas anônimas com ascensão por intermédio da *internet*, Gabriela Pugliesi, inicialmente, representava um nicho específico, o *lifestyle fitness*, com publicações voltadas ao estilo de vida saudável e o corpo perfeito, todavia, hoje realiza publicações dos mais variados assuntos. Entretanto, verifica-se o uso publicitário indevido pela influenciadora, uma vez que nem sempre identifica o patrocínio apesar da frequência que esta realiza publicações nas suas redes sociais acerca de produtos e serviços (WIMMER; GREGGIANIN, 2018).

Em fevereiro de 2016, o CONAR recebeu algumas reclamações de consumidores, resultando na abertura da Representação Ética nº 211/15, em face de publicação em rede social da influenciadora Gabriela Pugliesi, em que esta realiza a apresentação de uma determinada cerveja sem identificar o caráter publicitário, tampouco a frase de advertência estabelecida no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, o que pode induzir o consumo de bebida alcoólica por menores de idade (CONAR, 2016). Dessa forma, trata-se claramente de publicidade velada, uma prática repreendida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o CDC, artigo 36, o consumidor deve identificar de maneira fácil e imediata o caráter publicitário (BRASIL, 1990). Similarmente, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR, no seu artigo 28, de que trata da identificação publicitária, recomenda que o anúncio deve ser claramente identificado como de caráter publicitário, independente da forma ou do meio de veiculação.

Sob o mesmo ponto de vista, Aguiar (2018) pontua que a publicidade posta como conteúdo, geralmente em meios a narrativas, sem identificação ou espaço adequado, constitui a publicidade velada, em que a ausência de capacidade técnica para distinguir o caráter comercial pelo seguidor/consumidor o confunde. Assim, o anúncio não pode ser apresentado sem a identificação devida, de modo oculto.

Nesse sentido, em abril de 2018, uma consumidora indagou o CONAR acerca da ausência de distinção entre publicidade e opinião pessoal em anúncio realizado na rede social da influenciadora Juju Norremose, o que culminou na Representação Ética nº 268/17. A defesa alegou que se trata de agradecimento da *Digital Influencer* ao presente recebido, não procedendo pagamento ou contrapartida. Entretanto, a relatora assinalou o desafio enfrentado pela publicidade no mundo digital, em especial nas redes sociais. Assim, não obstante a necessidade do acompanhamento dessa evolução digital, com a capacidade criativa de alcançar o público, é fundamental não olvidar da responsabilidade ética de determinar claramente o que é opinião e o que é publicidade (CONAR, 2018).

Em 2020, de maneira análoga ao caso de Gabriela Pugliesi, o comportamento do artista Gustavo Lima em uma transmissão ao vivo pela *internet* em sua residência pessoal, repercutiu negativamente no início do isolamento social, uma medida de contenção da pandemia da covid-19, ocasionando a Representação Ética nº 078/20, em acolhimento a numerosas denúncias. Conforme o CONAR (2020), a ausência da ferramenta de restrição de acesso a menores de idade e a ingestão exagerada de álcool no decorrer da transmissão, potencializa o estímulo

ao consumo irrefletido do produto, havendo o risco de alcançar um público hipervulnerável de crianças e adolescentes, mesmo que subsidiariamente.

Outrossim, não houve, durante a *live* do cantor Gustavo Lima descrita acima, a inserção da frase de advertência estabelecida pela ética publicitária. A relatora do caso destacou a relevância e o pioneirismo do trabalho realizado pelo cantor como polo de arrecadação de suprimentos para os mais atingidos pelo isolamento social, contudo, advertiu que o novo formato deve estar em consonância com as regras existentes e os parâmetros estabelecidos, conforme o princípio do consumo com responsabilidade social, não se tratando de censura ou restrição à liberdade de expressão (CONAR, 2020).

O caso do cantor Gustavo Lima reacendeu, mais uma vez, o questionamento acerca da linha tênue entre a publicidade e a convicção espontânea, e as consequências sociais e, sobretudo, as consequências jurídicas provocadas pela não distinção clara e de fácil compreensão pelo consumidor. Desse modo, segundo Aguiar (2018), reiteradamente manifestou-se a dúvida sobre o *Digital Influencer* está sendo patrocinado por determinado fornecedor de produto ou serviço, ou apenas compartilhando experiências positivas, atingindo diretamente o ordenamento jurídico brasileiro, o que pode resultar em prejuízo ao consumidor e, por conseguinte, em responsabilidade aos produtores de conteúdo, sejam fornecedores, sejam influenciadores, uma vez que assumem o papel de emissores.

## 5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO *DIGITAL INFLUENCER* DIANTE DO DANO CAUSADO AO CONSUMIDOR

Primeiramente, é importante observar que as novas relações de consumo formadas pela era digital, proporcionaram novas composições da cadeia de fornecedores. Em um cenário hiperconectado e a profunda mudança consumerista, o comportamento do influenciador digital obteve destaque à luz da comunidade jurídica brasileira.

Do mesmo modo, Jezler (2017) leciona que os novos formatos complexos de relações influenciam na cadeia de fornecimento, uma vez que se percebe a forte presença do *digital influencer* na divulgação dos produtos e serviços em parceria com empresas e fornecedores, recebendo uma contraprestação, ou a própria mercadoria. Nesse contexto, devido a quantidade numerosa de seguidores e a confiança estabelecida, é incontestável a influência exercida sobre o seu público. Assim, surge o questionamento quanto ao grau de responsabilidade do influenciador face ao dano causado ao consumidor, seja pelo produto, seja pela publicidade velada.

Dessa forma, urge mencionar a parceria firmada acerca da publicidade entre o anunciante e o influenciador digital. Inicialmente, a empresa busca um influenciador conforme sua área de atuação assim como o número de seguidores e, por conseguinte, o possível número destes que poderão ser alcançados. Então, a partir dessas informações, transacionam benefícios em troca de divulgação de produtos, marca, ou na indicação de algum serviço (NEIVA, 2020).

Didaticamente, o CDC estabelece a obrigação do anunciante quanto a reprodução de uma publicidade clara e de fácil compreensão para qualquer homem médio, vedando a pos-

sível ambiguidade ou múltiplas interpretações pelo consumidor, parte vulnerável da relação de consumo. O *caput* do artigo 31 do código consumerista determina que a apresentação de produtos ou serviços bem como sua oferta, devem garantir informações precisas, corretas, ostensivas, claras e na língua portuguesa quanto as suas especificações, como a qualidade, quantidade, preço, composição, garantia, prazo de validade e de origem, entre outras características, sem esquecer de informar os possíveis riscos à saúde e segurança dos consumidores (BRASIL, 1990).

Contudo, como anteriormente explanado, o mais comum é a não indicação do caráter publicitário, posto que a exposição do produto ou serviço como forma de experiência pessoal legitima a confiança conquistada, uma vez que o relato de uso próprio de um produto desvinculado a imagem de uma propaganda com finalidade comercial, desperta maior interesse no público alvo (WIMMER; GREGGIANIN, 2018). Ademais, ergue-se outra situação cada vez mais frequente, qual seja: a deficiência ou a ausência do cumprimento do contrato realizado entre o seguidor/consumidor e a empresa intermediada pelo influenciador digital.

Desse modo, como práticas em desacordo com a legislação pátria, surge a responsabilidade civil e o dever de reparação dos danos. Nesse sentido, o CDC no seu artigo 7º, parágrafo único, dispõe a respeito da responsabilidade solidária, em que determina que respondem solidariamente todos os autores da ofensa que resultou nos danos causados, devendo estes serem reparados conforme a legislação consumerista. Além disso, o artigo 18, do mesmo diploma legal, o qual inaugura a seção da responsabilidade por vício do produto ou do serviço, estabelece a solidariedade de todos que interferirem no fornecimento de mercadoria de bens duráveis ou não duráveis, diante o destinatário final, respondendo, pois, pela qualidade e quantidade determinada (BRASIL, 1990).

Outrossim, o artigo 927 do Código Civil (CC) determina a obrigação de reparação do dano por aquele que o causar e, nesse caso, esclarece que se configurará independentemente de culpa nos casos específicos em lei, ou na ocasião em que a atividade desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, em risco para o direito de outras pessoas (BRASIL, 2002).

Nesse contexto, no Estado do Rio de Janeiro, o Juizado Especial Cível de Barra Mansa julgou o Processo Nº 0019543-02.2019.8.19.0007, condenando a *digital influencer* Virgínia Fonseca à restituição do valor equivalente a R\$ 2.639,90 (dois mil, seiscentos e trinta e nove reais e noventa centavos), em virtude do não recebimento do *smartphone* da marca *Apple*, modelo *Iphone 8 Plus*, na loja indicada por anúncio realizado pela influenciadora (RIO DE JANEIRO, 2020).

Não obstante a ausência de relação de consumo entre a seguidora e a *influencer* Virgínia Fonseca, o juízo ressaltou que esta responde objetivamente pela falha da compra, consoante o artigo 927 do CC. Ademais, entendeu-se que a atividade desenvolvida pela influenciadora implica na exposição de produtos à venda de terceiros, baseada na sua influência sobre seu público, dessa forma, ao se tratar de atividade habitual que motiva lucros à *influencer*, esta responde pelos danos gerados (RODAS, 2020).

Nessa conjuntura, sob o mesmo ponto de vista de Gasparatto, Freitas e Efiging (2019), compreende-se que, embora a elaboração da legislação pátria, como o CC e CDC, não seja contemporânea a figura dos influenciadores digitais e seu protagonismo na publicidade com a ascensão do *e-commerce*, por meio da hermenêutica jurídica manifesta-se a capacidade de atribuir a responsabilidade de reparação de danos gerados aos *influencers*, à medida que

estes exercem poder de persuasão através da confiança estabelecida entre as partes e o estilo de vida que influencia no comportamento social.

Desse modo, a indicação de determinado produto ou serviço pelo influenciador digital, está alicerçada na sua confiabilidade e no seu poder de persuasão face à conduta do consumidor que, nesse sentido, transmite a segurança necessária para que este adquira os bens apresentados confiando na qualidade e quantidade daquele produto ou serviço. Assim, o fator de persuasão confere a essas figuras a posição de garantidores que, na possibilidade de vício na prestação de serviço ou do produto, tornam-se responsáveis à luz do ordenamento jurídico, uma vez que passam a integrar a cadeia de fornecedores e a sua atividade habitual implica em riscos no direito alheio, contrapondo, inclusive, princípios como o da boa-fé e da confiança (GASPARATTO; FREITAS; EFING, 2019).

Recentemente, houve a repercussão acerca da divulgação de uma suposta loja virtual que realizava a venda de *smartphones* da marca *Iphone*, na qual, através da rede social *Instagram*, seus proprietários realizavam anúncios comerciais e a captação de clientes, sendo amplamente divulgada por diversos influenciadores digitais (TERCEIRA VIA, 2019). Entretanto, constatou-se a sequência de golpes aplicada pela não entrega do produto, comprometendo a credibilidade dessas celebridades e evidenciando, inclusive, a indagação a respeito do grau de responsabilidade destes na reparação dos prejuízos causados ao consumidor.

Nesse compasso, Miragem (2016) pontua a amplitude da definição de fornecedor trazida pelo CDC no artigo 3º, em que o desdobramento na descrição da atividade busca abranger uma extensa gama de ações, referente a comercialização do produto e a prestação do serviço, entendendo como fornecedor, em suma, aquele que oferece produtos e serviços no mercado de consumo. Assim, compreendendo que todos os membros da cadeia de fornecimento são fornecedores, para os efeitos do CDC, torna-se possível identificar a extensão dos deveres jurídicos aos influenciadores digitais e, sobretudo, no que corresponde a responsabilidade civil.

Ademais, conforme o mesmo autor supracitado, em que pese o artigo 3º, § 2º, da legislação consumerista, mencionar expressamente a existência da remuneração como condição apenas no que se refere à prestação de serviços, interpreta-se que a finalidade econômica alcança o fornecimento do produto, refletindo na definição de fornecedor em sua totalidade, isto é, as ações mencionadas no código consumerista devem ser exercidas como atividade econômica pelo fornecedor (MIRAGEM, 2016). Dessa maneira, à medida que o influenciador digital utiliza da sua posição para auferir renda na exposição de bens e serviços, seja através de recompensa pecuniária ou do recebimento do produto objeto da publicidade, este integra a cadeia de consumo, mesmo que, violando as normas vigentes, não identifique o caráter publicitário.

Outrossim, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR na Resolução nº 02/08, referente ao Anexo Q, dispõe, em observação da ascensão da participação de celebridades em anúncios, acerca da modalidade de publicidade testemunhal. Conforme o código, a publicidade testemunhal se caracteriza pelo depoimento capaz de expressar opinião, observação ou a experiência pessoal sobre um determinado produto. Destarte, considerando o posicionamento de destaque social dessa pessoa, o Conar impõe a observação rigorosa das recomendações do referido código, bem como determina a vedação da inibição do senso crítico do consumidor e de relacionar o sucesso ou a fama da testemunha ao uso do produto, ressalvada a comprovação (CONAR, 1980).

Segundo Speranza (2012), os influenciadores digitais compõem a disciplina da responsabilidade civil das celebridades, na qual alguns autores defendem a responsabilidade subjetiva, visto que a sua contribuição se restringe a sua imagem, e seria irrazoável exigir a distinção e avaliação de todos os produtos, posto que geralmente não possuem conhecimento técnico para examiná-lo, realizando apenas o anúncio. Em contrapartida, consoante Macedo (2016 apud GASPARATTO; FREITAS; EFING 2019), outros entendem tratar-se de responsabilidade objetiva baseada na concepção adotada pelo CDC da teoria do risco face à vulnerabilidade do consumidor que, por sua vez, está vinculada ao princípio da solidariedade e no exercício de suas atividades com a finalidade lucrativa.

A propósito, considerando os artigos 5º, inciso XXXII, e 170, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1988), assim como o artigo 4º, incisos I e II, do CDC (BRASIL, 1990), verifica-se a obrigação estatal em proteger o consumidor, reconhecendo sua vulnerabilidade na relação consumerista. Ademais, o Enunciado 363 da IV Jornada de Direito Civil (CJF/STJ) determina que os princípios da confiança e da probidade são de ordem pública, cumprindo a parte lesada demonstrar apenas a existência de violação (BRASIL, 2006).

Nesse cenário, Gasparatto; Freitas; Efing (2019) assinalam que na sociedade virtual de exposição, os influenciadores digitais exercem forte poder de persuasão sobre seus seguidores/consumidores, sendo necessária a proteção, através do legislador, da parte mais vulnerável da relação de consumo, fundamentada nos princípios da solidariedade e da boa-fé.

Dessa forma, entende-se que os influenciadores digitais respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, visto que exercem a atividade de indicação de produtos e serviços com finalidade lucrativa, baseada na confiança e persuasão sobre o seu público, sem as quais não haveria a formação da relação consumerista, assim, categoricamente participam da cadeia de consumo.

Portanto, nessa seara, depreende-se a necessidade de adaptação da legislação no sentido de regulamentar a atividade em específico, bem como os reflexos sociais possíveis de serem gerados por esta, para possibilitar uma atuação preventiva, além da imprescindibilidade de acompanhamento por uma assessoria jurídica ao *digital influencer*, a fim evitar medidas que violem direitos e submetam à riscos os seus seguidores/consumidores, sem esquecer as medidas repressivas capazes de coibir as atuais práticas abusivas ou enganosas.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço tecnológico associado a disponibilidade de uma *internet* de qualidade cada vez mais acessível, proporcionou a virtualização do contexto social redefinindo padrões profundamente enraizados na sociedade, impactando no desenvolvimento econômico à medida que intensifica o consumo e a produção em larga escala, favorecendo, por conseguinte, a expansão do *e-commerce*. Nesse sentido, as plataformas digitais representam a sua consolidação e um mercado de oportunidades.

Nesse cenário, surgem os influenciadores digitais como o principal veículo na indicação de produtos e serviços, pois alcançam um elevado número de pessoas e estabelecem sua cre-



dibilidade na constância de suas atividades. Assim, respaldados numa linguagem inovadora e atrativa, moldam o comportamento de consumo de seus seguidores, despertando a atenção da comunidade jurídica face à vulnerabilidade do consumidor.

Desse modo, numa sociedade hiperconectada, verificou-se a habitualidade da propaganda comercial no conteúdo das mídias sociais, acarretando na ausência da rápida identificação entre publicidade e opinião pessoal pelo usuário/consumidor, caracterizando a publicidade velada. O ordenamento jurídico brasileiro determina que a publicidade deve ser clara e de fácil compreensão, não dando margem à ambiguidade ou múltiplas interpretações pelo receptor e, portanto, veda a inserção da publicidade em meio ao conteúdo sem a devida identificação.

Por outro lado, constatou-se a grande contribuição do CONAR na fiscalização da publicidade no Brasil, que, apesar de não possuir autoexecutoriedade, o que minimiza os efeitos das suas decisões diante a infrações ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, se legitima pelo apoio social influenciando diretamente nas decisões e escolhas dos consumidores e, inclusive, de investidores externos.

Dessa forma, apesar da não contemporaneidade entre a elaboração das leis referentes à publicidade e o atual cenário do protagonismo do *digital influencer*, verificou-se a aplicabilidade da responsabilidade objetiva pelos danos causados, visto que o influenciador exerce papel determinante na formação da relação consumerista, integrando, pois, a cadeia de consumo. Assim, concluiu-se pela necessidade da adaptação da legislação regulamentando a atividade em específico, bem como a essencialidade de uma assessoria jurídica para acompanhamento do influenciador como medida preventiva, sem olvidar da atuação repressiva eficaz a ser exercida pelo judiciário brasileiro.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ane Cristine de. *A publicidade velada no universo do digital influencer sob a ótica do código de defesa do consumidor*. 2018. 71 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/2340>. Acesso em: 25 nov. 2020.

AZEVEDO, Ney Queiroz. *Sociedade da informação: os limites jurídicos da publicidade no Brasil à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUCPR, Paraná, 2007. Disponível em: [http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P\\_PR\\_e651987e026fc8f07f436995f99a7bfaink](http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_e651987e026fc8f07f436995f99a7bfaink). Acesso em: 10 out. 2020.

BATISTA, Karen, *et al.* Reflexões sobre a sociedade de consumo: como os influentes digitais afetam o consumo na pós-modernidade?. *CPMark - Caderno Profissional de Marketing*, Piracicaba, v. 8, n. 1, p. 176, jan./mar. 2020. Disponível em: [https://link.gale.com/apps/doc/A630281497/AONE?u=mlyn\\_b\\_massblc&sid=AONE&xid=94263949](https://link.gale.com/apps/doc/A630281497/AONE?u=mlyn_b_massblc&sid=AONE&xid=94263949). Acesso em: 10 out. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 10937/2018, de 31 de outubro de 2018*. Dispõe sobre a regulamentação do ofício de Influenciador Digital Profissional. Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoes-Web/fichadetramitacao?idProposicao=2185136>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 363*. IV Jornada de Direito Civil. 2006. Disponível em: [www.cjf.jus.brenunciacods/enunciado/476](http://www.cjf.jus.brenunciacods/enunciado/476). Acesso em: 25 set. 2020.



BRASIL. [Constituição Federal (1998)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 de ago. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 5 set. 2020.

BUTTENBENDER, Michael; SCHOLZ, Robinson Henrique. A eficácia do instrumento *e-commerce* para empreendedores. In: SEMANA CIENTÍFICA DO UNINASALLE – SEFIC, 13., 2017, Canoas. *Anais* [...]. Canoas: UNINASALLE, 2017. Disponível em: <https://anais.unilasalle.edu.br/index.php/sefic2017/article/viewFile/816/754>. Acesso em: 12 out. 2020.

CABRAL, André Luiz Cavalcanti. Aspectos jurídicos da publicidade. *Prim@ facie*, João Pessoa, ano 2, n. 2, p. 129-144, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4412>. Acesso em: 15 out. 2020.

CASAROTTO, Camila. Saiba o que é Publicidade, para que serve e como é a carreira do publicitário. In: ROCK CONTENT. *Rockcontent*. Belo Horizonte, 24 nov.2020. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/publicidade/#:~:text=Publicidade%20%C3%A9%20a%20estrat%C3%A9gia%20de,e%20incentiv%C3%A1%20lo%20a%20comprar>. Acesso em: 23 nov. 2020.

COELHO, Ricardo Limongi França, et al. O Impacto Dos Influenciadores Digitais Espontâneos Nas Métricas De Engajamento De Uma Rede Social Virtual. In: CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE VAREJO E CONSUMO: “AFTER COVID-19: BUILDING PURPOSE THROUGH STAKEHOLDERS IN RETAILING”, 13., 2017, FGV. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ocs/index.php/clav/clav2017/paper/download/6013/1742>. Acesso em: 11 out. 2020.

CONAR. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Conselho de Autorregulação Publicitária. São Paulo, 5 maio 1980. Disponível em: [www.conar.org.br/codigo/codigo.php](http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php). Acesso em: 22 nov. 2020.

CONAR. *Representação n.º: 078/20*. Inserções de publicidade da cerveja Bohemia em duas lives do cantor Gustavo Lima exibidas em redes sociais desatenderam repetidamente recomendações do Código, em especial do seu Anexo P, dedicado à publicidade de bebidas de baixo teor alcoólico. O cantor, por exemplo, aparece várias vezes ingerindo a cerveja que, inclusive, dá nome à live. Ao longo da apresentação, há mostras de consumo exagerado da bebida, sempre com franca visualização da marca, que integra o portfólio da Ambev. [...]. Segunda Câmara. Relatora: Conselheira Patrícia Blanco, maio de 2020. Disponível em: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=5479>. Acesso em: 23 nov. 2020.

CONAR. *Representação n.º: 211/15*. O Conar recebeu reclamação de dezesseis consumidores contra postagem em mídia social onde Gabriela Pugliesi divulga apresentação da cerveja Skol. Os consumidores denunciaram o fato de a mensagem não estar claramente identificada como publicidade, a ausência de frase de advertência como prevista no Código, entre outras queixas. Consideraram que os anúncios podem induzir ao consumo de álcool por menores de idade. [...]. Segunda e Quarta Câmaras. Relator: Paulo Celso Lui, fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4259>. Acesso: 23 nov. 2020.

CONAR. *Representação n.º:268/17*. Consumidora de Belo Horizonte (MG) questionou a identificação publicitária de anúncio em internet da Bag-Online. Para a consumidora, as anunciantes tentam disfarçar a natureza publicitária da peça, confundindo-a com opinião pessoal da blogueira Juju Norremose, o que é prática reprovada pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. A blogueira enviou defesa ao Conar, alegando que a postagem é um agradecimento dela à empresa que lhe enviou um presente, não envolvendo pagamento ou contrapartida. [...]. Sexta Câmara. Relatora: Conselheira Letícia Paoliello Lindenberg, abril de 2018. Disponível: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4866>. Acesso em: 23 nov. 2020.

EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; BAUER, Fernanda Mara Gibran. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 21, n. 81, p. 91-116, jan./mar. 2012. Disponível em: [https://www.academia.edu/12167967/A\\_ILICITUDE\\_DA\\_](https://www.academia.edu/12167967/A_ILICITUDE_DA_)

PUBLICIDADE\_INVIS%3%8DVEL\_SO\_B\_A\_PERSPECTIVA\_DA\_ORDEM\_JUR%3%8DDICA\_DE\_PROTE%3%87%-C3%83O\_E\_DEFESA\_DO\_CONSUMIDOR. Acesso em: 16 out. 2020.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 19, n. 1, p.65-87, jan./abr. 2019. Centro Universitário de Maringá. Disponível em: <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87>. Acesso em: 11 out. 2020.

GOMES, Karolayne; NEVES, Manoella; PEREIRA, Deriky. O poder dos influenciadores digitais sobre a sociedade do consumo por meio do instagram. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO NORDESTE, 21., 2019, São Luís – MA. *Anais*, São Luís: Intercom, UFMA, 30/05 a 01/06/2019. Disponível em: <https://portalintercom.org.br/anais/nordeste2019/resumos/R67-1137-1.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

JEZLER, Priscila Wândega. *Os influenciadores digitais na sociedade de consumo: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita*. 2017. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/25019>. Acesso em: 12 out. 2020.

LEITE, Rafaela Bernardazzi Torrens. *Youtuber: o produtor de conteúdo do Youtube e suas práticas de produção audiovisual*. 2019. 278 f. Tese (Doutorado em Estudos da Mídia) - Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/27385>. Acesso em: 14 out. 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://solicitacao.com.br/files/conteudo/53/cursodedireitodoconsumidor2016-brunomiragem.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

NEIVA, Pedro. A Responsabilidade Civil do Influencer Digital e a Vulnerabilidade do Consumidor. In: NEIVA, Pedro. *Jusbrasil*. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://pedroneivaadv.jusbrasil.com.br/artigos/805511930/a-responsabilidade-civil-do-influencer-digital-e-a-vulnerabilidade-do-consumidor>. Acesso em: 28 nov. 2020.

PAVIANI, Gabriela Amorim. *Greenwashing: O falso marketing e a responsabilidade civil em relação ao consumido*. *Revista de Direito e Sustentabilidade*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 92-109, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/5525/pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo nº 0019543-02.2019.8.19.0007*. Juizado Cível de Barra Mansa. Homologo o acordo às fls. 297/298, entre autor e 2º ré, para que produza seus jurídicos e legais efeitos. Aguarde-se o prazo previsto para cumprimento do aludido acordo. Comprovado o depósito do valor acordado, defiro, desde já, a expedição de mandado de pagamento em favor da parte autora. Após, nada mais sendo requerido pelas partes, dê-se baixa e arquivem-se. Juiz Leigo Rafael da Silva Thomaz. Juíza de Direito Lorena Paola Nunes Boccia. TJERJ. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/269586253/processo-n-0019543-0220198190007-do-tjrj>. Acesso em: 18 ago. 2020.

ROCHA, Cristianne, Maria Ferner. *As redes em saúde: entre limites e possibilidades*. In: OPAS, 2005. Disponível em: [http://www.opas.org.br/rh/admin/documentos/Estar\\_em\\_rede.pdf](http://www.opas.org.br/rh/admin/documentos/Estar_em_rede.pdf). Acesso em: 13 out. 2020.

RODAS, Sérgio. Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou. In: CONSULTOR JURÍDICO. *Conjur*. Rio de Janeiro, 21 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-21/influenciadora-digital-responde-golpe-loja-indicou>. Acesso: 21 ago. 2020.

SANTOS, Laize Ferreira dos; SILVA, Letícia Bezerra. A repercussão de Júlio Cocielo: Impacto das publicações inadequadas no público e na carreira do influenciador digital. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE SEMIÓTICA E COMUNICAÇÃO, 7., 2018, Japaratinga. *Anais* [...]. Japaratinga: CISECE. Disponível em: [http://www.ciseco.org.br/images/coloquio/csm7/CSM7\\_Laize\\_Leticia.pdf](http://www.ciseco.org.br/images/coloquio/csm7/CSM7_Laize_Leticia.pdf). Acesso em: 27 nov. 2020.

SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. Publicidade enganosa e abusiva. In: REVISTA âmbito jurídico. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, 1 set. 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11909](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11909). Acesso em: 11 out. 2020.

SOUSA, Jorge Pedro. Interação organizacional na sociedade em rede. In: INTERAÇÃO organizacional na sociedade em rede: os novos caminhos da comunicação na gestão das relações com os públicos. Sociedad Latina de

Comunicación Social, 2016. p. 7-11. Disponível em: <http://www.cuadernosartesanos.org/068/cuadernos/cac102.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

SPERB, Fernanda Costa. *Comunidades virtuais: a influência do boca a boca on-line no comportamento dos consumidores*. 2009. p. 60. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/18164>. Acesso em: 10 out. 2020.

TERCEIRA VIA. *Golpe no Instagram: casal de Campos é procurado pela polícia após lesar clientes de todo o Brasil*. 9 jan. 2019. Disponível em: <https://www.jornalterceiravia.com.br/2019/01/09/golpe-no-instagram-casal-de-campos-e-procurado-pela-policia-apos-lesar-clientes-de-todo-o-brasil/>. Acesso em: 29 nov. 2020.

WIMMER, Juliane; GREGGIANIN, Mônica. Influenciadores Digitais: Um Estudo de Caso sobre o Perfil de Gabriela Pugliesi no Instagram. *Revista Eletrônica dos cursos de Publicidade e Propaganda e Relações Públicas*. Rio Grande do Sul, v. 1, n. 1, p. 25, 2018. Disponível em: <https://seer.faccat.br/index.php/ricom/article/view/1040>. Acesso em: 15 out. 2020.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 10/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/02/2021
- Avaliação 1: 29/03/2021
- Avaliação 2: 20/04/2021
- Decisão editorial preliminar: 24/04/2021
- Retorno rodada de correções: 15/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 15/06/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

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

# LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA RELATIVIZAÇÃO EM FACE DO DISCURSO DE ÓDIO

FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS  
RELATIVIZATION IN THE FACE OF HATE SPEECH

GILBERTO FERREIRA MARCHETTI FILHO<sup>1</sup>

GABRIELA SCHVARCZ PEREIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

A Constituição da República é considerada o berço das garantias fundamentais. No entanto, seus direitos, pelo fato de não serem absolutos, acarretam na possibilidade da formação de conflitos, dos quais dois ou mais direitos fundamentais entram em confronto. Nesse sentido, torna-se necessário o estudo da eventual relativização do direito de liberdade de expressão diante do discurso de ódio, sendo esse um dos motivos que fundamentam a necessidade de sua limitação, a fim de se garantir direitos violados de terceiros, como a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada. Disso se extrai a relevância de verificar, por meio de revisão bibliográfica, análise do direito comparado e estudo de caso, pontos principais dos direitos fundamentais e definidores da liberdade de expressão, assim como aspectos conceituais e práticos do discurso de ódio, sendo pertinente um breve estudo comparado com os Estados Unidos da América e com a Alemanha e, por fim, demonstrar possíveis instrumentos que podem ser utilizados para a relativização da liberdade de expressão, de forma a coibir o discurso de ódio. Ademais, tratar-se-á brevemente do caso Siegfried Ellwanger e a aplicabilidade do instrumento de ponderação de bens e valores no Habeas Corpus n. 82.424/RS julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; liberdade de expressão; discurso de ódio; relativização do direito.

## ABSTRACT

*The Constitution of the Republic is based on the dignity of the human person and is considered a monument of fundamental rights. However, these rights, because they are not absolute, can generate conflicts when the fundamental right of one person is opposed to the right of another. In this sense, it is necessary to study the possible relativization of the right to freedom of expression in the face of the hate speech, which is one of the reasons for the need to limit it, in order to guarantee violated rights of third parties, such as honor, image, intimacy and private life. From this the relevance of verifying, through bibliographic review, analysis of comparative law and case study, the main points of fundamental rights and defining freedom of expression, as well as conceptual and practical aspects of hate speech, is extracted. After that, a brief compared study between the*

1 É Bacharel em Direito em 2004 e pós-graduado lato sensu em Direito Civil e Processo Civil em 2006, pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN; Mestre em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR em 2018. Em sua atuação profissional, é Assessor Jurídico do Gabinete da 6ª Vara Cível de Dourados - MS desde 2005 e Professor de Direito Civil no Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN desde 2006. Também leciona Direito Processual Civil em cursos de pós-graduação. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-5602-2538>.

2 Bacharel em Direito pelo UNIGRAN. Advogada.

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

MARCHETTI FILHO, Gilberto Ferreira; PEREIRA, Gabriela Schvarcz. Liberdade de expressão e sua relativização em face do discurso de ódio. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 123-147, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8240>.

*United States of America and Germany becomes pertinent and, finally, it is important to demonstrate possible instruments which can be used to relativize freedom of expression, in order to curb the hate speech. In addition, the Siegfried Ellwanger case and the applicability of the asset and value weighting instrument in Habeas Corpus n. 82.424/RS judged by the Federal Supreme Court.*

**Keywords:** *fundamental rights; freedom of expression; hate speech; law relativization.*

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tem seu alicerce pautado nos direitos fundamentais, priorizando a pessoa humana como centro de todo seu ordenamento constitucional com a finalidade de garantir a dignidade humana aspirando o “mínimo existencial”.

Dentre todos os direitos garantidos na Constituição Federal de 1988, destaca-se o direito de liberdade de expressão, considerado um direito positivo, previsto no art. 5º, inciso IV, (BRASIL, 1988) e que pode ser materializado genericamente pela exposição dos mais diversos pensamentos, posicionamentos, ideias, pareceres, ideais, opiniões, etc.

Nessa linha construtiva, a própria liberdade de expressão levada ao extremo pode ter um viés que, na atualidade, está frequentando os debates na cena jurídica: o discurso de ódio acarreta vários fatores negativos à sociedade no geral, mas principalmente a violação dos direitos de honra, imagem, intimidade e vida privada desses grupos. E, esse é o foco principal deste trabalho.

É dizer, qual o limite da liberdade de expressão e até que ponto ela vai? A garantia fundamental da liberdade de expressão pode justificar a imposição do discurso de ódio? Ou esse direito fundamental deve ser relativizado para se coibir a formação e propagação do discurso de ódio?

Dessa forma, a pesquisa tem por objetivo analisar o direito fundamental à liberdade de expressão e sopesá-lo em face de outros direitos fundamentais atingidos em razão da propagação do discurso de ódio, com o fim de estabelecer um limite à sua manifestação.

Para tanto e tendo em vista essa problematização, observando metódica dedutiva, sistêmica e axiológica, por meio de revisão bibliográfica, análise do direito comparado no tocante ao tratamento do discurso de ódio nos Estados Unidos e Alemanha, bem como estudo do caso Siegfried Ellwanger e o julgamento do Habeas Corpus n. 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal, serão pontuados aspectos norteadores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais para, após, adentrar especificamente no direito fundamental à liberdade de expressão.

Ao depois, compreendido isso, tratar-se-á dos aspectos relevantes do discurso de ódio e da limitação do direito fundamental à liberdade de expressão com o fim coibir a difusão do discurso de ódio que viola direitos fundamentais.

Enfim, tratar-se-á o caso Siegfried Ellwanger e a aplicabilidade do instrumento de ponderação de bens e valores no Habeas Corpus n. 82.424/RS julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003.

## 2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Para iniciar esse estudo, faz-se necessário uma abordagem, ainda que rasa, da dignidade da pessoa humana. Isso porque, “elevado à categoria de Princípio e fundamento da República brasileira, a dignidade da pessoa humana passa a ser essência de um Estado Constitucional e se reflete e incide nas mais diversas áreas de conhecimento do direito” (MARCHETTI FILHO; MARCHETTI, 2017, p. 27).

Em verdade, é “tarefa difícil a conceituação do que vem a ser a dignidade da pessoa humana. Inúmeros autores já tentaram fazê-lo ao longo do tempo, as vezes com sucesso, as vezes não” (MARCHETTI FILHO; MARCHETTI, 2017, p. 27). Essa “dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por uma ‘ambiguidade e porosidade’ (SARLET, 2015). Tudo isso se agrava ainda mais pela “própria natureza polissêmica da expressão” (MARCHETTI FILHO; MARCHETTI, 2017, p. 27).

Mas, para fins deste estudo, pode-se estabelecer a seguinte ideia:

A dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, etc. (RAMOS, 2017, p. 77).

Essa preocupação com o “mínimo existencial” começou a surgir com mais fervor, após a Segunda Grande Guerra, onde o mundo ocidental se viu atingido por grandes consensos éticos, sendo materializados pelas declarações de direitos, convenções internacionais e constituições (BARROSO, 2015, p. 284).

Dessa maneira, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma mudança em relação às anteriores. Notadamente por priorizar a pessoa como centro de todo o ordenamento constitucional.

Nesse sentido, essa mudança “paradigmática da topografia do tema demonstra uma mudança não apenas formal, mas espiritual do constituinte originário, que coloca a pessoa humana no centro das preocupações, e não mais a organização do Estado, com suas competências e estrutura” (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 726).

A despeito de não ter normatividade, o preâmbulo da Constituição, como premissa interpretativa, traz a noção básica da dignidade da pessoa humana:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988).

Esse texto inicial completa os três elementos mensurados por Barroso (2015, p. 286-288), que compõe o conceito de mínimo da dignidade, sendo o valor intrínseco da pessoa humana,



caracterizado filosoficamente como o elemento ontológico da dignidade própria da natureza do ser; a autonomia individual, também tratado por um viés filosófico sendo o elemento ético ligado à razão e ao exercício de vontade sob as limitações das normas; e o valor comunitário como elemento social, a pessoa do indivíduo em relação ao grupo (sociedade).

Assim, observa-se, “nesse viés analítico de que a imprecisão conceitual se estende também para o seu enquadramento na ordem constitucional brasileira instituída pela Carta de Outubro” (MARCHETTI FILHO; MARCHETTI, 2017, p. 28).

Deveras, “o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, pela primeira vez, consoante já frisado, à condição de princípio (e valor) fundamental (art. 1.º, III, da CF/1988)” (SARLET, 2015).

Contudo, é certo que “além de ser um princípio, como já dito, a dignidade da pessoa humana está inserido na cena jurídica como garantia fundamental da pessoa e por essa ideia, deve incidir para todas as áreas de conhecimento do direito” (MARCHETTI FILHO; MARCHETTI, 2017, p. 29).

Nessa ordem, cumpre, agora, tratar, também em noções gerais necessárias a este estudo, sobre alguns aspectos relacionados aos direitos fundamentais.

### 3. NOTAS ESSENCIAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tendo por base essa ideia de dignidade da pessoa humana, tem-se a manifestação dos direitos fundamentais, que fazem parte do ordenamento jurídico de um país, tendo como elemento principal a pessoa humana (NUNES JUNIOR, 2017, p. 728).

O termo direitos fundamentais se aplica aqueles direitos (em geral atribuídos a pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO; 2017, p. 294).

Os direitos fundamentais foram estudados, durante o caminhar histórico, pelas mais diversas teorias, como a teoria do *status* por Georg Jellinek, a teoria das gerações ou dimensões, por Karel Vasak, sendo também classificados de acordo com suas funções ou pela sua finalidade e até mesmo com uma classificação própria trazida pela Constituição Federal de 1988.

Dentre elas, destacar-se-á a teoria das gerações ou dimensões de Karel Vasak, sendo necessário primeiramente salientar a crítica realizada em razão do termo geração, utilizada por Vasak.

Essa crítica, referente ao uso da expressão “geração” tem relevância na doutrina “pois ela sugere a perda de relevância e até a substituição dos direitos das primeiras gerações. A ideia de generatividade geracional também não é totalmente correta: os direitos são de todas as gerações.” (CANOTILHO, 2003, p. 386). E a partir da crítica, usualmente utiliza-se o termo dimensões ao invés de gerações, exatamente por ter o sentido de agregar, acumular direitos e não de substituí-los.

Assim para Vasak, os direitos eram divididos em três dimensões, tendo por espírito o lema da Revolução Francesa: *liberte, igitalité et fraternité*.

Destarte, as três gerações podem ser classificadas como a seguir:

Os direitos de 1ª geração são direitos e garantias individuais e políticos clássicos que tem no indivíduo o centro de proteção (liberdades públicas: direito a vida, a liberdade, a expressão e a locomoção. Tem origens nas revoluções liberais se compondo de prestações negativas nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo).

[...]

Os direitos de 2ª geração são os direitos sociais, econômicos e culturais [...] (direito ao trabalho, ao seguro social, a subsistência, amparo a doença, a velhice, entre outros). [...] Ação positiva por parte do Estado viabilizando tais direitos para alcançar a igualdade social. Surgem em virtude dos excessos da revolução industrial que constituiu em um conjunto de mudanças tecnológicas com profundo impacto no processo produtivo em nível econômico e social.

[...]

Os direitos de 3ª geração são conhecidos por direitos de fraternidade ou solidariedade e abrangem a paz universal, um meio ambiente equilibrado entre outros direitos difusos, [...] são enfatizados após a segunda guerra mundial. (OLIVEIRA, 2016, p. 33)

Tecnicamente, a Constituição Federal de 1988, em seu título II, traz os direitos e garantias fundamentais expressos, apresentando-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Esses direitos, portanto,

Cumrem a função de direito de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1993, p. 541).

Dessa forma, os direitos fundamentais, presentes no texto constitucional, dentro da ideia de eficácia direta e vertical, garantem aos indivíduos a proteção contra a intervenção do Estado no seu exercício, assim como, faz com que o Estado seja responsável em garantir a sua efetividade diante dos demais do povo.

## 4. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Compreendido o conceito de direitos fundamentais, é necessário agora compreender a noção básica do direito à liberdade de expressão, dentro de sua previsão constitucional e em tratados internacionais.

É certo que o direito à liberdade de expressão é garantia fundamental e disso não há qualquer dúvida científica, a despeito não estar expresso com essa nomenclatura na Constituição Federal.

De fato, de todo o rol exemplificativo tratado no seu art. 5º, sobre os direitos individuais e coletivos, destacam-se os incisos que trazem a noção da liberdade de expressão.

Nesses termos, o inciso IV garante ser “ser livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988), sendo assegurado no inciso VI “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou a imagem” (BRASIL, 1988).

Mas não é só. Além desses incisos, que possuem caráter geral, a liberdade de expressão, nas suas diversas manifestações, é assegurada ainda em outros incisos do art. 5º e nos arts. 206, 215 e 220, que seguem:

Art. 5º. [...]

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

[...]

Art. 215 O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

[...]

Art. 220 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição. (BRASIL, 1988).

Tais dispositivos constitucionais constituem “um direito individual, ou liberdade pública ou direito negativo, ou seja, o Estado não poderá, em regra, interferir na nossa liberdade de expressão” (NUNES JUNIOR, 2017, p. 851).

O direito constitucional à liberdade de manifestação do pensamento compreende a comunicação entre: a) presentes (numa conversa, numa aula, numa palestra, num discurso); b) entre ausentes conhecidos (numa carta, num e-mail, numa mensagem eletrônica enviada pelo celular); c) entre ausentes desconhecidos (num artigo de jornal, numa mensagem postada em uma rede social, ou blog ou qualquer outro sítio da internet). É o corolário da dignidade da pessoa humana e também da cidadania. Ora, inimaginável seria um cidadão que é obrigado constitucionalmente a permanecer calado, ou que sofre severas restrições a liberdade de se manifestar. (NUNES JUNIOR, 2017, p. 851).

Ademais, importante frisar que, além do disposto na Constituição, há ainda tratados internacionais em que o Brasil é signatário e que tratam também da liberdade de expressão. E exatamente por ser signatário é que tais tratados devem ser observados, porquanto, nos termos do art. 5º, § 2º, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).<sup>3</sup>

Portanto, deve ser observado o que dispõe os tratados internacionais sobre o tema, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos (1966) e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (1969).

Assim sendo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, trouxe a liberdade de expressão nos seus arts. 18 e 19:

Artigo XVIII Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos;

Artigo XIX Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU, 1948)

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 592, de 1992, tratou desse contexto nos arts. 18 e 19:

3 Sobre o tema, importante “lembrar a problemática atinente à recepção de tratados subscritos pelo Estado Brasileiro no ordenamento jurídico nacional. Com efeito, por muito tempo a Corte Constitucional entendeu que os tratados eram recebidos como lei ordinária. Tal forma de entender teve mudança significativa com a alteração promovida pela EC n. 45/2004 no § 3º do art. 5º da Constituição” (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 142). Agora, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988). Entretanto, “se essa natureza de tratado ou convenção não passou pela aprovação do Congresso Nacional, a solução é diversa. Sobre o tema – aqui tratado de maneira superficial –, o Supremo Tribunal Federal, observando o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, chancelou ‘a hierarquia suprallegal [...] dos tratados em matéria de direitos humanos’. É um avanço, mas ainda deixa de considerar ‘os direitos humanos oriundos dos tratados internacionais como sendo autênticos direitos fundamentais, visto que submetidos a regime jurídico menos privilegiado’” (MARCHETTI FILHO, 2018a, p. 142-143).

### Artigo 18

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

### Artigo 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
  - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
  - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas. (BRASIL, 1992)

Por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, estabelece no seu art. 13:

### Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
  - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
  - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA, 1969)

Nessa ordem de disposições, fica claro que o direito fundamental à liberdade de expressão está assegurado tanto na Constituição Federal, quanto nos tratados internacionais em que o Brasil é signatário, tendo ou não passado pela aprovação do Congresso Nacional, na forma do disposto nos parágrafos 2º e 3º, do art. 5º da Carta de Outubro (BRASIL, 1988). Tudo isso a fim de confirmar a sua proteção, assim como delimitar o seu âmbito de efetividade.

## 5. A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Pelo até aqui exposto, percebe-se que, dentro da garantia fundamental da liberdade de expressão, o Estado não pode restringir o pensamento da pessoa, nem a sua manifestação.

Contudo, o direito à liberdade de expressão não é ilimitado. Há casos em que o Estado deve ter atitude repressiva, notadamente quando a manifestação de determinado pensamento afeta a esfera do direito de outra pessoa.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe:

Artigo XXIX

[...]

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Como não há a ideia de direito fundamental absoluto e tendo em vista que a liberdade de expressão é um direito fundamental, uma de suas características é justamente a limitabilidade ou relatividade.

É dizer: “os direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos. [...] se tivéssemos um direito fundamental absoluto, qualquer outro direito que contra ele se opusesse, seria aprioristicamente afetado” (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 777).



Ademais, é preciso destacar que “a colisão de direitos (ou colisão de direitos em sentido estrito) é constatada quando o exercício de um determinado direito prejudica o exercício de outro direito do mesmo titular ou de titular diverso” (RAMOS, 2017, p. 113).

Nesse contexto, “a liberdade de expressão apesar de ampla não é absoluta e ilimitada, ao passo que a liberdade de cada um tem por limites a liberdade e os direitos dos outros” (ARAUJO, 2018, p. 34).

Assim, tem-se que a restrição à manifestação do pensamento seria uma forma de afronta contra a dignidade da pessoa humana e à democracia, porém o seu exercício absoluto ocasionaria no exercício da liberdade de outrem (CARCARÁ, 2014, p. 58).

No caso da liberdade de expressão, a possibilidade de limitação está previsto no próprio texto constitucional, no art. 5º, inciso X, ao estabelecer que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Enfim e em linha de resumo, a relatividade e a efetividade fazem parte das características dos direitos fundamentais. A primeira preconiza que, por não serem considerados absolutos esses direitos, nem providos de hierarquia entre eles, acabam por gerar conflitos com outros direitos constitucionalmente resguardados (MASSON, 2015, p. 196).

Já a segunda admite que o Poder Público poderá se utilizar de força coercitiva, quando necessário, a fim de que haja a efetivação dessas garantias constitucionalmente previstas (MASSON, 2015, p. 196).

Do mais, um dos vetores que faz surgir a necessidade de uma ação limitativa da liberdade de expressão, diante de um caso concreto, por atingir o direito fundamental de outra pessoa, é exatamente o discurso de ódio, como se verá a seguir.

## 6. O DISCURSO DE ÓDIO: CONCEITO E CONSEQUÊNCIAS

O discurso de ódio é tema que tem ganhado grande importância na cena jurídica atual. Trata-se de “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores” (SARMENTO, 2006, p. 2).

De fato, o discurso do ódio é, em geral, toda a manifestação de ideias que incitem a discriminação racial, social ou religiosa em determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias (ARAUJO, 2018, p. 42).

Assim, “nas manifestações de ódio, os destinatários são feridos por pertencerem a um determinado grupo que é discriminado. É dizer, o indivíduo é violado exatamente naquilo que o identifica como pertencente daquele determinado setor da sociedade” (ARAUJO, 2018, p. 44).

O discurso de ódio mais comumente contempla todas as manifestações do pensamento por mensagens e expressões, de conteúdos racistas, xenófobas, homofóbicas, misóginas entre outras variáveis, que tenha o intuito de insultar, discriminar e estigmatizar, desqualificar, gerar violência ou humilhar determi-

nado grupo como um todo e os indivíduos vinculados ao mesmo. Ou seja, há uma valoração negativa, no qual o indivíduo que profere discriminações e estigmatizações intencionalmente tem como objetivo central negar um estatuto de igualdade aos seus destinatários, cerceando, por conseguinte, a igual dignidade da pessoa humana. (ARAUJO, 2018, p. 46)

Ressalta-se que “qualquer discurso proferido contra um indivíduo, afetarà o segmento social ao qual ele esteja vinculado, na sua integralidade, traduzindo-se, portanto, em um dano não divisível e difuso em sua extensão.” (ARAUJO, 2018, p. 46).

Nesse ser assim, tem-se que uma das consequências geradas por esse tipo de manifestação de cunho odioso é a predominância de um grupo - profere o discurso -, contra o grupo minoritário, que é atingido por esse discurso.

Nessa trilha, o discurso do ódio, em regra, é manifestado por pessoas que compõe uma maioria dominante e se direciona a pessoas determinadas ou um grupo de minorias, atingindo-lhes a esfera de direitos subjetivos e trazendo consequências profundas (ARAUJO, 2018, p. 46).

Outro ponto que fica prejudicado é a própria noção de Estado Democrático de Direito. Isso porque a ideia de democracia se fundamenta justamente no pluralismo do seu povo, sendo construído em cima de diversas ideais e conceitos dos mais diversos grupos que compõem a sociedade.

Nesse sentido, a liberdade de expressão “permite que a vontade coletiva seja formada através do confronto livre de ideias, em que todos os grupos e cidadão devem poder participar, seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos por seus pares” (SARMENTO, 2006, p. 32).

Só assim os cidadãos podem ter acesso às informações e às ideias existentes sobre as mais variadas questões, o que lhes permite formarem as suas próprias opiniões sobre temas controvertidos e participarem conscientemente no autogoverno da sua comunidade política. (SARMENTO, 2006, p. 32)

Desse modo, o discurso de ódio, por seu conteúdo violento, discriminatório e preconceituoso, acaba por provocar nas suas vítimas um sentimento de humilhação e medo, fazendo com que não participe da sociedade que está inserido.

Consequência disso, as vítimas acabam por serem “privadas do exercício efetivo da sua cidadania, diante de toda a sociedade, que perde o acesso a vozes e pontos de vista relevantes, cuja expressão na arena pública enriqueceria e pluralizaria o debate público” (SARMENTO, 2006, p. 34).

Sendo assim, o discurso de ódio causa não somente danos morais, decorrentes do abalo emocional, mas também pode acarretar na crise de identidade da vítima que se enquadra naquele determinado grupo atingido (CARCARÁ, 2014, p. 81).

A formação do indivíduo, sem dúvidas, é uma das melhores maneiras de se preservar a concepção da dignidade da pessoa humana, já que ela se identifica com alguma característica de algum grupo e ali se insere, instituindo assim sua identidade como cidadão e como pessoa política capaz de participar de uma comunidade democrática e exercer plenamente seus direitos.

Portanto, as consequências do discurso de ódio afetam tanto o âmbito subjetivo da vítima, atingindo sua honra e sua imagem, gerando danos morais, quanto sua formação como pessoa e cidadã.

Bem assim, também afeta a pessoa com o seu silêncio frente a sua participação no debate de ideias e a não fruição de seus direitos pelo medo causado diante da violência do discurso, ocasionando uma perda significativa para a manutenção de um Estado Democrático plasmado nas garantias fundamentais.

## 7. O TRATAMENTO DO DISCURSO DE ÓDIO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NA ALEMANHA

Antes de discutir o tratamento do discurso de ódio nos Estados Unidos da América e a Alemanha, vale salientar a diferença de ideologia política de cada país, que influencia diretamente na formulação e aplicação de normas jurídicas, atingindo, portanto, o viés da liberdade de expressão diante dos discursos odiosos.

Nas jurisprudências desses países se observa ideais políticos bem distintos, fruto de fatos históricos que formaram essa forma de visão social: nos Estados Unidos predomina a supremacia do liberalismo, que está arraigada na cultura americana desde sua independência; e na Alemanha vislumbra-se a ideia do comunitarismo, manifestada notadamente após a Segunda Guerra Mundial.

O liberalismo americano manifesta-se na “ideia de que determinados direitos (individuais) são absolutos, o que afasta, segundo esse pensamento, qualquer atuação do Estado ou da coletividade que vise a limitar um direito” (CAVALCANTE FILHO, 2018b, p. 89), mesmo que seja para avigorar certos valores importantes para o grupo social.

Por sua vez, o ideal comunitarista da Alemanha atual “reprova qualquer pensamento que dê prioridade ao indivíduo (individualista), assim como despreza toda ambição universalista das normas morais, afirmando que a política duradoura deve se fundar em recursos empíricos, psicológicos e sociológicos” (VALEIRÃO, 2009).

Tanto abre grande espaço para fatos históricos – exatamente pelo que a Alemanha viveu nas Grandes Guerras, fazendo com que sua cultura se apegue “à tradição, todavia não objetiva transformar a realidade. Cabe salientar que o comunitarismo não apresenta nenhuma ideia transformadora porque não está preocupado com a transformação social, mas, sim, em assumir os problemas sociais” (VALEIRÃO, 2009).

Diante desses elementos, o tratamento do direito de liberdade de expressão em face do discurso de ódio nos Estados Unidos e na Alemanha, será influenciado pelo seu pensamento político.

No referente aos Estados Unidos, observa-se essa linha liberalista de pensamento no seu próprio texto da Constituição Federal dos Estados Unidos (1787), notadamente manifestada pela Primeira Emenda, de 1791, que trata exatamente da liberdade de expressão, religião, imprensa, petição e reunião.

Congress shall make no Law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787)<sup>4</sup>

Nessa caminhada, tem-se que nos EUA, o direito de liberdade de expressão tem caráter absoluto. Ou seja, por ser um direito individual e preponderar o espírito liberal, a atuação do Estado Norte Americano fica limitada, não podendo restringir o direito, mesmo que para beneficiar toda a coletividade.

Uma das primeiras correntes que tratam sobre o caráter absoluto do direito de liberdade de expressão, denomina-se liberalismo-utilitário, defendido por grandes mentes como Michael Sandel e John Stuart Mill. E a segunda corrente, liberal-radical ou liberal-deontológica, é a propugnada por Dworkin.

A primeira corrente posiciona a preservação da liberdade como um dos motivos do próprio bem estar social, já que a liberdade de expressão possibilita que a sociedade entre em contato com os mais diversos posicionamentos, podendo, portanto, conhecer a verdade.

Desse modo, até a menor das ressalvas poderia cercear o conhecimento da verdade pelo povo, eis que não há uma verdade absoluta e todos os discursos contribuem para formação de uma nova ideia que possa desmentir uma visão anterior de determinado assunto. Essa visão absoluta, justamente pela busca da verdade em prol da sociedade no geral, pode gerar legitimidade até mesmo para o discurso de ódio.

Já a segunda corrente apresenta que a liberdade absoluta não deve ter como fundamento a visão utilitarista em prol da sociedade, mas deve ser fundamentado pela própria visão principiológica de que o Estado não pode determinar o que é verdadeiro ou não. Assim, não há como interferir nos discursos de seu povo, sob pena de atingir os próprios direitos fundamentais, a fim de manter a neutralidade do Estado.

Compreendida essa forma de visualização, a análise da jurisprudência norte americano traz a percepção de que houve quatro formas de interpretação realizadas pela Suprema Corte Americana diante de casos de discursos odiosos.

Cavalcante Filho (2018b, p. 93-95), ao estudar essas formas de interpretação, aponta que a primeira forma, "*clear and present danger*", iniciou-se no começo do século XX, legitimando a liberdade de expressão, mesmo que esta venha a causar danos a terceiros, desde que não resulte em um perigo claro e iminente.

O segundo modo de interpretação da liberdade no discurso, "*badintention*", acrescentou que além do perigo claro e iminente, o discurso deveria conter má intenção, ou seja, uma intenção ilegítima.

Pela terceira maneira, conhecido como "*fightingwords*", a restrição à liberdade se justificava quando fossem proferidas palavras de conflito. E, por fim, a quarta, "*imminent Lawless action*", compreende que a restrição ao direito de liberdade de expressão só seria necessário

4 "O Congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas".

quando houvesse uma iminente ação ilegal. Caso não fosse presente esse requisito, o discurso seria somente o exercício regular do direito tratado pela primeira emenda.

A *imminent Lawless action* foi o argumento utilizado pela Suprema Corte, num dos mais famosos julgamentos relacionados ao *hate speech*, que ficou conhecido como caso *Brandenburg vs. Ohio* (COLUMBIA UNIVERSITY, 1969).

Nesse caso, um dos líderes da Ku Klux Klan proferiu um discurso odioso na televisão, defendendo a devolução dos negros para a África e dos judeus para Israel, incitando o racismo e reafirmando a supremacia branca, como pode se ver no seguinte trecho:

How far is the nigger going to -- yeah.

This is what we are going to do to the niggers.

A dirty nigger.

Send the Jews back to Israel.

Let's give them back to the dark garden.

Save America.

Let's go back to constitutional betterment.

Bury the niggers.

We intend to do our part.

Give us our state rights.

Freedom for the whites.

Nigger will have to fight for every inch he gets from now on. (COLUMBIA UNIVERSITY, 1969)

Pelas instâncias ordinárias, o autor do discurso foi condenado criminalmente, mas a Suprema Corte Americana reformou a decisão.

Decidiu-se reverter a condenação do fazendeiro, uma vez que suas palavras, apesar de moralmente reprováveis e repulsivas, não se configuravam em palavras de luta (*fighting words*), até mesmo pelo contexto em que foram proferidas. Não caberia ao Estado – à luz da Primeira Emenda – promover um juízo de valor sobre a bondade ou maldade das palavras de quem quer que seja. Não se admite, em resumo, um juízo baseado no conteúdo do discurso em si. Só se pode limitar a liberdade de expressão quando houver clara e imediata incitação à violência, independentemente do conteúdo das palavras proferidas – uma iminente ação ilegal (*imminent Lawless action*). (CAVALCANTE FILHO, 2018b, p. 97-98)

Em resumo, a decisão da Suprema Corte consignou:

The Supreme Court of the United States wrote that the Ohio law failed to distinguish between advocacy and incitement to imminent lawless action. The Court used a two-pronged test to evaluate laws affecting speech acts: 1. speech can be prohibited if its purpose is to incite or produce imminent lawless action; and 2. doing so is likely to incite or produce such an action. Additionally, the Court found that abstract discussions are not the same as actually preparing or inciting individuals to engage in illegal acts. (COLUMBIA UNIVERSITY, 1969)

Portanto, nos Estados Unidos, os casos que envolvem liberdade de expressão são conduzidos por códigos políticos (o que se considera certo pela maioria) e não jurídicos (o que é lícito ou ilícito), dos quais leva em consideração a predominância do pensamento da maioria em relação aos direitos fundamentais de outrem, justamente por ser cravado no sentimento da população o espírito liberal, que limita o próprio Estado na sua atuação contra direitos individuais, devendo se manter neutro nessas situações.

Dessa forma, pela ideologia americana, o Estado, diante do discurso de ódio, deverá se manter neutro e imparcial. Isso porque, como visto, “as decisões de baseiam nos dogmas e preceitos do liberalismo político deontológico” (CAVALCANTE FILHO, 2018b, p. 128).

Por sua vez, na Alemanha, o valor comunitário acaba apresentando ambiguidades nas posições tomadas, presentes nas jurisprudências do Tribunal Constitucional Federal Germânico.

São dois os principais casos que noticiam tal discrepância na Alemanha – *Auschwitz Lie* e *Tucholscki*. O primeiro, *Auschwitz Lie*, tratou da declaração de constitucionalidade de um ato administrativo proibindo a realização de uma palestra que seria ministrada pelo inglês David Irving, tendo como tema a negação do holocausto. E o segundo, *Tucholscki*, versou sobre o pronunciamento da expressão “soldados são assassinos” do escritor Kurt Tucholsky por alguns alemães.

Nos dois casos, um dos pontos observados foi a diferença entre opiniões e afirmações sobre fatos. “As opiniões propriamente ditas devem ser livres, uma vez que não se pode afirmar sem dúvidas sua veracidade ou falsidade. Ao contrário, a admissibilidade das afirmações sobre fatos submete-se a um juízo sobre a veracidade ou não dos fatos afirmados” (CAVALCANTE FILHO, 2018b, p. 132).

Assim, dizer que “soldados são assassinos” é mera opinião, não devendo ser restringida, garantindo a liberdade de expressão por mais que seja considerado um discurso odioso. Já o holocausto é um fato e, por isso, deverá haver restrições por tratar de um fato real e concreto. Logo, discursos negando sua existência devem ser proibidos.

O acórdão do Tribunal Superior no caso *Auschwitz Lie* fundamentou:

O fato histórico de que os seres humanos [Judeus] foram separados de acordo com os critérios de descendência das chamadas leis de Nuremberg e foram roubados de sua individualidade, com o objetivo de seu extermínio, dá aos judeus que vivem na República Federal uma relação pessoal especial com seus concidadãos; neste relacionamento, o passado está presente ainda hoje. É parte de sua autoimagem pessoal que eles são vistos como ligados a um grupo de pessoas marcadas por seu destino, grupo em relação ao qual existe uma responsabilidade moral especial por parte de todos os outros [cidadãos] e que é uma parte de sua dignidade. O respeito por esta autoimagem pessoal é para cada um deles realmente uma das garantias contra a repetição de tal discriminação e uma condição básica para a sua vida na República Federal. Quem procura negar esses eventos nega a cada um deles individualmente esse valor pessoal ao qual eles têm direito. Para as vítimas, isso significa a continuação da discriminação contra o grupo de seres humanos ao qual elas pertencem, e contra a sua própria pessoa. (CAVALCANTE FILHO, 2018b, p. 134)

Do trecho acima exposto, percebe-se que a negação do holocausto acarreta uma grande ofensa ao povo judeu, indo contra todo o olhar comunitarista presente no país.



Mas não é só. A interpretação desse trecho também mostra que a decisão não possui base normativa, mas o direcionamento político e acima de tudo o próprio código moral da sociedade, no sentido de que tais grupos merecem uma proteção maior.

Por sua vez, a decisão proferida no caso *Tocholsky* demonstrou que a Corte Alemã levou em consideração qual a essencialidade da vítima, ou seja, a qual grupo ela pertence. Sob a justificativa de que a generalidade obsta o conhecimento de qual sujeito em específico foi vitimizado pelo insulto proferido, a liberdade de expressão, nesses casos, prepondera sobre o direito à honra, pois este sequer se torna materializado dado o tratamento genérico. Até porque não se pode presumir o alcance dos efeitos do discurso degradante dada à indefinição dos sujeitos.

Assim, a sentença “soldados são assassinos” atinge o grupo de soldados. Porém não sabendo quais soldados em específico, não atinge diretamente a própria sociedade alemã. E é por esse motivo que prevalece o direito da liberdade de expressão (CAVALCANTE FILHO, 2018b, p. 140).

Além do mais, a Corte Alemã entendeu que a manifestação agressiva era constitucionalmente protegida por ensejar a formação da opinião pública, fazendo com que o Estado tenha o dever de encorajar ou não essas opiniões, visando qual o efeito que elas gerariam na comunidade com o intuito de fortalecimento da mesma (CAVALCANTE FILHO, 2018b, p. 141).

Em síntese, observa-se que cada país é influenciado por uma corrente ideológica-política diferente. Nos Estados Unidos, o entendimento do direito de liberdade de expressão como absoluto e previsto na sua primeira emenda, transparecendo o ideal liberalista.

Na Alemanha, pela sua trajetória histórica e as grandes violações de direitos promovidas nas grandes guerras, o ideal comunitarista admite a limitação da liberdade de expressão quando o discurso possa atingir certos grupos, como os judeus, notadamente quando fundado em fatos que aconteceram de forma incontestável.

Nessa mesma linha, possibilita que temas que retratam mera opinião sejam discutidos, mesmo que tenham um teor não aceitável, pois a mera manifestação da opinião é admitida para que haja o crescimento e fortalecimento da própria comunidade.

## 8. OS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, enquanto essência do direito assegurado na Constituição Federal, garantem à pessoa um “mínimo existencial”, de maneira que pode ela traçar seus objetivos de vida, tanto pessoal quanto profissional.

Porém, isso não se dá de forma ilimitada. Mesmo porque, tudo tem limite nas coisas ditas humanas. E, como visto, os direitos fundamentais não são absolutos e encontram limite, principalmente quando o exercício de um direito interfere no direito de outra pessoa.

Os indivíduos, no uso do seu direito ao livre desenvolvimento de personalidade devem poder auto determinar os seus comportamentos e conduzir o seu projeto de vida. [...] Esta regra tem, contudo, os seus limites. Não pode admitir-se que na vida social privada das pessoas, mesmo em situação de igual-

dade, possam ser tratadas ou admitirem ser tratadas como se não fossem seres humanos. O princípio da dignidade humana se mostra tão essencial que se pressupõe que “nenhum ser humano, mesmo nas relações privadas e numa posição de igualdade, pode ser tratado como se não humano fosse”. (ANDRADE, 2006, p. 274).

No específico, tem-se que a pessoa tem o direito fundamental à liberdade de expressão e, por isso, é livre para manifestar seu pensamento, ter sua própria consciência e crença.

Em seu turno, o discurso de ódio, como visto, acaba por rebaixar a pessoa em razão do grupo que ela participa, tornando-a vulnerável diante de ideais preconceituosos, odiosos e discriminatórios, bem assim ferindo seu mínimo existencial por retirar dele a plenitude da dignidade humana.

Diante disso, cria-se um conflito entre o direito de liberdade de expressão de um e direitos fundamentais diversos do outro. Nessa situação, o Estado não pode eximir-se diante do conflito, pois a ele compete o “dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares” (ANDRADE, 2006, p. 256).

Trata-se de uma das formas mais complexas de conflito, cuja solução dependerá da aplicação de técnicas específicas no caso concreto para que atinja um determinado fim, no qual se definirá qual direito fundamental deve prevalecer.

Nesse sentido, “os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional” (BARROSO, 2015, p. 371).

Portanto, destacam-se algumas formas de soluções desse tipo de conflito, dentre eles o imperativo legal e o critério da proporcionalidade, com a ponderação de bens e valores.

A despeito de ser pouco utilizado no Brasil, vale à pena pontuar, ainda que simplificada-mente do imperativo legal como meio de solução do conflito. Esse instrumento não retira a força normativa, mas a transporta para o plano infraconstitucional, ajudando a regulamentar suas especificidades e contribuindo para a integração da eficácia da Constituição, de maneira a diminuir as potenciais colisões (GARCIA, 2015, p. 376).

Assim, por essa forma, a lei infraconstitucional, ao regulamentá-lo, estabelecerá limites ao exercício do direito fundamental, bem como poderá estabelecer direcionamentos para que diante de terminado caso e presente as circunstâncias específicas possam ser adotados atos executórios para a restrição desse direito (GARCIA, 2015, p. 377).

Nesse último caso, a prática do ato deve estar condicionada à presença de pressupostos específicos, evitando-se o reconhecimento de uma ampla margem de liberdade às autoridades competentes, o que equivaleria à incidência de poderes ilimitado sobre uma ordem de valores que encontra esteio direto na Constituição. (GARCIA, 2015, p. 377)

A utilização do imperativo legal sobre o direito de liberdade de expressão é encontrado no direito Lusitano e no direito Germânico. Em contrapartida, no Brasil não há nenhuma abordagem legal infraconstitucional para fins de limitar o direito fundamental à liberdade de expressão em face do discurso de ódio.

Entrementes, o Supremo Tribunal Federal, em determinado caso, aplicou esse referencial normativo estrangeiro e “invocou a doutrina lusa clássica para justificar a impossibilidade

de a legislação infraconstitucional impor restrições a um direito fundamental que não sejam expressamente autorizadas pelo texto constitucional” (GARCIA, 2015, p. 381).

Como não há norma específica limitativa, a solução do conflito, em regra, deverá se dar especificamente no caso concreto pelo juiz, deverá utilizar-se da proporcionalidade e da ponderação de bens e valores.

O critério da proporcionalidade, por óbvio deriva dos princípios razoabilidade e proporcionalidade que, por mais que não sejam encontrados de forma expressa no texto constitucional, podem ter sua essência extraída das “ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça” (BARROSO, 2015, p. 340).

Destarte, “o princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim justiça no caso concreto” (BARROSO, 2015, p. 340).

Conseqüentemente, não poderá haver resolução do conflito entre dois princípios, suprimindo um em face do outro. Deverá ser considerado na pauta, o peso e a importância relativa de cada um, dentro do caso concreto, de modo a poupar no máximo a constrição de um sobre o outro (FARIAS, 2008, p. 108).

Outrossim, a partir do momento que o Estado é garantidor de proteção desses direitos e, sendo certo que o princípio da legalidade poderá se mostrar insuficiente para amparar o caso concreto com seus atos normativos formais ou pela falta deles, deverão os juízes e tribunais decidir o conflito por da ponderação de bens e valores, que, por conseguinte possui em seu âmago o próprio princípio da proporcionalidade, de forma que a decisão tomada venha a ser a menos lesiva à efetividade dos direitos fundamentais.

A prática da ponderação de bens e valores é um instrumento que visa auxiliar uma decisão jurídica de difícil manejo, quando a subsunção tornou-se ineficaz (BARROSO, 2015, p. 373).

A aplicação dessa técnica pode ser dividida em três fases,

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. [...] Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. [...] Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. [...] É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. [...] Nessa fase dedica à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve ponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais. (BARROSO, 2015, p. 374-375)

Diante do exposto, observa-se que sua utilização refaz a eficácia dos princípios e direitos fundamentais envolvidos. Aplicado no conflito, o critério da proporcionalidade com ponderação de valores mostra que as restrições impostas devem ser adequadas para assegurar o direito que se sobrepôs, assim como ser o caminho menos gravoso para o direito sobreposto e que ao final tenha se atingido o fim almejado (GARCIA, 2015, p. 419).

Assim, a partir da realização do juízo de ponderação, sobrevém a necessidade da decisão ter fundamentação adequada, na qual o julgador deve demonstrar, analiticamente, a construção do seu raciocínio, de modo que traga entendimento aos interessados sobre seus termos e motivos, tornando-a legítima.

A observância do dever de motivação possibilitará a reconstrução do *iter* percorrido na atividade de ponderação, permitindo sejam identificadas e coibidas às decisões destituídas de razoabilidade ou que se distanciem dos fins da norma, estando amparadas unicamente pelo subjetivismo do seu autor. (GARCIA, 2015, p. 420).

Portanto, quando se trata de colisões entre direitos fundamentais, a inexistência de normas restritivas prévias acaba sendo normal, principalmente no Brasil. Logo, quando surge o confronto, deve o juiz se utilizar da técnica da proporcionalidade com ponderação de valores para solucionar o conflito de forma mais justa e adequada ao caso concreto, interferindo o mínimo possível no direito preterido, na medida exata para fazer cessar o conflito com o direito prevalecente. Tudo com fundamentação adequada,

Para isso deverão observar ‘dois pesos e duas medidas’ de forma que se limite o mínimo possível do direito preterido em face do direito prevalecente e, também, fundamentar as decisões, para que através da sua publicidade venha a ser legitimada a decisão então escolhida e aplicada para o caso concreto em discussão.

No específico, a aplicação da técnica da proporcionalidade com a ponderação de valores no conflito entre o direito a liberdade de expressão e os direitos atingidos pelo discurso de ódio, dentro de um caso concreto pode se mostrar suficiente para resolver a problemática de maneira a proteger o direito fundamental da pessoa atingida pelo discurso odioso sem, contudo, privar o outro da sua liberdade de expressão.

## 9. O CASO SIEGFRIED ELLWANGER E A APLICABILIDADE DO INSTRUMENTO DE PONDERAÇÃO DE BENS E VALORES

Siegfried Ellwanger Castan (1928-2010) foi um escritor que defendia a corrente do negacionismo do holocausto, notadamente em face dos judeus. Em síntese, negava sua ocorrência da Alemanha Nazista ou que os fatos não aconteceram da maneira ou nas proporções historicamente reconhecidas.

Dentre outros livros publicados, destacam-se: “Holocausto: Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século”; “Acabou o Gás!...”; “O Fim de um Mito”; “SOS para Alemanha”; “A verdade sobre o Diálogo católico-judaico no Brasil”; e “Inocentes em Nuremberg”.

O caso que se retrata aqui está relacionado à obra “Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século”. Esse livro traz conteúdo considerado antissemita, com o fim de “incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica” (BRASIL, 2003, p. 6).

Por conta dessa publicação, o escritor foi denunciado pela prática da conduta tipificada pelo art. 20, *caput*, da Lei n. 7.716/89, ou seja, “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.” (BRASIL, 1989).

Após o trâmite do processo penal, o escritor foi absolvido na primeira instância, mas condenado na segunda, com a pena de dois anos de reclusão, com *sursis* em quatro anos. Em sequência, o Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, manteve a decisão, o que gerou o Habeas Corpus n. 82.424/RS no Supremo Tribunal Federal.

O julgamento desse Habeas Corpus pelo Supremo ocorreu em 17.9.2003. Por maioria - sete a três -, o plenário da Corte negou o recurso, sendo vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2003).

Em resumo, a situação abordada gerava conflito “entre a liberdade de expressão, com a publicação dos livros, e a prática do crime de racismo, em razão das ideias contidas nos livros serem odiosas, de conteúdo antissemita” (CARCARÁ, 2014, p. 130-131). Além do mais, também se discutia se conceito de racismo poderia ser aplicado ao povo judeu.

No julgamento da Corte Constitucional desse Habeas Corpus, dois votos merecem destaque: os proferidos pelos Ministros Celso de Melo e Gilmar Mendes.

Celso de Melo, em seu voto, começa tratando da indisponibilidade da dignidade da pessoa humana, como fundamento da república e deu prosseguimento com as consequências geradas pelo discurso odioso.

Segundo ele, a partir da ideia de dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais que, deve forjar a consciência e o espírito, torna-se imperioso “reagir contra essas situações de opressão, degradação, discriminação, exclusão e humilhação que provocam a injusta marginalização, dentre outros, de grupos étnicos, nacionais e confessionais” (BRASIL, 2003).

Em seguida, abordou a problemática da liberdade de expressão. Para ele, a incitação do ódio contra o povo judeu não teria amparo no texto constitucional: “Nem se diga, finalmente, que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão” (BRASIL, 2003).

E continua:

É que publicações – como as de que trata esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. (BRASIL, 2003).

Ademais, deixou clara a possibilidade de haver limitações nos direitos a fim de garantir a ordem pública e manutenção dos direitos e garantias alheios. De fato, a proteção constitucional das liberdades “permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades” (BRASIL, 2003). Isso porque “nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (BRASIL, 2003).

E avançou no seu voto sustentando:

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhes permitam ponderar e avaliar, *“hic et nunc”*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, da qual devesse ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. (BRASIL, 2003).

Em sua vez, o Ministro Gilmar Mendes pontuou a necessidade de se perguntar como articular as práticas ou “manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional. Essa indagação assume relevo ímpar, especialmente se se considera que a liberdade de expressão, em todas suas formas constitui pedra angular do próprio sistema democrático” (BRASIL, 2003).

Ao se referir ao discurso de ódio, o Ministro utilizou-se do estudo de Kevin Boyle<sup>5</sup>, apontando que:

Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito a não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental dos discursos e à imprensa. (BRASIL, 2003)

Diante disso, afirmou que “nesse contexto, ganha relevância a discussão da medida de liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista” (BRASIL, 2003).

Ademais e, “da mesma forma, não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e dignidade humana” (BRASIL, 2003).

Ao analisar o conflito sob o aspecto da proporcionalidade, o Ministro afirmou:

O princípio da proporcionalidade, [...] constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios,

5 “Por que o ‘discurso de ódio’ é um tema problemático?”



isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. [...] há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância.

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz.

A decisão atente, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência. [...] Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie. (BRASIL, 2003).

Portanto, observados os votos dos Ministros Celso de Melo e Gilmar Mendes, nota-se que ambos se aprofundaram na questão discutida, não permanecendo somente na pauta do racismo ser ou não, aplicado ao povo judeu em demonstrações antissemitas.

Chegaram, enfim, à conclusão de que o racismo – considerado aqui como uma forma de discurso de ódio – fere direitos e garantias de terceiros, retirando-lhes a própria dignidade e, por conseguinte, sua exclusão do convívio social, ficando prejudicado o pluralismo que é um dos pilares da construção de um Estado Democrático de Direito.

Ademais, ao relatarem as consequências sociais e individuais que o discurso de ódio – no caso em quadro, o racismo – pode causar, utilizaram a aplicação da proporcionalidade e da ponderação de bens e valores para a solução do conflito entre os direitos fundamentais – liberdade de expressão *versus* direitos a honra, a imagem, a intimidade, a privacidade, entre outros.

Ambos, portanto, chegaram ao mesmo denominador comum, isto é, de que a liberdade de expressão é um direito relativo e que o discurso de ódio não estaria em concordância com a sua “essência”, ultrapassando, pois, seus limites por cercear direitos fundamentais de outras pessoas. Logo, deve ser limitado, pois, dentro da proporcionalidade e da ponderação de bens e valores, não há, nesse caso, outro meio menos gravoso para o direito de liberdade de expressão quando proferido um discurso de ódio, do que a sua limitação.

## 10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à liberdade de expressão é considerado direito fundamental assegurado pelo texto constitucional em diversos artigos e também em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Por ser considerado um direito de primeira geração, conforme a classificação de Vasak, esse goza da liberdade intrínseca a ele, de forma que fica assegurado seu exercício sem que o Estado possa a intervir e também em contrapartida que o Estado garanta a proteção desse exercício diante de situações que venham cerceá-lo.

Entrementes, como todo direito fundamental, a liberdade de expressão pode ser caracterizada pela sua relatividade e pela sua eficiência. Pela relatividade, nenhum direito fundamental é absoluto. E, para manter a efetividade de outro direito que se encontra ameaçado, poderá ser limitado pelo Estado, de forma coercitiva ou não.

Logo, o direito à liberdade de expressão pode ser utilizado indiscriminadamente, desde que seu exercício não venha a ferir direitos fundamentais de terceiros. E uma das formas disso ocorrer é exatamente o discurso de ódio e que, portanto, pode ser colocado como causa limitadora da liberdade de expressão.

O discurso de ódio pode ser retratar formas de preconceitos, discriminações e humilhações contra um determinado indivíduo ou grupo, somente pelo fato de ser quem são, ou seja, pelas suas características que os fazem participar daquele grupo, como, por exemplo, raça, etnia, religião, gênero, orientação sexual, entre outros.

As consequências geradas pelo discurso de ódio acabam ferindo direitos fundamentais individuais da pessoa atingida, como a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada. Mas vai além disso. Faz com que essa pessoa ou grupo seja reprimido, por medo ou vergonha, o que provoca sua exclusão dos demais da sociedade, tolhendo-lhe o direito de participação na formação do Estado Democrático de Direito, que tem como característica principal o pluralismo.

Assim, diante do conflito entre o direito à liberdade de expressão e os direitos atingidos pelo discurso de ódio, torna-se necessária a utilização de mecanismo capaz de mostrar soluções viáveis para serem aplicadas diante dos casos concretos, de modo a limitar um para proteger o outro, sem causar-lhes danos além do suficiente para a proteção.

Em verdade, a essência do direito à liberdade de expressão mostra que sua manifestação não pode atingir o direito fundamental alheio, notadamente pelas consequências manifestas

do discurso de ódio. E, assim, deve ser limitado na medida certa, dentro da proporcionalidade e ponderação para, como dito, proteger um sem extirpar completamente o outro.

Essa solução foi a aplicada nos votos do Ministro Celso de Melo e Gilmar Mendes diante do Habeas Corpus n. 82.424/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003, também conhecido como Caso Ellewanger.

Em linha conclusiva, a liberdade de expressão diante de um discurso de ódio, poderá ser relativizada. Isso porque não é direito absoluto, devendo respeitar suas próprias características de direito fundamental (relatividade e efetividade).

É dizer, poderá ser restringida quando houver a extrapolação do seu exercício, fugindo da sua “essência”, ao ter como finalidade única cercear direitos fundamentais de outras pessoas ou grupos, discriminando-os por suas características.

Mas essa limitação deve se dar de forma equilibrada, na medida certa, dentro dos critérios da proporcionalidade e da ponderação de valores, a fim de garantir justiça diante do caso concreto.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, J. C. V. de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ARAUJO, N. R. N. *Liberdade de expressão e o discurso do ódio*. Curitiba: Juruá, 2018.
- BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 25 ago. 2018.
- BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 7 jul. 1992.
- BRASIL. Lei Federal n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 6 jan. 1989.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424/RS. Relator Ministro Moreira Alves. Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, 17 set. 2003. *Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 19 mar. 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Notícias STF*. Brasília, 17 de set. de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARCARÁ, T. A. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- CAVALCANTE FILHO, J. T. *O discurso de ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b.
- COLUMBIA UNIVERSITY. Global Freedom of Expression. *Brandenburg v. Ohio*. Estados Unidos, 1969. Disponível em: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/brandenburg-v-ohio/>. Acesso em: 23 mar. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos de 17 de setembro de 1787*. Estados Unidos. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018.

FARIAS, E. P. *Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

GARCIA, E. *Conflitos entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCHETTI FILHO, G. F.; MARCHETTI, L. E. Identidade genética e estado de filiação: direitos personalíssimos distintos. *Revista Trimestral de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul*. Campo Grande, ano 38, n. 203, p. 23-35, jan./mar. 2017.

MARCHETTI FILHO, G. F. *Os direitos fundamentais, a pacificação dos conflitos sociais e o Código de Processo Civil: o novo paradigma do processo civil em vista do acesso à justiça efetiva, justa, eficiente e adequada*. Campo Grande: Contemplar, 2018a.

MASSON, N. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

NUNES JÚNIOR, F. M. A. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, E. da S. *Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos dos Humanos, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 7 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969*. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 7 mai. 2019.

RAMOS, A. de C. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, I. W. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo. v. 9/2015, p. 345-374, ago. 2015.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, D. *A liberdade de expressão e o problema do hate speech*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2018.

VALEIRÃO, K. Sobre a antinomia: Liberalismo versus Comunitarismo. In: CALDEIRÃO DE IDEIAS: blog de tecnologia e educação com umas pitadas de história, cultura e política. 27 out. 2009. Disponível em: <https://caldeiraodeideias.wordpress.com/2009/11/06/sobre-a-antinomia-liberalismo-versus-comunitarismo/>. Acesso em: 23 mar. 2019.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 09/09/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 26/09/2020
- Avaliação 1: 23/10/2020
- Avaliação 2: 01/04/2021
- Decisão editorial preliminar: 24/04/2021
- Retorno rodada de correções: 26/04/2021
- Decisão editorial/aprovado: 03/05/2021

#### Equipe editorial envolvida

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

# AUTOMAÇÃO DA ADVOCACIA, TECNOLOGIA E DECISÕES JUDICIAIS: REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA TECNOLOGIA AO DIREITO

AUTOMATION OF LAWYER, TECHNOLOGY  
AND JUDICIAL DECISIONS: REFLECTIONS ON  
THE APPLICATION OF TECHNOLOGY TO LAW

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO<sup>1</sup>

ANA LUIZA NOVAIS CABRAL<sup>2</sup>

SIDINEY DUARTE RIBEIRO<sup>3</sup>

## RESUMO

Este artigo trata da aplicação de ferramentas tecnológicas sobre o campo jurídico, especialmente no que concerne à automação de atividades burocráticas em escritórios de advocacia e na implementação de sistemas de inteligência artificial, capazes de tomar decisões autônomas sem qualquer intervenção humana. Para isso, traça um cenário sobre as formas de aplicação da tecnologia no Direito brasileiro desde seus estágios iniciais, destacando o crescimento constante de empresas voltadas para o uso de técnicas e ferramentas tecnológicas para a busca de soluções jurídicas – as chamadas *lawtechs* e *legaltechs*. Destaca também as experiências já realizadas no Poder Judiciário para a filtragem e julgamento de demandas repetitivas, utilizando a tecnologia para a efetivação do sistema de precedentes judiciais e do princípio da segurança jurídica. Além disso, demonstra a crescente automação da advocacia, mediante a utilização de sistemas de inteligência artificial, especialmente para o controle de ações em massa promovidas por grandes litigantes. Por

1 Pós-doutor pela Università Degli Studi di Messina-IT. Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Dom Hélder Escola de Direito. Promotor de Justiça em Belo Horizonte-MG. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2361358630923674>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0065-1925>. E-mail: [lgribeirobh@gmail.com](mailto:lgribeirobh@gmail.com).

2 Doutoranda em Direito Público na área Democracia, Constituição e Internacionalização da Linha de Pesquisa Constitucionalismo Democrático na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. **Bolsista CAPES**. Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-graduada em Direito Tributário pela Faculdade Gama Filho. Pós-graduada em Direito Ambiental pela Faculdade Integrada AVM. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Newton Paiva. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa 'A possibilidade da defesa dos ambientes pelo Direito Penal' da Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC e do Grupo de Pesquisa 'Teoria do Direito e Constitucionalismo' da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Editora de Seção da Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas (Qualis A1). LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2623437173992273>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3051-2328>. E-mail: [anamutum@adv.oabmg.org.br](mailto:anamutum@adv.oabmg.org.br).

3 Advogado. Mestrando na área Democracia, Constituição e Internacionalização da Linha de Pesquisa O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador do Grupo de Pesquisa 'Processualismo constitucional democrático e reformas processuais' vinculado à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/3844899706730420>). LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3844569392695746>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8067-8222>. E-mail: [sidiney.duarte@yahoo.com.br](mailto:sidiney.duarte@yahoo.com.br).

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

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; CABRAL, Ana Luiza Novais; RIBEIRO, Sidiney Duarte. Automação da advocacia, tecnologia e decisões judiciais: reflexões sobre a aplicação da tecnologia ao direito. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 148-163, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.7934>.

fim, traz questionamentos sobre a ausência de regulamentação da matéria no Direito brasileiro, destacando a importância de se estabelecerem os limites de utilização e mitigação dos riscos inerentes à inteligência artificial. Para tanto, utilizou-se uma metodologia teórico-jurídica com raciocínio dedutivo, através de análise doutrinária e jurisprudencial, no qual o artigo revela a importância do ambiente virtual para a advocacia nos dias atuais, mas também expõe como a utilização da inteligência artificial para resolução de conflitos de forma acrítica pode gerar problemas relacionados à redução do papel da jurisdição, diminuição do acesso ao controle jurisdicional, diminuição do papel do advogado, problemas que, no entanto, podem ser evitados a partir da aplicação dessas tecnologias com base em normativo legal preestabelecido.

**Palavras-chave:** automação da advocacia; inteligência artificial; decisões judiciais; litigância repetitiva; regulamentação.

## ABSTRACT

*This article deals with the application of technological tools on the legal field, especially with regard to the automation of bureaucratic activities in law firms and the implementation of artificial intelligence systems, capable of making autonomous decisions without any human intervention. For that, it outlines a scenario about the ways in which technology has been applied in Brazilian law since its initial stages, highlighting the constant growth of companies focused on the use of technological techniques and tools to search for legal solutions - the so-called lawtechs and legaltechs. It also highlights the experiences already carried out in the Judiciary to filter and judge repetitive demands, using technology to implement the system of judicial precedents and the principle of legal certainty. In addition, it demonstrates the increasing automation of advocacy, through the use of artificial intelligence systems, especially for the control of mass actions promoted by large litigants. Finally, it raises questions about the lack of regulation of the matter in Brazilian law, highlighting the importance of establishing limits for the use and mitigation of risks inherent to artificial intelligence. For this, a theoretical-legal methodology with deductive reasoning was used, through doctrinal and jurisprudential analysis, in which the article reveals the importance of the virtual environment for advocacy today, but it also exposes how the use of artificial intelligence for conflict resolution in an uncritical way can generate problems related to the reduction of the role of jurisdiction, decreased access to jurisdictional control, decreased role of the lawyer, problems that, however, can be avoided at application of these technologies based on pre-established legal regulations.*

**Keywords:** automation of law; artificial intelligence; judicial decisions; repetitive litigation; regulation.

## 1. INTRODUÇÃO

Algumas décadas atrás, pouco se poderiam imaginar o alcance que a tecnologia teria na vida cotidiana. O que antes parecia apenas um roteiro de filmes de ficção, hoje se tornou realidade, e é impossível escapar dos efeitos dessa transformação em todos os campos da sociedade.

A tecnologia impactou o mercado de trabalho, as relações interpessoais, rompeu com barreiras de espaço e revolucionou os meios de comunicação. Não poderia, portanto, deixar de ser pensada como ferramenta para a prestação de atividades jurídicas, tanto no campo público quanto no privado.

Sendo assim, a automação de procedimentos burocráticos e de baixa complexidade não demorou ser utilizada pelos tribunais e grandes escritórios de advocacia, permitindo que a demanda de trabalho fosse cumprida mesmo com equipe reduzida, deixando o profissional do Direito livre para se dedicar ao exercício intelectual e efetivamente jurídico.



No entanto, a tecnologia tem atingido níveis ainda mais complexos, pela implementação da inteligência artificial<sup>4</sup>, que delega às máquinas funções que, até então, só poderiam ser exercidas pela atividade humana. Esses sistemas são capazes de tomar decisões autônomas, sugerindo trechos de peças processuais ou de decisões judiciais, e podem ser muito úteis na filtragem de demandas repetitivas, efetivando os princípios da celeridade e eficiência.

Ainda sem regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro – mas já utilizada por tribunais e escritórios de advocacia – essa nova ferramenta tecnológica pode revolucionar ainda mais o mercado de trabalho, merecendo ser amplamente estudada por todos os profissionais da área jurídica.

Diante desse cenário, a presente pesquisa teórica tem por objetiva investigar a transposição das técnicas de inteligência artificial para o Direito, buscando compreender com o uso do virtual no campo jurídico vem sendo utilizado no Brasil e sua recepção pela advocacia, além de buscar identificar como a tecnologia vem lidando com a litigância repetitiva. Logo, procura-se resolver o seguinte problema: é possível implementar tecnologias de inteligência artificial para à resolução de conflitos no Brasil sem regulamentação específica do tema?

Para tanto, adota-se como marco teórico o constitucional democrático, teoria que busca compreender o Direito não apenas em sua conformação dogmática, mas macroestrutural e multidimensional, uma vez que a análise do sistema de justiça deve levar em consideração que as decisões judiciais devem ser construídas em conjunto pelas partes, ainda que auxiliados pelas ferramentas tecnológicas.

A pesquisa realizada é de cunho jurídico-descritivo, pois busca diagnosticar as características da realidade pesquisada, e de cunho jurídico-propositivo (WITKER, 1986, p. 24), na medida em que critica a realidade da implantação da tecnologia no Direito, propondo a necessidade de sua devida regulamentação. O raciocínio utilizado para analisar os dados coletados será o indutivo, pois parte-se da observação de dados particulares como doutrina, legislação e realidade jurídica com vistas a alcançar o entendimento de como a inteligência artificial está se implementando no cenário jurídico brasileiro.

Para possibilitar a análise almejada, o primeiro capítulo se dedicará ao estudo do uso da tecnologia no Direito brasileiro, apresentando algumas *legaltechs* e *lawtechs* voltadas para a resolução de conflitos online, demonstrando como a tecnologia pode ser uma aliada, por servir a otimização e redução da sobrecarga de trabalho, além de oferecer importantes dados jurimétricos por menores custos. No segundo capítulo se dedica ao estudo dos impactos da tecnologia sobre a litigância repetitiva, analisando como a inteligência artificial pode ser uma aliada na atividade de separação e triagem de processos, bem como a necessidade de conferência pelo magistrado. É abordado sobre as *lawtechs* e *legaltechs* e demais sistemas desenvolvidos para a otimização das atividades jurídicas. No capítulo terceiro foram citados exemplos de como a atividade jurídica vem sendo automatizada e cogitou-se dos possíveis usos virtuosos das ferramentas tecnológicas para o Direito, na sequência realizou-se a crítica sobre do objeto investigado, cotejando a necessidade de regulamentação da matéria. Ao final da pesquisa serão apresentadas as considerações finais.

4 A inteligência Artificial é, no sentido explorado na presente pesquisa, uma tecnologia baseada na reprodução e aplicação, pelas máquinas computacionais, de processos análogos ao raciocínio humano com o objetivo de execução e automatização de tarefas que até então somente poderia ser desempenhadas pelos próprios seres humanos resultado na produção de conhecimento de forma artificial, ou criação sintética de conhecimento. (ÁLVAREZ MUNÁRRIZ, 1994, p. 21).

## 2. O USO DA TECNOLOGIA NO DIREITO BRASILEIRO

O desenvolvimento da tecnologia e da informática revolucionou a convivência humana, gerando drásticas modificações em todos os setores da sociedade. Foi responsável pela extinção de empregos e pela criação de tantos outros que sequer poderiam ser pensados nas décadas anteriores, impactou as relações humanas e os meios de comunicação, automatizou o processamento de dados e transformou diversas atividades burocráticas.

Considerando-se o grande impacto do universo jurídico sobre a sociedade, a tecnologia não poderia deixar de ser utilizada também pelo Direito brasileiro. Essa necessidade de modernização culminou, por exemplo, na informatização de processos judiciais – que passaram a exigir o credenciamento de assinaturas eletrônicas, a criação de Diário de Justiça Eletrônico e a realização de citações, intimações e notificações por meio eletrônico, conforme prevê a Lei nº 11.419 de 2006 (BRASIL, 2006).

O novo Código de Processo Civil (CPC) também reservou uma seção para tratar da prática eletrônica de atos processuais, dispondo sobre os princípios que os regem, dentre os quais se destaca a publicidade dos atos, a independência da plataforma computacional, a universalidade e a acessibilidade dos sistemas (BRASIL, 2015).

No entanto, a expressividade da tecnologia no Direito contemporâneo vai muito além dos meios de desenvolvimento de processos judiciais, apresentando-se nos mais variados campos de atuação jurídica. É o que se pode perceber com o constante crescimento de *lawtechs* e *legaltechs* – empresas de tecnologia voltadas ao oferecimento de soluções ao universo jurídico.

Atualmente, a Associação Brasileira de *Lawtechs & Legaltechs* (AB2L) conta com aproximadamente cento e sessenta empresas, divididas em treze grandes áreas: *analytics* e jurimetria, automação e gestão de documentos, compliance, conteúdo jurídico, educação e consultoria, extração e monitoramento de dados públicos, gestão de escritórios e departamentos jurídicos, IA - setor público, redes de profissionais, *regtech*, resolução de conflitos online, *taxtech*, *civic tech* e *real estate tech* (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS, 2021).

Percebe-se, com isso, que o crescimento constante desse mercado tem revolucionado as atividades jurídicas, impactando profundamente os mais diversos campos de atuação – e, sobretudo, a advocacia, que deverá preparar seus profissionais para o acompanhamento e implementação dessas novas tecnologias.

Grande parte da aplicação tecnológica no Direito tem relação com atividades pouco jurídicas, com caráter administrativo ou burocrático, “como o arquivamento, a triagem e a classificação de documentos, a análise formal de peças simples e repetitivas e a elaboração de relatórios” (MARQUES, 2019, p. 2) – atividades que, no campo jurídico, costumavam ser exercidas por estagiários ou paralegais, e que em outras áreas do conhecimento são amplamente automatizadas.

Essa espécie de aplicabilidade tecnológica tem a intenção de auxiliar o profissional da área jurídica a voltar seu tempo e esforço para atividades eminentemente intelectuais, como o estudo e elaboração de peças processuais com algum grau de complexidade.

Entretanto, mais recentemente, tem-se discutido a utilização da tecnologia até mesmo em contextos mais complexos, mediante a análise de dados, o estudo de riscos de êxito processual e a otimização das demandas repetitivas, que ocupam grande volume dentre os processos judiciais. Nesse sentido:

[...] não há espaço ou motivo razoável para se afastar o uso de novas tecnologias para otimizar (e não necessariamente instruir e executar por completo) determinadas atividades no ramo jurídico, em especial as mais simples, burocráticas e repetitivas. Tal como uma atividade desempenhada por um ser humano, aquelas realizadas com o auxílio de soluções tecnológicas possuem também uma margem de erro, um risco, que pode ser maior ou menor, a depender das premissas em que são fundadas. O que cabe à comunidade jurídica nesse momento é, sobretudo, avaliar, quanto a cada iniciativa, (i) o que deve e o que não deve ser (ou tentar que seja) automatizado; e (ii) quais os riscos de se fazê-lo ou não. Algumas respostas serão dadas no campo da ética profissional, se necessário, mas a maioria delas deverá se dar no âmbito da política pública, mormente para se decidir se, na linha de Harry Surden, as aproximações trazidas pela tecnologia são ou não aceitáveis em cada atividade específica (MARQUES, 2019, p. 3).

Por isso, estuda-se a aplicação da inteligência artificial em alguns campos de atuação jurídica, por meio de sistemas capazes de cumprir funções que, anteriormente, exigiam a ação humana, e que poderão identificar padrões prévios para a produção de resultados precisos sobre o objeto de estudo (MARQUES, 2019, p. 4).

A inteligência artificial é um instrumento importante, por exemplo, para o exercício da jurimetria, que é uma disciplina jurídica voltada para o estudo de estatísticas aplicáveis ao universo jurídico. Os dois termos, no entanto, não se confundem. A jurimetria parte da construção de um modelo teórico, analisando os elementos que, de alguma forma, influenciam no fenômeno observado – essa parte do processo não pode ser automatizada, não contando com a interferência da inteligência artificial (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA, 2019).

De acordo com a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), a inteligência artificial pode ser utilizada na fase de processamento de dados – podendo, por exemplo, identificar e agrupar informações relevantes a partir de documentos brutos, dinamizando as atividades do tribunal ou escritório de advocacia – ou na análise desses dados, permitindo a extração de regras jurídicas – a partir da identificação de estatísticas relacionadas ao tempo e resultado processual, tornando possível a busca de estratégias específicas para o melhor desenvolvimento do processo em questão (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA, 2019).

No estudo mais recente realizado pela ABJ, elaborou-se relatório analisando empiricamente a corrupção no território nacional e a forma como os dados coletados nessa pesquisa poderiam impactar as políticas públicas voltadas para o seu combate e prevenção. A análise desse fenômeno a partir da jurimetria foi capaz de identificar padrões de comportamento das justiças estaduais, os percentuais de resolução dos inquéritos instaurados no território nacional, e concluiu até mesmo pela ineficiência do foro por prerrogativa de função, pelo alto grau de transferência dos autos submetidos a essas condições (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA, 2020).

Essa mesma tecnologia e análise estatística pode ser utilizada para o estudo de riscos por empresas e escritórios de advocacia, verificando-se, por exemplo, quais seriam os resul-

tados prováveis para um determinado processo judicial, a partir da análise de dados decorrentes das decisões emanadas pelos órgãos jurisdicionais (MARQUES, 2019, p. 7-8).

A AB2L, atualmente, tem o cadastro de 18 empresas voltadas para as áreas de *analytics* e *jurimetria*, com os mais diversos objetivos, dentre eles: análise de comportamento dos juízes e proposição de argumentos com maiores chances de êxito, gerenciamento de informações processuais e controle de prazos, busca de precedentes favoráveis por meio de algoritmos, controle financeiro, elaboração de relatórios e auditorias (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS, 2021).

Além disso, destaca-se que diversas ferramentas tecnológicas também têm sido desenvolvidas para dispensar a figura de intermediários na resolução de conflitos, podendo contar com automatização plena ou parcial e atuação em várias etapas do processo. Muitos desses sistemas têm como objetivo reduzir o número de demandas levadas à análise do Poder Judiciário, buscando soluções extrajudiciais, com maior celeridade e eficiência e menor onerosidade.

Isso porque grande parte dos processos judiciais têm o mesmo fundamento e objeto, alterando-se apenas os sujeitos litigantes – o que leva o Judiciário a decidir repetidamente as mesmas demandas, que se sujeitarão a trâmites e decisões semelhantes, em processo decisório muito distinto de outras demandas complexas que exigem análise mais detida dos magistrados (RAVAGNANI, 2017b).

Sendo assim, as *legaltechs* e *lawtechs* voltadas para a resolução de conflitos online são grandes ferramentas para a desjudicialização dessas demandas repetitivas, por estimularem a utilização de métodos mais adequados à solução do litígio – seja por meio da mediação, conciliação ou negociação.

No entanto, nem todas as demandas podem ser solucionadas de forma consensual, sendo muitas vezes necessário o ajuizamento de ação judicial. Nessas situações, deverá também o Poder Judiciário se preparar para o recebimento de demandas repetitivas, investindo em tecnologias que possam auxiliá-lo na automação de seus atos, “de modo a consolidar uma segunda fase do processo eletrônico, que poderá também ser aplicada em todos os tipos de processos e que trará efeitos positivos principalmente nos casos repetitivos” (RAVAGNANI, 2017b).

Percebe-se, com isso, que a tecnologia tem se apresentado como aliada das mais diversas figuras envolvidas no processo jurisdicional, ora servindo à otimização e redução de sobrecarga do Judiciário, ora oferecendo análises precisas, fundamentos adequados e redução de burocracia aos advogados – além de favorecer também as partes processuais, que serão beneficiadas com a melhor prestação jurisdicional e poderão recorrer a métodos mais baratos e eficientes para solução de seus conflitos.

### 3. A TECNOLOGIA APLICADA À LITIGÂNCIA REPETITIVA

A promulgação do novo Código de Processo Civil (CPC) trouxe alguns instrumentos importantes para o acompanhamento e julgamento de demandas repetitivas, buscando efetivar o princípio da segurança jurídica a partir da criação de um sistema que dá maior valor aos precedentes judiciais.

A relevância desses instrumentos está diretamente ligada à “massificação e homogeneização das relações jurídicas, dos vínculos sociais e dos conflitos” (TEMER, 2018, p. 31), que culmina na apresentação ao judiciário de demandas com causas de pedir e pedidos semelhantes – ou, ainda que distintos, apresentam alguns pontos de identidade das questões jurídicas em litígios heterogêneos.

Em decorrência destes movimentos, convivem hoje: a) conflitos de natureza estritamente individual, particularizados por características únicas; b) conflitos heterogêneos de natureza coletiva; c) conflitos homogêneos, individuais e coletivos, com causas de pedir e pedidos similares; e, ainda, d) conflitos heterogêneos, individuais e coletivos, que possuem questões comuns. Estas duas últimas espécies de conflitos acabam sendo enquadradas como manifestações da litigiosidade repetitiva, ou litigiosidade de massa, o que vem impondo modificações importantes no ordenamento jurídico, sobretudo no que se refere ao sistema processual (TEMER, 2018, p. 32).

Os instrumentos legais incluídos no CPC para a regulamentação da litigância repetitiva – dentre os quais se destacam a uniformização de jurisprudência e o incidente de demandas repetitivas – demonstram a intenção do legislador brasileiro de modificar a cultura jurídica nacional, buscando soluções rápidas e eficientes às causas marcadas pela similaridade (RAVAGNANI, 2017a, p. 1).

O relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), demonstrou o alto número de processos cadastrados com o mesmo assunto no ano de 2019. Na justiça trabalhista, por exemplo, 11,37% dos processos discutiram a rescisão do contrato de trabalho/verbas rescisórias, com um montante de 2.706.140 de novos ajuizamentos. Na justiça estadual, por sua vez, foram ajuizadas 914.270 ações discutindo obrigações/espécies de contratos, no campo do Direito Civil, contabilizando 3,74% do número total de processos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 207).

As demandas relacionadas à responsabilidade do fornecedor/indenização por dano moral, referentes ao Direito do Consumidor, apresentam números muito expressivos, representando 12,41% dos processos levados aos juizados especiais e 13,57% dos recursos apresentados às turmas recursais estaduais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 208).

O grande montante de demandas discutindo os mesmos assuntos aponta para as espécies de conflitos que configuram a litigiosidade em massa, por meio de conflitos heterogêneos com questões em comum ou homogêneos com pedidos e causas de pedir semelhantes.

Além disso, essas estatísticas demonstram a alta litigiosidade que assola o Poder Judiciário brasileiro, com causas que, muitas vezes, poderiam ser resolvidas extrajudicialmente – ou com o auxílio da tecnologia e de estratégias que permitissem julgamentos mais céleres e menos onerosos, nos casos em que fosse, de fato, necessária a intervenção judicial.

[...] o fato de vivermos na era da informação impulsionou o acesso à justiça e o acesso às teses que pudessem vir a ser discutidas no âmbito judicial. Tal circunstância, uma vez atrelada ao surgimento de uma nova classe média brasileira, a qual impulsionou e expandiu o consumo em massa, ocasionou na impulsão das demandas judiciais em massa. O desafio do Poder Público é equacionar todos estes elementos e, mesmo assim, ao final, entregar a melhor tutela jurisdicional aos jurisdicionados (RAVAGNANI, 2017a, p. 2).



Diante disso, a tecnologia pode ser um grande aliado do judiciário para conferir maior celeridade ao processo de triagem e julgamento de demandas repetitivas. O Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, iniciou em 2018 o projeto Victor, que dispõe na “ferramenta de inteligência artificial que vai ajudar a identificar, nos processos do STF, os principais temas de repercussão geral que chegam à Corte” (BRASIL, 2018c).

Os testes desenvolvidos para a identificação desses temas apontaram uma taxa de sucesso correspondente a 84%, com possibilidade de atingir 95% de eficiência (BRASIL, 2018b), sendo capaz de reduzir o tempo gasto para atividades que seriam pessoalmente realizadas em 40 minutos, para apenas cinco segundos de ação do *software* (BRASIL, 2018a).

Em palestra sobre o projeto de inteligência artificial, o ministro Luiz Fux afirma que, um dos seus grandes destaques:

[...] diz respeito ao potencial auxílio na resolução de cerca de 1/8 dos REs que chegam ao STF. Dos aproximadamente 80 mil recursos que chegam ao Supremo a cada ano, 40 mil, em média, são devolvidos aos tribunais de origem. Desses, metade (20 mil) volta por não atender a requisitos formais de admissibilidade e a outra metade (20 mil) por se enquadrar em algum tema de repercussão geral definido pelo STF. Tendo em vista o fato de o Victor ter sido ensinado a identificar os 27 temas mais comuns, que dizem respeito à cerca de 50% de todos os casos entre os 1020 temas com repercussão geral, a tecnologia pode dar solução para, em média, 10 mil processos a cada ano (FUX, 2020).

Essa medida, portanto, pode otimizar o tempo gasto pelos magistrados e demais serventuários do Judiciário, evitando a realização de procedimentos burocráticos de separação e triagem de processos – que, assim como os realizados por meio de tecnologia, também contavam com alguma margem de erro.

Nota-se, portanto, que o projeto Victor não delega aos instrumentos tecnológicos qualquer processo decisório de demandas repetitivas, mas apenas os encaminha ao presidente do STF para que possa tomar uma decisão, seja de rejeição ou de devolução ao Tribunal de origem.

Apesar de desenvolvido para o STF, a intenção é que o sistema seja expandido para todos os outros tribunais brasileiros, a fim de facilitar “a identificação e a classificação de processos que já tenham – ou sejam semelhantes ou estejam relacionados a outros já em vias de formar – um precedente vinculante” (MARQUES, 2019, p. 10).

No entanto, alguns tribunais já têm desenvolvido sistemas próprios para a aplicação da tecnologia nos processos com demandas repetitivas. A criação do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal é um grande exemplo dessa realidade, e foi desenvolvido para “monitorar e racionalizar a identificação de demandas repetitivas ou com potencial de repetitividade, além de aperfeiçoar o gerenciamento de precedentes”, a fim de “estimular a resolução de conflitos massivos ainda na origem e, assim, evitar a judicialização indevida” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2020).

Levando a inteligência artificial a níveis ainda mais complexos, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais fez uso da ferramenta Radar, responsável pela identificação e separação de processos com pedidos idênticos, para proferir o julgamento de 280 processos em poucos segundos. A partir dessa tecnologia, utilizada em sessão de julgamento da 8ª Câmara Cível do Tribunal, “os relatores elaboram o voto padrão a partir de teses fixadas pelos Tribu-



nais Superiores e pelo próprio Tribunal de Justiça mineiro e o colocam na plataforma digital. Se os demais estiverem de acordo, a questão é decidida rapidamente” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2020).

Também já foram desenvolvidos programas capazes de sugerir decisões aos magistrados, como o sistema Clara, ainda em fase de testes no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que lê os documentos anexos ao processo e recomenda um padrão de decisão judicial, que pode ou não ser confirmada pelo servidor responsável; ou o sistema Sinapse, desenvolvido pelo núcleo de inteligência artificial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, capaz de indicar ao magistrado as movimentações do processo e sugerir frases para a elaboração das peças decisórias (BAETA, 2019).

A padronização de decisões no contexto da litigância repetitiva não fere as regras e princípios do ordenamento jurídico brasileiro – na verdade, como bem a seguir:

[...] o tratamento de causas repetitivas de forma idêntica ou semelhante não só é a escolha já feita pelo legislador, como permitir que se faça de forma diversa poderia ser tido como uma irresponsabilidade do gestor. Vemos como louvável a tentativa de se retirar alguns elementos que, infelizmente, ainda são característicos do Poder Judiciário brasileiro, como uma subjetividade jurisdicional exacerbada – que, na prática, leva a uma falta de acesso à justiça no seu sentido mais amplo e moderno (MARQUES, 2019, p. 12).

Deve-se ressaltar, entretanto, que qualquer decisão judicial proposta pelos sistemas de inteligência artificial deverá ser avaliada e validada pelo juiz responsável, após garantido o contraditório entre as partes, não sendo possível a sua aplicação automática aos casos em concreto. A tecnologia deve ser utilizada pelo Poder Judiciário apenas como instrumento auxiliar, conferindo maior celeridade e eficiência ao processo decisório, mas sem substituir o papel do magistrado na função jurisdicional.

Entretanto, conforme demonstrado anteriormente, a automatização de atividades jurídicas vai muito além dos sistemas desenvolvidos para os Tribunais, sendo indispensável a todos os profissionais do Direito a constante atualização sobre os avanços da tecnologia e da inteligência artificial.

David Lehr e Paul Ohm, pesquisadores da *Georgetown University Law Center*, desenvolveram um estudo sobre a necessidade de os estudantes de Direito aprenderem sobre as técnicas de análise de dados capazes de prever ou elaborar decisões – às quais se dá o nome de aprendizado de máquina ou *machine learning* (LEHR; OHM, 2017, p. 655).

Os pesquisadores afirmam que o desconhecimento desse ramo pelos estudantes impede que os potenciais danos e benefícios da automatização do processo decisório sejam identificados, não oferecendo condições adequadas para o desenvolvimento de soluções para esses problemas. A partir disso, propõem a divisão do estudo do *machine learning* em dois campos: análise de dados e desenvolvimento de modelos – ressaltando que, geralmente, o primeiro campo é negligenciado, acarretando em uma série de problemas e impedindo a criação de ferramentas essenciais ao avanço da tecnologia jurídica (LEHR; OHM, 2017, p. 655-657).

É certo, portanto, que todo o universo jurídico precisa voltar sua atenção às novas tecnologias, buscando compreender o funcionamento das máquinas e a atuação das diversas *law-techs*, *legaltechs* e demais sistemas desenvolvidos para a otimização das atividades jurídicas

– especialmente no que concerne ao processamento de demandas repetitivas, indispensável para a efetivação do princípio da segurança jurídica e do acesso à justiça.

## 4. A AUTOMAÇÃO DA ADVOCACIA NO BRASIL

O Brasil é um dos países com o maior número de advogados no mundo, contando com mais de 1,1 milhão de profissionais – implicando em aproximadamente um causídico no país para cada grupo de 190 cidadãos (BRASIL, 2019c). Sendo assim, para conseguirem se destacar no mercado de trabalho, os advogados deverão buscar constante atualização e aperfeiçoamento – o que, nos dias atuais, certamente inclui a compreensão e utilização de ferramentas tecnológicas.

Isso porque muitas atividades burocráticas, antes realizadas por advogados ou estagiários de Direito, já podem ser automatizadas, permitindo que os profissionais concentrem o seu tempo de trabalho em atividades mais complexas. Isso torna a atividade jurídica menos onerosa e mais especializada, beneficiando tanto aos escritórios de advocacia quanto os seus clientes, que podem contar com instrumentos modernos e confiáveis de análise de dados, estudo de êxito processual e jurimetria.

Por isso é tão importante se falar em automação da advocacia – que vai além da implementação de soluções tecnológicas para o melhor funcionamento do escritório, exigindo também a revisão de processos e métodos de gestão, sob pena de transformar a tecnologia em mais um obstáculo à rotina dos profissionais envolvidos (MARTINS, 2017).

Pioneiro na aplicação dessa tecnologia de forma completa e inovadora, o JBM Advogados foi fundado em 2008, na cidade de Bauru, com o objetivo de oferecer atendimento de qualidade ao contencioso de massa promovido pelos grandes litigantes – sujeitos que promovem repetidamente demandas semelhantes, que se dá geralmente representado por um “ator institucional (poder público, instituições financeiras, concessionárias, grandes empresas) cuja atuação repercute sobre a esfera de direitos de múltiplos atores individuais (o cidadão, o consumidor, o segurado) em grande escala (...)” (ASPERTI, 2014, p. 36).

Todas as estratégias do escritório foram pensadas para a redução de custos e automação dos processos: sua sede foi deslocada para o interior de São Paulo a fim de diminuir custos com aluguel e salários e, seu investimento em inteligência artificial e tecnologia reduziram as atividades privativas de advogados à porcentagem aproximada de 28% a 32% (RAVAGNANI, 2017a, p. 8-10).

Os primeiros passos do JBM Advogados foram marcados pela adoção de tecnologias que realizassem “funções burocráticas e puramente operacionais, como pesquisa e localização do processo no tribunal, *download* de petições, checagem de prazos e cálculo de custas, por exemplo” (JBM ADVOGADOS, 2020). Posteriormente, em 2009, “decidiu adaptar um sistema clicador da área jurídica de um banco no dia a dia do seu escritório. Com alguns cliques, uma defesa poderia agora ficar pronta em minutos” (JBM ADVOGADOS, 2020).

Outra inovação que vale destaque foi o sistema boomerang desenvolvido especialmente para fazer a gestão digital completa das diligências, acompanhando de forma mais eficaz e imediata as etapas, digitalizando tarefas e agilizando o trabalho do correspondente. Esse sistema também gerou mais tarde, em 2012, a criação do aplicativo *boomer mobile*, que permitiu ao advogado registrar e tratar imagens com a ajuda de um smartphone e transmiti-las diretamente para a parte do processo no sistema *Gracco* (JBM ADVOGADOS, 2020).

Em 2013, o escritório deu mais um passo revolucionário, criando a *Finch Soluções*, seu próprio sistema de inteligência artificial aplicável ao universo jurídico. O lançamento mais recente da empresa foi uma plataforma que apresenta a clientes em potencial todas as soluções já criadas e implementadas até o momento.

Nele, é possível encontrar o Sistema de Controle de Processos, as automações com processos eletrônicos de todos os tribunais brasileiros e os serviços de apoio ao modelo de BPO (Business Process Outsourcing), como diligências, cadastros, digitalizações e até a solução de IA incorporada e integrada. Os clientes podem investir na plataforma completa ou escolher pacotes de soluções (JBM ADVOGADOS, 2020).

A *Finch Soluções*, no seu projeto de automação, teve como missão a terceirização de todo o *back office* do escritório de advocacia, sendo capaz de gerir mais de 350 mil processos, realizar mais de 130 mil diligências por mês, capturar em torno de 15 mil publicações e cadastrar 14.500 novas ações por mês. A partir disso, apresentou uma redução de 35% dos custos operacionais e um aumento de 27,5% de eficiência e produtividade (FINCH SOLUÇÕES, 2020a).

O sistema de inteligência artificial da empresa também desenvolveu um projeto de jurimetria, cujas missões consistiam no levantamento de decisões judiciais disponibilizadas pelos tribunais brasileiros, na investigação de três situações específicas vivenciadas por seguradoras, além da formatação de métodos de análise de dados. A partir disso, foi possível identificar 12.455 decisões judiciais relacionadas ao campo de pesquisa, analisando 13.362 pedidos e fornecendo às seguradoras dados que poderiam ser utilizados para a elaboração de estratégias de redução da litigiosidade (FINCH SOLUÇÕES, 2020b).

As realizações do JBM Advogados e da *Finch Soluções* ganharam projeção internacional, sendo reconhecidas pela *Harvard Law School* – que publicou em sua revista eletrônica um artigo sobre as medidas tecnológicas adotadas pelo escritório de advocacia e seu sistema de inteligência artificial para o controle das ações em massa (FINCH, 2015).

Sendo assim, o uso da tecnologia no mercado jurídico parece integrar um mercado em grande ascensão, que não demorará a ser realidade em grande parte dos escritórios de advocacia e até mesmo dos órgãos públicos, promovendo celeridade, economia e precisão nos rumos processuais – especialmente nos litígios repetitivos, deixando que as causas individuais e de maior complexidade recebam a devida atenção de todos os sujeitos atuantes no processo.

No entanto, a inteligência artificial ainda não é regulamentada no Brasil, gerando grande receio em decorrência de sua aplicação irrestrita. Isso tem levado especialistas a exigirem a atuação do legislativo, a fim de evitar desigualdades e reduzir os riscos inerentes ao uso dessa tecnologia (ESPECIALISTAS..., 2019).

Isso porque a tendência de substituição do trabalho pessoal por máquinas – consequência direta da automação e aplicação de inteligência artificial nos mais diversos campos de

trabalho – é capaz de gerar grave crise de desemprego, devendo o Estado brasileiro se preparar para acompanhar essa tendência mundial sem comprometer ainda mais seus níveis de desigualdade social.

Para isso, foi apresentado no Senado o Projeto de Lei nº 5.051, de 2019, que “estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil” (BRASIL, 2019b), incluindo tratamento sobre a dignidade da pessoa humana, a proteção da privacidade e a supervisão humana. O artigo 4º do Projeto, por exemplo, dispõe que “os sistemas decisórios baseados em Inteligência Artificial serão, sempre, auxiliares à tomada de decisão humana” (BRASIL, 2019b).

O Projeto, no entanto, tem recebido críticas, uma vez que a própria função da inteligência artificial é tomar decisões autônomas – e submetê-las à supervisão humana parece reduzi-la à qualidade de tecnologia simples (ROCHA, 2019). Ademais, foi vetado artigo com teor semelhante na Lei Geral de Proteção de Dados, com a seguinte justificativa:

A propositura legislativa, ao dispor que toda e qualquer decisão baseada unicamente no tratamento automatizado seja suscetível de revisão humana, contraria o interesse público, tendo em vista que tal exigência inviabilizará os modelos atuais de planos de negócios de muitas empresas, notadamente das *startups*, bem como impacta na análise de risco de crédito e de novos modelos de negócios de instituições financeiras, gerando efeito negativo na oferta de crédito aos consumidores, tanto no que diz respeito à qualidade das garantias, ao volume de crédito contratado e à composição de preços, com reflexos, ainda, nos índices de inflação e na condução da política monetária (BRASIL, 2019a).

Não parece razoável, portanto, a aprovação do projeto nestes termos, que pode representar um retrocesso na legislação brasileira pertinente às novas tecnologias. Dessa forma, seria mais adequada a adoção de outros métodos de proteção aos riscos da inteligência artificial – por exemplo, responsabilizando o agente criador do sistema tecnológico por seus equívocos e excessos (ROCHA, 2019).

Na Câmara dos Deputados também foi apresentado o recente Projeto de Lei nº 21/2020, com a finalidade de definir os princípios, direitos e deveres referentes à inteligência artificial no país. Dentre as justificativas, o autor do projeto ressalta que essa tecnologia pode impactar o mercado de trabalho, os direitos humanos, a privacidade, a proteção de dados, merecendo, portanto, a proteção legislativa adequada (BRASIL, 2020a).

Além disso, o projeto se preocupa com “a inovação na gestão pública por meio da IA, para que o Estado supere obstáculos burocráticos e restrições orçamentárias e ofereça serviços mais eficientes à população” (BRASIL, 2020a), e promova “um debate público da sociedade civil e do poder público para capturar o potencial benéfico das novas tecnologias” (BRASIL, 2020a), “buscando também gerenciar os riscos de uso da tecnologia” (BRASIL, 2020a).

Além das propostas 5051/2019 e 21/2020, existem dois outros tramitando na Câmara dos Deputados e no Senado Federal respectivamente, sendo o Projeto de Lei nº 4120/2020 que pretende disciplinar o uso de algoritmos pelas plataformas digitais na internet, assegurando transparência no uso das ferramentas computacionais que possam induzir a tomada de decisão ou atuar sobre as preferências dos usuários (BRASIL, 2020b), bem como, o Projeto de Lei nº 872/2021 que pretende dispor sobre os marcos éticos e as diretrizes que fundamentam o desenvolvimento e o uso da Inteligência Artificial no Brasil (BRASIL, 2021).

Verifica-se também a consulta pública da estratégia brasileira de IA, lançada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), com o objetivo de “colher subsídios para a construção de uma Estratégia Nacional de Inteligência Artificial que permita potencializar os benefícios da IA para o país, mitigando eventuais impactos negativos”, que ficou disponível no portal participa.br entre os dias 12 de dezembro de 2019 até 02 de março de 2020 (MCTIC, 2021).

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também demonstrou grande preocupação com a ausência de regulamentação sobre o uso da inteligência artificial, especialmente após o lançamento de ferramentas tecnológicas desenvolvidas para a prestação de serviços jurídicos por robôs – o que pode caracterizar “publicidade irregular, infração ética, venda de serviços jurídicos por não-advogados e violação ao código de defesa do consumidor por meio da negociação de direitos de clientes lesados em processos” (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2019).

Também existem críticas no sentido de o emprego excessivo de inteligência artificial acarretar na mitigação do *ius postulandi* dos advogados, ferindo o artigo 133 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) – uma vez que alguns programas são capazes de redigir peças processuais de forma autônoma, restando ao advogado tão somente a sua assinatura (NUNES *et al.*, 2018).

Sendo assim, embora a automação da advocacia e o emprego de inteligência artificial em outros campos de atuação jurídica sejam uma realidade inevitável, é importante que a matéria seja devidamente regulamentada, para que sejam estabelecidos os seus limites, delimitados os seus riscos e adotadas as devidas medidas para a proteção da desigualdade, da privacidade, dos dados e de quaisquer outros danos à dignidade da pessoa humana.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da tecnologia de forma tão acelerada como se pôde verificar nas últimas décadas, revolucionou todas as relações humanas, levando a sociedade contemporânea para uma zona de transformação ainda nebulosa, capaz de causar tanto receio quanto esperança.

Por isso, não se podem ignorar as vantagens oferecidas por essas ferramentas em todas as áreas de atuação jurídica, sendo capazes de reduzir drasticamente as filas de processos para julgamento nos tribunais e de otimizar sobremaneira o trabalho dos escritórios de advocacia, diminuindo, em ambos os casos, atividades burocráticas e de litigância em massa para garantir maior dedicação às causas jurídicas complexas.

A utilização de tecnologias avançadas, portanto, auxilia na efetivação dos princípios da celeridade e eficiência, com grande importância para a devida prestação jurisdicional. Os dados recolhidos a respeito da aplicação dessas tecnologias no Poder Judiciário ou na advocacia demonstram resultados impressionantes de aumento de produtividade e eficiência, além de comprovar significativas reduções nos custos, beneficiando, assim, não apenas os profissionais envolvidos, mas também – e principalmente – as partes processuais, que podem contar com processos mais céleres e menos onerosos.

Dessa forma, a utilização da inteligência artificial não pode ser desassociada da boa e justa prestação jurisdicional, com vistas à solução dos litígios e demandas sociais. Não é possível, portanto, que seja aplicada para mera conveniência dos sujeitos responsáveis pelo andamento do processo, transformando-se em instrumento que afasta ou prejudica o bom exercício das atividades jurídicas.

Em resposta ao problema apresentado, conclui-se ser indispensável, portanto, a regulamentação da inteligência artificial no Brasil, devendo haver a delimitação de seus campos, limites e formas de aplicação, a fim de evitar que se torne mais um instrumento de efetivação da desigualdade social ou de afastamento do acesso à justiça.

As tarefas dos operadores do Direito são complexas, de forma que se faz necessário encontrar meios de se proteger a segurança e privacidade dos jurisdicionados, e permitir que as atividades levadas a efeito pela inteligência artificial nessa seara sejam passíveis de fiscalização pelos sujeitos processuais.

O maior desafio para o Estado é acompanhar os avanços tecnológicos, aprimorando a legislação para acompanhar o fenômeno irrefreável do desenvolvimento da inteligência artificial, balizada pelo interesse público e das partes, funcionando como instrumento para otimizar a prestação jurisdicional – e não apenas para satisfazer a busca por celeridade.

Relevante também é o preparo das atuais e futuras gerações de profissionais da área jurídica, para a compreensão e correta aplicação da inteligência artificial em seus campos de atuação. Afinal, o mercado tecnológico está em constante mudança e permanente ampliação, e os juristas deverão estar alinhados com as novas formas de exercício das funções jurídicas no país, não sucumbindo a padrões ultrapassados do Direito.

## REFERÊNCIAS

ÁLVARES MUNÁRRIZ, Luiz. *Fundamentos de inteligência artificial*. Secretariado de Publicaciones, Universidade de Murcia, 1994.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. *Jurimetria e inteligência artificial*. São Paulo, 27 ago. 2019. Disponível em: <https://abj.org.br/jurimetria-e-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. *Justiça criminal, impunidade e prescrição*. São Paulo. Disponível em: <https://abj.org.br/cases/justica-criminal-impunidade-e-prescricao/>. Acesso em: 28 fev. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. *Radar de lawtechs e legaltechs*. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/radar-dinamico-lawtechs-e-legaltechs/>. Acesso em: 11 de abr. 2021.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do Judiciário*. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

BAETA, Zínia. Tribunais investem em robôs para reduzir volume de ações. In: VALOR Econômico, 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/tribunais-investem-em-robos-para-reduzir-volume-de-aco-es.ghtml>. Acesso em: 1 mar. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 mar. 2020.



BRASIL. *Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm). Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL. *Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015*. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL. *Estudo do veto nº 24/2019*. 2019a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7977991&ts=1576843885286&disposition=inline>. Acesso em: 2 mar. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 21, de 2020*. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. 2020a. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL+21/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL+21/2020). Acesso em: 2 mar. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4120, de 2020*. Disciplina o uso de algoritmos pelas plataformas digitais na internet, assegurando transparência no uso das ferramentas computacionais que possam induzir a tomada de decisão ou atuar sobre as preferências dos usuários. 2020b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2259721>. Acesso em: 1 abr. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.051, de 2019*. Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil. 2019b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Acesso em: 2 mar. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 872, de 2021*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147434>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial: Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos*. Brasília, 23 out. 2018a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial*. Brasília, 30 ago. 2018b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443&caixaBusca=N>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo apresenta Núcleo de Repercussão Geral da Corte para tribunais*. Brasília, 8 out. 2018c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=392154&caixaBusca=N>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL tem um advogado para cada 190 habitantes. In: MIGALHAS, 2019c. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/312946/brasil-tem-um-advogado-para-cada-190-habitantes>. Acesso em: 1 mar. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Centro de Inteligência da Justiça Federal*. Brasília. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa>. Acesso em: 29 fev. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 29 fev. 2020.

FINCH SOLUÇÕES. *Case 1 – Automação*. Disponível em: [http://www.finchsolucoes.com.br/pt\\_br/case-1](http://www.finchsolucoes.com.br/pt_br/case-1). Acesso em: 2 mar. 2020a.

FINCH SOLUÇÕES. *Case 4 – Jurimetria*. Disponível em: [http://www.finchsolucoes.com.br/pt\\_br/case-4](http://www.finchsolucoes.com.br/pt_br/case-4). Acesso em: 2 mar. 2020b.

FINCH SOLUTIONS. *The Practice*, Cambridge, v. 1, n. 2, jan/fev 2015.

FUX, Luiz. *Palestra: inteligência artificial*. *Revista Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-fux-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

ESPECIALISTAS pedem regulamentação da inteligência artificial para evitar desigualdades. In: ISTO É DINHEIRO, 2019. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/especialistas-pedem-regulamentacao-da-inteligencia-artificial-para-evitar-desigualdades/>. Acesso em: 2 mar. 2020.

JBM ADVOGADOS. *Quem somos*. São Paulo. Disponível em: [http://www.jbmlaw.com.br/themes/jbm/images/site7so\\_texto\\_port\\_v2m.jpg](http://www.jbmlaw.com.br/themes/jbm/images/site7so_texto_port_v2m.jpg). Acesso em: 2 mar. 2020.

LEHR, David; OHM, Paul. Playing with the data: what legal scholars should learn about machine learning. *UC Davis Law Review*, Davis, v. 51, p. 653-717, 2017.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inteligência artificial e direito: o uso da tecnologia na gestão do processo no sistema brasileiro de precedentes. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo, v. 03/2019, abr/jun 2019.

MARTINS, Luciano. Automação Jurídica: O futuro do mercado do Direito. In: MIGALHAS, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/271615/automacao-juridica-o-futuro-do-mercado-do-direito>. Acesso em: 2 mar. 2020.

MCTIC, M. da C. T., Inovações e Comunicações. *Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial do Ministério da Ciência Tecnologia, Inovações e Comunicações*. 2021. Disponível em: <http://www.participa.br/estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificial/estrategia-brasileira-de-inteligencia-artificialgovernanca-de-ia>. Acesso em: 11 abr. 2021.

NUNES, Dierle; RUBINGER, Paula Caetano; MARQUES, Ana Luiza. Os perigos do uso da inteligência artificial na advocacia. In: *CONSULTOR jurídico*, 2018. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/opinio-perigos-uso-inteligencia-artificial-advocacia#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/opinio-perigos-uso-inteligencia-artificial-advocacia#_ftn1). Acesso em: 2 mar. 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB investigará ação predatória de startups especializadas em oferecer serviços jurídicos*. 27 nov. 2019. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/57775/oab-investigara-acao-predatoria-de-startups-especializadas-em-oferecer-servicos-juridicos?argumentoPesquisa=intelig%C3%Aancia%20artificial>. Acesso em: 2 mar. 2020.

RAVAGNANI, Giovani. Automação da advocacia, gestão de contencioso de massa e a atuação estratégica do grande litigante. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256/2017, mar. 2017a.

RAVAGNANI, Giovani. Chegou a hora de repensar o judiciário: a força da tecnologia no direito. In: MIGALHAS, 2017b. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/264827/chegou-a-hora-de-repensar-o-judiciario-a-forca-da-tecnologia-no-direito>. Acesso em: 28 fev. 2020.

ROCHA, Gustavo. O uso da Inteligência Artificial no Brasil. In: ESPAÇO vital, 2019. Disponível em: <https://www.espacovital.com.br/publicacao-37306-o-uso-da-inteligencia-artificial-no-brasil>. Acesso em: 2 mar. 2020.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Julgamento virtual*. Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/hotsites/balanco-180-dias/julgamento-virtual.htm#.Xlu9ixNKiu4>. Acesso em: 1 mar. 2020.

WITKER, Jorge. *Como Elaborar una Tesis en Derecho: pautas metodologicas y tecnicas para el estudiante o investigador del Derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 25/05/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 25/05/2020
- Avaliação 1: 14/07/2020
- Avaliação 2: 24/01/2021
- Decisão editorial preliminar: 14/03/2021
- Retorno rodada de correções: 12/04/2021
- Decisão editorial/aprovado: 25/04/2021

#### Equipe editorial envolvida

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

# INTERDISCIPLINARIDADE E OS PROCESSOS DE FORMAÇÃO DO ADVOGADO

INTERDISCIPLINARITY AND LAWYER  
TRAINING PROCESSES

FREDERICO CORDEIRO MARTINS<sup>1</sup>

SERGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS<sup>2</sup>

MARTA MACEDO KERR PINHEIRO<sup>3</sup>

## RESUMO

O artigo apresenta abordagem conceitual da interdisciplinaridade na ciência da informação se sua possibilidade de construção entre os domínios científicos do direito, da informação e do conhecimento, considerando um novo paradigma profissional da advocacia baseado na revolução digital. Questiona-se: como a interdis-

- 1 Doutorando pela Universidade FUMEC. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas (2003) e mestrado pelo Centro Universitário UNA (2011). Atuou como advogado criminalista entre 2004 e 2006 e retornando à advocacia criminal em 2012. Assessor Judiciário nos Gabinetes da 1ª e 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais entre 2006 a 2011. É editor, avaliador e revisor do periódico Ciências Gerenciais em Foco da UEMG - Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Cláudio. Atualmente é professor na UEMG - Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Abaeté. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2602-249X>.
- 2 Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Editor Chefe da Revista Jurídica Meritum FUMEC. 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). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). 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). Coordenador dos GRUPOS DE PESQUISA, com registro no CNPq e certificados pela Comissão de Pesquisa e iniciação Científica (CoPIC) da instituição, vinculados ao PPGD da Universidade FUMEC: 1- GEPRO - GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO PROCESSUAL; 2- DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E(M) CRISE DE EFETIVIDADE: ANÁLISE DE INSTITUTOS DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO, ambos integrantes da REDE AVANÇADA DE PESQUISAS EM DIREITO. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (1998). Associado fundador 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). Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais (SEER IBICT / QUALIS CAPES). Participação ativa em Congressos Nacionais e Internacionais. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7198-4567>.
- 3 Pós-doutorado em Ciência da Informação e da Comunicação pela Universidade Paul Sabatier/IUT/Toulouse III (2008). Doutorado em Ciência da Informação - IBICT/CNPq-ECO-UFRJ (2001) com Doutorado Sanduíche em Sociologie pelo Centre d'Études des Mouvements Sociaux (1999). Mestrado em Ciência da Informação pela Universidade Federal de Minas Gerais (1993). Graduação em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais (1974). Professora e pesquisadora permanente da Universidade FUMEC em cursos de graduação e pós-graduação Stricto Sensu do Programa de Pós-Graduação em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento e Professora Colaboradora do Programa de pós-Graduação em Gestão e Organização do Conhecimento da Universidade Federal de Minas Gerais. Participa de acordo Internacional de Cooperação Acadêmica com a Universidade Lille III na França e membro da rede Franco-Brasileira de pesquisadores em Mediações e Usos Sociais de Saberes e Informação-MUSSI. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5592-3396>.

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

MARTINS, Frederico Cordeiro; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoni; PINHEIRO, Marta Macedo Kerr Interdisciplinaridade e os processos de formação do advogado. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 164-176, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8482>.

ciplinaridade entre o direito e as tecnologias de informação e comunicação (TICs) pode contribuir para esse processo de formação do “novo” advogado? Busca-se realizar revisão conceitual da interdisciplinaridade e sua importância para a ciência da informação, além dos aspectos relativos à formação do advogado sob uma perspectiva interdisciplinar com as áreas de conhecimento que circunscrevem as TIC. Optou-se pela pesquisa de natureza aplicada, contemplando intervenção em certa realidade social, com abordagem qualitativa, de objetivo exploratório, cujo método é o indutivo, pois a conclusão geral tem como base um conjunto de observações particulares a partir da literatura. O desenvolvimento do artigo colabora para a compreensão da necessidade do Direito participar de estudos interdisciplinares, sobretudo com as tecnologias que nasceram interdisciplinares assim como a ciência da informação.

**Palavras-chave:** interdisciplinaridade; ciência da informação; direito; advocacia.

## ABSTRACT

*This article presents a conceptual approach to interdisciplinarity in information science and its possibility of construction between the scientific domains of law, information and knowledge, considering a new professional paradigm of advocacy based on the digital revolution. The question is: How can interdisciplinarity between law and information and communication technologies (ICTs) contribute to this process of training the “new” lawyer? We seek to carry out a conceptual review of interdisciplinarity and its importance for information science, in addition to aspects related to the training of lawyers from an interdisciplinary perspective with the areas of knowledge that circumscribe ICT. We opted for applied research, contemplating intervention in a certain social reality, with a qualitative approach, with an exploratory objective, whose method is inductive, since the general conclusion is based on a set of particular observations from the literature. The development of the article contributes to the understanding of the need for Law to participate in interdisciplinary studies, especially with technologies that were born interdisciplinary as well as information science.*

**Keywords:** interdisciplinarity; information science; right; advocacy.

## 1. INTRODUÇÃO

As sociedades sempre se pautaram pela busca de um conhecimento mais abrangente a partir de uma visão do todo interdisciplinar, especialmente em razão do atendimento de necessidades que não se satisfazem ou se explicam em uma única ciência, pois o ser humano, a sociedade e a natureza são constituídos por diferentes elementos (SOMMERMAN, 2005). Pela interdisciplinaridade é possível envolver múltiplos saberes que se aprimoram individualmente e contribuem para um cenário único (COIMBRA, 2000), dialogando entre si para solucionar problemas.

Isso porque, o mundo vive, atualmente, uma profusão de elementos complexos, e esta reforça a busca da unificação (ou reunificação) dos saberes para o desenvolvimento das pedagogias ativas e globalizadoras (SOMMERMAN, 2005), aptas a enfrentar os problemas de maneira analítica, sintética, alinhadas a um todo coordenado e coerente (BERNSTEIN, 2014).

O direito e seus profissionais sempre foi muito dependente de outras áreas do conhecimento, mas tem se tornado cada vez mais interdisciplinar, uma vez que, intencionalmente, há o estabelecimento de vínculos para alcançar o conhecimento necessário ao seu propósito principal que é a mediação ou solução das lides. A emergência do momento aponta para a necessidade de se “associar” ao elemento tecnológico para ganhar novos mercados, conquistar clientes e demandas que se relacionam com os interesses contemporâneos das pessoas,

o que traz à tona a presença da interdisciplinaridade para a construção de uma perspectiva mais abrangente.

A advocacia é considerada uma das profissões mais antiga da humanidade e sempre conquistou o protagonismo na história das sociedades modernas e democráticas. De acordo com Neves (2018), os advogados salvaram o mundo protegendo o homem de seu maior inimigo (os próprios homens) por meio do estabelecimento de regras que permitiram o convívio social, desenvolvimento de meios para a solução de conflitos, conceberam valores fundamentais e os incorporaram ao conceito de Estado.

Contudo, o que representa o advogado nos dias atuais? Como a sociedade contemporânea, com perfil fluído, dinâmico, tecnológico e integrado, reputa esse antigo profissional?

Acredita-se que estas indagações projetam o advogado no cerne de uma discussão apresentada pelo escritor escocês Richard Susskind nos livros *The future of law* (1998), *The end of lawyers? rethinking the nature of legal services* (2008) e *Tomorrow's Lawyers* (2017) uma nova perspectiva para a área jurídica, chegando inclusive a fazer apontamentos a respeito da extinção da profissão.

Tais questionamentos também emergem a partir do livro *Modernidade líquida*, de Bauman (1999), e coadunam com os argumentos contidos na obra *Quarta revolução industrial*, Schwab (2019), revelando um quadro de incertezas quanto ao futuro da advocacia e, nele, assoma a premência de questionar se ou como esta profissão pode ser inovadora e disruptiva (CHRISTENSEN, 2012).

Assim, entende-se que os operadores do Direito devem exercer as suas atividades se apropriando cada vez mais dos elementos tecnológicos que surgem para fomentar a criação ou consolidação da *advocacia digital*, conhecida, até o momento, como *advocacia 4.0* (MALDONADO *et al.*, 2019) ou *advocacia do amanhã* (FEIGELSON *et al.*, 2019).

Portanto, o presente artigo tem por objetivo propor uma discussão teórica sobre a interdisciplinaridade e como ela pode ser construída entre os domínios científicos do direito, da informação e do conhecimento para contribuir com o processo de formação do advogado.

Para a realização do presente artigo optou-se pela pesquisa de natureza aplicada contemplando intervenção em certa realidade social. A abordagem utilizada foi qualitativa, exploratória, teórica, viabilizada por meio de revisão narrativa de literatura para que forneça uma base teórica para estudo empírico futuro de investigação de diversos perfis de advogados, desenvolvedores, usuários, docentes, com atuação no âmbito público e privado, quanto às influências das TIC no exercício profissional e seus respectivos processos de formação com o intuito de demonstrar a necessidade de aproximação das ciências da informação e direito.

Além disso, a presente revisão narrativa tem por base fundamentar o problema pesquisado e contribuir com algo novo para o conhecimento acumulado (PARÉ, 2015). O método é indutivo, pois a conclusão geral tem como base um conjunto de observações particulares a partir da literatura (CRESWELL, 2007).

Neste sentido, esclarece-se que, para elaboração da pesquisa ora relatada, além da literatura clássica, foram mapeados artigos publicados em periódicos, levantados por procedimentos de busca estruturada no Portal de Periódicos da Capes, nas bases *Academic Search*



*Premier e Business Source Elite* (ambas disponibilizadas pela *Ebsco*), *ScientificElectronic Library Online* (SciELO) e *Research Gate*.

A averiguação, nos referidos indexadores, ocorreu a partir das palavras-chave *interdisciplinaridade, ciência da informação, direito e advocacia*, combinadas com emprego de operadores lógicos, nos campos *título* e *assunto*. Foram excluídos, do produto, as dissertações, teses, textos duplicados, vídeos, imagens ou artigos que, após a leitura dos resumos, não apresentaram conceitos que se relacionem à temática desta investigação.

Não houve delimitação temporal, mas selecionou-se apenas ensaios em português, inglês e espanhol, bem como aqueles cujos textos completos estivessem disponíveis. A pesquisa possibilitou, também, estabelecer uma base conceitual necessária para compreensão das teorias da interdisciplinaridade e suas relações com os processos de formação do advogado.

Os resultados encontrados apontam que ainda são incipientes os estudos específicos do tema e em especial sua conjugação, revelando o caráter inovador e singular da pesquisa, configurando-se ainda como um chamamento para estudos futuros.

Ressalta-se que este escrito é parte de um estudo mais amplo em uma tese que visa o aprofundamento da temática, enquanto os resultados e possíveis debates, decorrentes da atual revisão narrativa de literatura, encontram-se dispostos na seção seguinte.

## 2. UMA REVISÃO CONCEITUAL DA INTERDISCIPLINARIDADE E A RELEVÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA A SOCIEDADE

As pesquisas realizadas durante a elaboração deste artigo permitiram evidenciar a importância da interdisciplinaridade face às deficiências do conhecimento endêmico. Também revelaram o contexto polissêmico da interdisciplinaridade e a complexidade de suas definições.

Sobre o primeiro aspecto, Bernstein (2014), com base no estudo da epistemologia social proposta por Shera na década de 1950, destaca a disciplinaridade como um problema, tendo em vista sua inaptidão para enfrentamento de questões que surgem em um horizonte mais amplo, pois o sucesso de cada uma das disciplinas depende daquilo que é pertinente apenas a elas mesmas e sua própria essência. Ainda, de acordo com o autor, Shera teria proposto a ciência interdisciplinar do conhecimento em razão da insatisfação com o modelo de divisão da pesquisa em unidades disciplinares.

Interessante notar que Bernstein (2014) aponta a especialização disciplinar como uma identidade institucional ou endereço departamental, onde o profissional se identifica e se realiza, sendo que seu sucesso depende de objetivos e valores definidos apenas na própria disciplina. Ainda, em relação ao mesmo autor, é possível identificar a menção crítica de outro autor, Donald T. Campbell (1969), onde sustenta que a disciplinaridade apresenta diversas redundâncias em especialidades com grande semelhança e diversas lacunas do ponto de vista interdisciplinar.



Em Sommerman (2005) vimos um esboço histórico concernente à fragmentação do saber, com menção à epistemologia tradicional no século XII, a racionalista no século XVII e a empirista no século XIX. Também, verificamos que o autor aponta o surgimento em meados do século XX de propostas para compensar a hiperespecialização disciplinar a partir da cooperação para solucionar problemas causados pelo desenvolvimento tecnológico e pela falta de diálogo entre as disciplinas. Sobre essas propostas, cita autores como Coimbra (2000), Zabala (2002), Silva (2002), UNESCO (1983), Japiassu (1991), Leff (2000), Gunsdorf (2000), cada qual com definições próprias sobre inter, multi, pluri e transdisciplinaridade.

A busca por respostas para questões teóricas, práticas e mudanças paradigmáticas da sociedade tem justificado o uso do conhecimento interdisciplinar em razão das possibilidades que ele apresenta de enfrentamento dos problemas da humanidade (Coimbra, 2000). De maneira bastante interessante, o mesmo autor usa o planeta terra para exemplificar a ideia de preocupação com o todo, a descoberta de um elemento comum e aglutinante entre as partes e a importância indiscutível da interdisciplinaridade como instrumento de reformulação do conhecimento.

Quanto a polissemia da interdisciplinaridade, Leis (2011) destaca que não há uma definição única para tal conceito, pois ela surgirá sempre que houver uma experiência interdisciplinar em algum campo do conhecimento, não se esgotando, portanto em si mesma. De fato, nos artigos pesquisados não se encontra uma unicidade conceitual, mas apenas a ideia que a interdisciplinaridade contribui para a construção de um conhecimento totalmente novo e abrangente a partir de vínculos e nexos convergentes entre disciplinas (COIMBRA, 2000; SOMMERMAN, 2005)

A interdisciplinaridade permite o surgimento de novos corpos disciplinares não apenas pela existência de interações entre as disciplinas, mas, também pelo estabelecimento de trocas e transferências entre elas (ZABALA, 2002), fazendo surgir desde uma simples interação até uma integração completa de conceitos, terminologia, procedimentos e dados (JAPIASSU, 1991) ou cooperação para elevação a um nível superior do conhecimento (SILVA, 2002).

É preciso ter cuidado, no entanto, para a advertência provocada por alguns autores, como Leff (2011), quanto ao uso indiscriminado do termo interdisciplinaridade, em toda e qualquer espécie de relação que possa haver entre saberes e que envolvam diferentes disciplinas, sem a presença do elemento unificador complexo. Para o autor, “a interdisciplinaridade é uma chamada para a complexidade” (LEFF, 2011, p. 319). “A interdisciplinaridade constrói uma visão de mundo, e não apenas um artefato” (PHILIPPI JR; SILVA NETO, 2011, p. 315).

Destacado por Estrada (2009, p. 88), o entendimento do universo é visualizado no interior de sistemas de ordem e desordem e inserido em redes de interação e organização formadoras de uma matriz tetragramática na qual um dos termos age e retroage sobre os outros, devendo ser igualmente “ [...] probabilística, flexível, dialógica, generativa, sinfônica, aberta às lógicas já conhecidas ou que se venham a conhecer, numa perspectiva de organização e reorganização permanentes” (MORIN, 2000, p. 157).

Para Morin (2005) a teoria da complexidade contempla o pensamento simples e não se opõe a ele. O pensamento simples, em sua vã tentativa de apossar da realidade, é reducionista e parcial devido ao processo de simplificação que divide a realidade em partes que eliminam a contradição. Para o autor é preciso abandonar os antigos limites disciplinares tendo em vista o momento de extrema riqueza e profusão de conhecimentos que vivemos e podemos experimentar em completude.

Coerentemente, Santos *et al.* (2012) argumentam que a complexidade proposta por Morin apresenta uma nova lógica que se opõe à visão polarizada e excludente entre princípios distintos “defendendo em seu lugar a necessidade de modelos híbridos e complementares, considerando-se que a realidade é multifacetada, constituída por uma infinidade de nuances que não podem ser reduzidas ou aniquiladas, mas respeitadas como inerentes à realidade social em que vivemos”. (SANTOS *et al.*, 2012, p. 4)

Para Leite, Bornia e Coelho (2004) o conceito complexidade pode ser encontrado em vários campos, desde os naturais, representados pelos sistemas biológicos, físicos e químicos aos artificiais, tais como sistemas computacionais e estruturas organizacionais. O termo complexidade, para os autores, é oriundo de uma expressão que significa “traçados juntos”. Para eles, *plic* (dobrar) e *plex* (traçado) vêm da mesma raiz indo-européia *plek*. Assim, a palavra original *complexus* significa “entrelaçado”, “torcido junto”. (LEITE; BORNIA; COELHO, 2004)

De acordo com Segatto, Terra e Martinelli (2016) em uma sociedade complexa em que o conhecimento fragmentado e reducionista deve ser superado, uma vez que a realidade é deturpada quando é reduzida ao olhar de apenas uma disciplina, sendo essa abordagem insuficiente para lidar com as demandas atuais. A abordagem reducionista é incapaz de lidar com a totalidade dos desafios hodiernos, pois limita as possibilidades de compreensão e reflexão. Tem-se que o paradigma cartesiano-newtoniano possivelmente alcançou seus limites de efetividade diante da dinâmica e incerteza do mundo, onde a superação não pode vir de uma só disciplina.

Mello *et al.* (2009), ao abordarem a competência informacional e a teoria da complexidade (TC), consideram que a TC ratifica a relevância dos diversos tipos de conhecimento, seja filosófico, artístico ou oriundo do senso comum. O pensamento simplificador clássico se provou limitado, pois, ao desmembrar um conhecimento, afasta a conexão entre o pensamento e uma reflexão mais geral e complexa. A complexidade, em seu turno, contribui para que o conhecimento seja construído a partir de múltiplos olhares e estimula o respeito de outras formas de saberes de diferentes perspectivas. A teoria da complexidade contribui para a realização de pesquisas verdadeiramente interdisciplinares (SOMMERMAN, 2005).

A discussão que se segue leva em conta o papel do advogado na sociedade, sua formação e a capacidade de promover ações que estejam em conformidade com os avanços tecnológicos, que acabam por gerar contextos que exigem a unificação de certos saberes. É sustentada pelas teorias mencionadas, que colocam em evidência a importância da interdisciplinaridade com elemento capaz de solucionar problemas complexos.

### 3. A FORMAÇÃO DO ADVOGADO: DIREITO E CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO EM PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR

Os processos de globalização econômica e as dinâmicas de transformação do capitalismo nos últimos 20 anos levaram a advocacia, especialmente nos EUA, a uma aproximação da profissão ao “mundo dos negócios” (ABEL, 1989; DEZALAY E SUGARMAN, 1995; KARPIK, 1995), como resposta às novas necessidades do mercado, fazendo surgir novas competências jurídicas especializadas, numa clara demonstração da exigência do elemento interdisciplinar na formação desses profissionais, para que tenham aptidões necessárias para implementação de soluções jurídicas de alcance global, com mobilidade e conectividade.

Neste cenário, enxergamos uma nova definição do papel social do direito (GHIRARDI, 2014) e, principalmente do trabalho do advogado que sempre foi pautado pela especialização, individualidade e conhecimentos tácitos, apoiados exclusivamente nas tradicionais fontes do direito - lei, doutrina e jurisprudência, para o seu exercício.

É igualmente relevante a constatação de que as profissões jurídicas, até então consideradas apenas em contextos nacionais, têm se despontados novos cenários, diante de um mercado global que envolve pessoas, ideias e soluções para problemas sociais, a partir de uma crescente variedade de doutrinas transnacionais (GARTH, 2014).

Para Jiménez e Quintana (2017) os aparatos tecnológicos, as TIC com seus novos aplicativos e dispositivos móveis, requerem uma atenção não apenas daqueles que exercem atividades advocatícias, mas principalmente das instituições de ensino e dos pesquisadores da área. Em um artigo que aborda a adoção de metodologias de ensino jurídico com uso de tecnologias da informação, Marcado (2016) defende que os docentes devem promover aulas que permitam, ao estudante de Direito, atualizar-se “em termos de conhecimento, informações e desenvolvimento de habilidades que os atuais padrões convencionais não oportunizam”. (MARCADO, 2016, p. 294). É preciso, argumentam os autores, atentar-se para a inércia que pode ser típica em uma profissão reconhecida por zelar pelas normas, regulamentos e práticas arcaicas, mas não pode inviabilizar a obtenção de benefícios oriundos dos avanços tecnológicos.

A formação do advogado, para Costa (2014) transcende os limites da graduação em direito. Ele argumenta que uma especialização interdisciplinar é, para a advocacia contemporânea, cogente. Alerta também, o ensaísta, que as instituições de vanguarda já têm exibido disciplinas voltadas para o aperfeiçoamento tecnológico na graduação dos futuros operadores do Direito. Assegura também que as inovações, como a estruturação de dados, agilizam o trabalho e conferem mais precisão às estratégias dos advogados, outorgando “um resultado mais confiável, com chances significativamente maiores de convencimento do juízo ou esclarecimento do cliente”. (COSTA, 2014, p. 170)

Compreendemos que o desenvolvimento da advocacia depende de um processo de construção permanente em torno da informação e do conhecimento onde as mudanças acontecem para que haja plena adaptação ao contexto social vivenciado pelas pessoas. O uso de ferramentas tecnológicas cria possibilidades de interação, participação e capacitação da sociedade.

Novos hábitos sociais, implementados pela cada vez mais acelerada inserção de TICs nas vidas das pessoas, coloca para a advocacia o desafio de desenvolvimento de novas habilidades e capacidades dos profissionais advogados que passam do plano disciplinar para o interdisciplinar. Neste sentido, foi possível encontrar diferentes pontos de vista no que diz respeito ao novo enfoque das profissões jurídicas e o ensino do direito, como em: Garth (2014), contextos internacionais de atuação profissional; Ghirardi (2014), mudanças nos modos de produção e as transformações no campo da tecnologia de informação; Jiménez e Quintana (2017), destacando a atenção que instituições de ensino e os pesquisadores devem ter quanto as aplicações tecnológicas na área do direito; Mercado (2016), com a menção de que devem ser adotadas metodologias que privilegiem o ensino jurídico integrado com as tecnologias da informação; Costa (2014), que assevera transcendência dos limites da graduação em direito mediante o aperfeiçoamento tecnológico na graduação dos futuros operadores do Direito; Silva, *et al.* (2018) que ressalta ser a informação fenômeno social que promove a transformação do sujeito; Marín-Díaz, Reche e Maldonado (2013) aduzindo que as habilidades digitais são necessárias ao exercício da profissão jurídica.

Verifica-se, portanto que os levantamentos apresentados apontam ser uma preocupação dos pesquisadores mencionados os modelos de ensino e aprendizado dos cursos de formação para áreas jurídicas.

Destaca-se o momento de mudança na advocacia pelo advento das novas tendências tecnológicas:

É o tempo de conhecer com profundidade o mercado e os negócios de seus clientes e entender as dinâmicas da indústria e do governo nas complexas áreas que se relacionam à tecnologia e à inovação. Nesse ramo específico, a figura do moroso e recorrente advogado do contencioso de massa cede lugar ao dinâmico e criativo advogado que faz uso da informática, da matemática e da comunicação social para identificar padrões, analisar tendências e prever riscos e resultados. (COSTA, 2014, p. 168)

O século XXI apresenta uma profunda transição da economia de produção para um sistema estruturado de produtividade e de crescimento com base no conhecimento e na prestação de serviços por profissionais altamente especializados em suas atividades intelectuais. Uma demanda que induz uma resposta mais rápida e eficiente, carecendo de alocação de recursos da inovação (Castells, 2010).

Neste sentido, a tecnologia permite a substituição do trabalho repetitivo pelo especializado, o conhecimento de novos segmentos e demandas jurídicas, interesses de clientes dentre outros, o que faz com que se inaugure uma nova metodologia e um novo formato de exercício profissional, principalmente a partir da análise de dados, uma prática quem vem sendo observada em diversos setores da economia, que busca antecipar fatos, criar padrões e compor certas realidades, um ecossistema envolvendo um conjunto de “actantes”: “Atores humanos e não humanos, empresas, plataformas, usuários, agências, *data centers*, programas de rastreamento, banco de dados, entre outros dispositivos.”(SILVEIRA, *et al.*, 2017).

Por isso, Costa (2014) conclui que a compressão de códigos e sistemas, mineração, estruturação e categorização de dados, conversão de dados em informações e a gestão do conhecimento ocupam cada vez mais espaço na advocacia, pois a identificação de padrões

e tendências e a possibilidade de previsão coloca o advogado em nível superior de relevância no mercado.

No entanto, este novo cenário exige dos advogados uma ampla gama de competências, entre elas a de lidar com mecanismos tecnológicos (MARÍN-DÍAZ; RECHE; MALDONADO, 2013) o que reflete nos processos de ensino e aprendizagem para facilitar a aquisição das habilidades digitais necessárias ao exercício profissional.

Pela interdisciplinaridade é possível envolver múltiplos saberes que se aprimoram individualmente e contribuem para um cenário único produzindo um conhecimento mais abrangente a partir de uma visão do todo interdisciplinar:

Duas ou mais disciplinas *intencionalmente* estabelecem nexos e vínculos entre si para alcançar um conhecimento mais abrangente, ao mesmo tempo diversificado e unificado.[...] Verifica-se nesses casos, a busca de um entendimento comum (ou simplesmente partilhado) e o envolvimento direto dos interlocutores. (COIMBRA, 2000, p. 58)

Sommerman (2005) destaca que o antagonismo entre a “hiperespecialização” e a busca pela unificação do saber contribuíram para o desenvolvimento da interdisciplinaridade, transferindo métodos entre uma disciplina e outra, ou permitindo que pudessem dialogar entre si para solucionar problemas. Neste sentido, menciona:

Além disso, o aprofundamento de cada disciplina e a aproximação pela hiperespecialização também cooperou para a percepção dos limites de cada disciplina, dos espaços de fronteira entre as disciplinas e da percepção de que qualquer fenômeno humano, social ou natural é composto por diferentes dimensões ou por diferentes níveis. (SOMMERMAN, 2005, p. 7)

O direito e seus profissionais, advogados, juízes, promotores de justiça, sempre foi muito dependente de outras áreas do conhecimento para solução de conflitos, como engenharia, contabilidade, psicologia etc, mas nunca havia se integrado a elas. O mesmo acontecia com as tecnologias de informação e comunicação, mas nesse novo cenário que se descortina, o do advogado global, a resolução de conflitos tem se tornado cada vez mais interdisciplinar, uma vez que, intencionalmente, há o estabelecimento de vínculos para alcançar o conhecimento necessário ao propósito principal da advocacia, que é a mediação ou solução das lides.

O direito sempre se pautou pela hiperespecialização, cujas interações sempre se deram dentro e entre as disciplinas que dizem respeito ao sistema jurídico, seu funcionamento e sua repercussão na sociedade, sem avançar nos espaços fronteiros com outras ciências, cuja emergência do momento aponta para a necessidade de se “associar” ao elemento tecnológico para ganhar novos mercados, e conquistar clientes/demandas que se relacionam com os interesses contemporâneos das pessoas.

Novos modelos, criativos e colaborativos, têm surgido em escritórios de advocacia, como coletivos de advogados, clubes de *compliance*, *startups*, *legaltechsetc*, nomenclaturas que remetem ao interdisciplinar e criam arranjos alternativos para atuação no mercado jurídico, onde se incluem o compartilhamento de dados e conhecimento jurídico, reunião de especialistas para busca de soluções conjuntas, espaços abertos, execução de tarefas jurídicas por profissionais que operam softwares jurídicos, mas que não são advogados, dentre outros.

Tais arranjos, ou modelos, corroboram a afirmação de Santos e Urbina (2002) de que através dos recursos tecnológicos é possível transformar a informação obtida, gerando inovações. Os serviços jurídicos trazem consigo uma abundância de informação, entregues pelos litigantes, vistas em documentos, julgados de casos semelhantes, questões socioeconômicas ou políticas dentre outros, que precisam ser tratadas para que se chegue à solução processual enfrentada. As tecnologias estão associadas às mudanças organizacionais das empresas e suas inovações (DAHLMAN, 1999).

Os sistemas de informação permitem que profissionais da advocacia obtenham um melhor fluxo do conhecimento e, conseqüentemente, uma correta interação entre os componentes que o compõem para que, com esta interação atinjam seus objetivos com segurança e qualidade dos serviços, diminuição de erros, maior precisão, maior produtividade, maior eficiência, redução de custos e ganho em relação ao tempo (STAIR, 2001).

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Coerentemente com seus objetivos, a pesquisa trouxe importantes elementos conceituais sobre a interdisciplinaridade e suas contribuições para os processos de formação dos advogados, tendo em vista as mudanças que as TIC têm provocado na sociedade.

Constatou-se que a interdisciplinaridade se apresenta como elemento teórico fundamental na solução de problemas complexos que demandam a integração de conhecimentos individuais para composição de um todo completo.

Verificou-se que há muito tempo (meados do século XX) se propõe a evolução do plano disciplinar para o interdisciplinar como modelo colaborativo do conhecimento diante das deficiências das abordagens de conhecimento em nível individual. Tal discussão ressurgiu neste século (XXI) na análise dos autores a seguir destacados, que afirmam que as profissões jurídicas precisam avançar em termos de conhecimentos interdisciplinares em seus processos de formação, com destaque especial para a criação de vínculos intencionais entre o direito e a ciência informação, considerando os novos contextos de atuação permeados de elementos tecnológicos.

Neste sentido, o presente artigo colabora para a compreensão da necessidade do Direito participar de estudos interdisciplinares, sobretudo com as tecnologias que nasceram interdisciplinares assim como a ciência da informação.

Considera-se também que são objetos de estudos, observados nesta pesquisa, a maneira como os advogados interagem com os sistemas de informação e comunicação, ferramentas que deveriam ser empregadas para facilitar o trabalho em processos burocráticos e até mesmo os intelectuais, o que nos leva à reflexão sobre os atuais modelos de ensino e a necessidade de inclusão de novas competências na formação desses profissionais.

A ciência jurídica, portanto, não se restringe mais ao estudo de regras, mas, evidencia a presença da interdisciplinaridade para a construção de uma perspectiva mais abrangente,



pois modelos criativos e colaborativos têm surgido em escritórios de advocacia, tais como coletivos de advogados, clubes de *compliance*, *startups*, *legaltech* etc, nomenclaturas que criam arranjos alternativos para atuação no mercado jurídico, onde se incluem o compartilhamento de dados e conhecimento jurídico, reunião de especialistas para busca de soluções conjuntas, espaços abertos, execução de tarefas jurídicas por profissionais que operam softwares jurídicos, mas que não são advogados, dentre outros.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

BERNSTEIN, Jay Hillel. Disciplinarity and transdisciplinarity in the study of knowledge. *Informing Science: the International Journal of an Emerging Transdiscipline*, v.17, p. 241-273, 2014. Disponível em: [http://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=kb\\_pubs](http://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=kb_pubs). Acesso em: 3 mar. 2021.

CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society*. 2. ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2010.

CHRISTENSEN, Clayton M. *O dilema da inovação: quando as tecnologias levam empresas ao fracasso*. São Paulo: M. Books, 2012.

COIMBRA, J. de, et al. Considerações sobre a interdisciplinaridade. In: JR. PHILIPPI, Arlindo; TUCCI, Carlos E. Morelli; HOGAN, Daniel Joseph; NAVEGANTES, Raul (Ed.). *Interdisciplinaridade Em Ciências Ambientais*. São Paulo: Signus, 2000. p. 52-70.

COSTA, Pedro Belchior. Advocacia contemporânea em inovação e tecnologia. In: FORTES, Pedro Rubim Borges (org.). *Cadernos FGV Direito Rio: educação e direito*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. v. 10, p.167-178.

CRESWELL, J. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*.

Porto Alegre, RS: Artmed, 2007.

DAHLMAN, C. O desafio da Revolução do conhecimento para a indústria dos países em desenvolvimento. In: CASTRO, A.B. et al. *O Futuro da Indústria no Brasil e no Mundo: os desafios do século XXI*. Rio de Janeiro: Campus. 1999.

DEZALAY, Yves; SUGARMAN. "Professional competition and the social construction of transnational markets." In: *Professional competition and professional power: lawyers, accountants and the social construction of markets*, edited by Yves Dezalay and David Sugarman. London: Routledge, 1995, p. 1-21.

ESTRADA, A. A. Os fundamentos da teoria da complexidade em Edgar Morin. *Akrópolis Umuarama*, v. 17, n. 2, p. 85-90, abr./jun. 2009. Disponível em: [www.revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/download](http://www.revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/download). Acesso em: 3 mar. 2021.

FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovani. (coord.). *O advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GARTH, Bryant G. As profissões jurídicas<sup>1</sup> no século XXI: globalização, a reforma da educação jurídica, desigualdade e império (Tradução de Tatiana Mesquita e revisão técnica de Izabel Saenger Nuñez). In: *Cadernos FGV DIREITO RIO* Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação GetulioVargas, 2014. p. 17-37. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12656/Cadernos%20FGV%20DIREITO%20RIO%20-%20Vol.%2010.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 mar. 2021.

GHIRARDI, José Garcez. O mercado da advocacia em um mundo em transformação. In: *Cadernos FGV DIREITO RIO*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação GetulioVargas, 2014. p. 70-78. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12656/Cadernos%20FGV%20DIREITO%20RIO%20-%20Vol.%2010.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 mar. 2021.

JAPIASSU, Hilton. *As paixões da ciência*. São Paulo: Letras e Letras, 1991.

- JIMÉNEZ, W. G.; QUINTANA, O. M. Derecho e internet: introducción a un campo emergente para la investigación y práctica jurídicas. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, v. 20, n. 40, p. 43-61, 2017. Disponível em: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere>. Acesso em: 3 mar. 2021.
- LEFF, E. Complexidade, interdisciplinaridade e saber ambiental. *Olhar de professor*, Ponta Grossa, v. 14, n. 2, p. 309-335, 2011. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/olhardeprofessor/article/view/3515/2519>. Acesso em: 3 mar. 2021.
- LEITE, M. S. A.; BORNIA, A. C.; COELHO, C. C. S. R. Os conceitos de dialógica e sistema adaptativo complexo (SAC) aplicados à cadeia de suprimento: uma contribuição da ciência da complexidade. *Revista Pesquisa e Desenvolvimento Engenharia de Produção*, n. 3, p. 27-, out. 2004.
- LEIS, Héctor Ricardo. Especificidades e desafios da interdisciplinaridade nas ciências humanas. In: PHILIPPI JR., Arlindo; SILVA NETO, Antônio J. Interdisciplinaridade em ciência, tecnologia e inovação. Barueri, SP: Manole, 2011.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega; FEIGELSON, Bruno. *Advocacia 4.0*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARCADO, L. P. Leopoldo. Metodologias de ensino com tecnologias da informação e comunicação no ensino jurídico. *Avaliação*, Campinas, v. 21, n. 1, p. 263-299, 2016.
- MARÍN DÍAZ, V.; RECHE URBANO, E.; MALDONADO BEREÁ, G. A. (2013). Ventajas e inconvenientes de la formación online. *Revista Digital De Investigación En Docencia Universitaria*, 7(1), 33-43. <https://doi.org/10.19083/ridu.7.185>.
- MORIN, E. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução por Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- MORIN, E. *A cabeça bem-feita: repensar e reformar, reformar o pensamento*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- NEVES, José Roberto de Castro. *Como os advogados salvaram o mundo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Friburgo, 2018.
- SANTOS, A. A.; URBINA, L. M. S. Inovação da Tecnologia de Informação na Biblioteca do ITA. In: ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO, 22., 2002, Curitiba, PR. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/40934/sistemas-de-informacao-e-inovacao-um-estudo-bi->. Acesso em: 3 mar. 2021.
- SANTOS, J. D. A.; ROSA, A. C.; MELO, A. K. D. O Uso Das Tecnologias Na Educação De Jovens E Adultos: Reflexões Sobre Um Relato De Experiência. *3º simpósio educação e comunicação – infoinclusão: possibilidades de ensinar e aprender*. 17 a 19 de setembro de
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.
- SILVA, Tahis Virginia Gomes da; ROSAS, Maria Nilza Barbosa; LOUREIRO José Mauro Matheus. Lugares e espaços da cidade: artefatos infor-comunicacionais memorialísticos. XIX Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação (XIX ENANCIB). Londrina, 2018. Disponível em: <http://enancib.marilia.unesp.br/index.php/XIXENANCIB/xixenancib/paper/view/1296>. Acesso em: 3 mar. 2021.
- SILVEIRA, S. A. da, et. al. A privacidade e o mercado de dados pessoais. *Pesquisa Brasileira Em Ciência Da Informação e Biblioteconomia*, v. 12, n. 1, p. 217–230, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1981-0695.2017v12n1.34409>. Acesso em: 3 mar. 2021.
- SEGATTO, M.; TERRA, L.; MARTINELLI, D.. Abordagens da teoria da complexidade. *Congresso Brasileiro de Sistemas*, Brasil, out. 2016. Disponível em: <http://www.issbrasil.usp.br/ocs/index.php/cbs/12cbs/paper/view/163>. Data de acesso: 3 mar. 2021.
- SOMMERMAN, A. A inter e a transdisciplinaridade. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO “INTERDISCIPLINARIDADE COMO FORMA DE INCLUSÃO NUMA EDUCAÇÃO MUNDIAL”, 10., 2005, Cachoeira do Sul. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/459891135/interdisciplinaridade>. Acesso em: 3 mar. 2021.
- STAIR, Ralph M. *Princípios de Sistemas de Informação: Uma abordagem gerencial*. 8. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2001. Disponível em: <http://petry.pro.br/engsw/fundamentossi/materiais/LIVRO%20-%20Principios%20SI.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2021.
- SUSSKIND, Richard. *The future of law: facing the challenges of information technology*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- SUSSKIND, Richard. *The end of lawyers?: rethinking the nature of legal services*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- SUSSKIND, Richard. *Tomorrows' s lawyers: an introduction to your future*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 23/04/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 24/04/2021
- Avaliação 1: 14/05/2021
- Avaliação 2: 06/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 06/08/2021
- Retorno rodada de correções: 09/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 19/08/2021

### **Equipe editorial envolvida**

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

# AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO INTELIGENTES: APLICAÇÕES DE APRENDIZADO DE MÁQUINA E SISTEMAS MULTIAGENTES

INTELLIGENT CONCILIATION AND  
MEDIATION HEARING: MACHINE LEARNING  
AND MULTI-AGENT SYSTEMS APPLICATIONS

ISABELA CRISTINA SABO<sup>1</sup>  
AIRES JOSÉ ROVER<sup>2</sup>

## RESUMO

As formas alternativas de solução de conflitos e o uso intensivo de tecnologias integram a agenda do Poder Judiciário brasileiro com o objetivo de reduzir o volume de processos judiciais em trâmite. Nesse contexto, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: a audiência de conciliação e mediação do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 tem apresentado baixo desempenho no alcance de acordos? A hipótese inicial é positiva, razão pela qual possíveis aplicações de Inteligência Artificial (IA), com destaque ao Aprendizado de Máquina (AM), e de Inteligência Artificial Distribuída (IAD), com destaque aos Sistemas Multiagentes (SMA), poderão tornar esse ato processual inteligente e aumentar o seu êxito. Assim, empregando-se o método indutivo, o artigo realiza um estudo de caso envolvendo a observação de audiências realizadas no âmbito do CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) de Maringá - PR, pretendendo apurar de que modo a tecnologia pode auxiliá-las.

**Palavras-chave:** conciliação; mediação; resolução de disputas online; aprendizado de máquina; sistemas multiagentes.

## ABSTRACT

*Alternative dispute resolution and the intensive use of technologies are part of the Brazilian Judiciary's plan to reduce the number of the judicial process in progress. In this context, it presents the research problem: Has the conciliation and mediation hearing of the Civil Procedure Code 2015 been underperforming in making deals? The initial hypothesis is positive. However, applications of Artificial Intelligence, with a focus on Machine Learning, and Distributed Artificial Intelligence, with an emphasis on Multi-Agent Systems, can make this procedural act intelligent and increase its success. Thus, using the inductive method, the article carries out a case study*

- 1 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Membro do Grupo de Pesquisa do CNPq "Governo Eletrônico, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento". ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4246-3997>.
- 2 Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Ajunto II da Universidade Federal de Santa Catarina. Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq "Governo Eletrônico, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento". ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1070-5357>.

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

SABO, Isabela Cristina; ROVER, Aires José. Audiência de conciliação e mediação inteligentes: aplicações de aprendizado de máquina e sistemas multiagentes. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 177-200, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8246>.

*involving the observation of the CEJUSC (Judicial Center for the Resolution of Conflicts and Citizenship) hearings in Maringá - PR, to verify how the technology can help them.*

**Keywords:** conciliation; mediation; online dispute resolution; machine learning; multi-agent systems.

## 1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro tem sido um dos principais focos de debate sobre a implementação de tecnologias inerentes à Inteligência Artificial (IA). Um exemplo é a regulamentação, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020b), sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário brasileiro.

Paralelamente, tem feito parte da agenda do Poder Judiciário brasileiro o incentivo às formas alternativas de solução de conflitos, como é o caso da audiência de conciliação ou de mediação do Código de Processo Civil – CPC de 2015, fase obrigatória do processo judicial, e que inclui a possibilidade de ser realizada pelo meio eletrônico. A conciliação e a mediação, uma vez praticadas via Internet, integram a categoria de resolução de conflitos online (*Online Dispute Resolution* – ODR), termo relevante para buscar e compreender a literatura científica sobre o tema (SABO; ROVER, 2020b).

Nesse contexto, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: a audiência de conciliação e mediação do CPC de 2015 tem apresentado baixo desempenho no alcance de acordos? A hipótese inicial é positiva, razão pela qual o uso de possíveis aplicações de IA, com destaque à subárea de Aprendizado de Máquina (AM), e de IA Distribuída (IAD), com destaque à subárea de Sistemas Multiagentes (SMA), poderão tornar esse ato processual inteligente e aumentar o seu êxito.

Para tanto, traçam-se os seguintes objetivos:

1) No campo teórico, elaborar uma revisão bibliográfica e documental, apresentando os conceitos, características e finalidades dos institutos da conciliação e da mediação, e sua inclusão na audiência do CPC de 2015. A revisão também conterá uma breve exposição sobre IA, AM, IAD e SMA, e sua relação com as gerações de ODR a partir do trabalho de Andrade, Carneiro e Novais (2010), que corresponde ao marco teórico desta pesquisa (seções 2.1, 2.2 e 2.3).

2) No campo empírico, levantar dados obtidos em audiências da Justiça Estadual para demonstrar o seu baixo desempenho e confirmar a hipótese, e também para diagnosticar os principais fatores que prejudicam esse ato processual (seção 3.2). Com isso, será possível apontar as possíveis aplicações de ODR, somadas à IA, AM, IAD e SMA, que poderão auxiliar no êxito da audiência de conciliação e mediação (seção 3.3).

A metodologia empregada no objetivo empírico subdivide-se em: a) método de abordagem, b) procedimento e c) técnica. O método de abordagem da pesquisa consiste no indutivo, no sentido de analisar o problema em um local específico e extrair conhecimento geral sobre o tema. O procedimento adotado é o estudo de caso, que se trata das audiências do CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) de Maringá – PR, e a técnica corresponde à observação livre (não participativa) dos atos com perguntas previamente elaboradas.

A justificativa desta pesquisa também pode ser explanada nesses dois campos (teórico e empírico). No teórico, considera-se a atualidade do tema, e no empírico, a ausência de estudos desse caráter com vistas a embasar as aplicações de IA, especificamente nas soluções alternativas de conflito integradas ao processo judicial. Além disso, as áreas jurídicas a serem favorecidas pela IA estão sendo exploradas a cada dia. Por esse motivo, o artigo poderá auxiliar os operadores do Direito (conciliadores, mediadores e advogados) e de outras áreas do conhecimento, no sentido de que os benefícios da tecnologia sejam devidamente aplicados.

Não se pretende a validação da proposta, dado que para tanto seria necessário perquirir, a fundo, o(s) algoritmo(s) específicos aplicáveis em cada caso examinado, fazendo-se imprescindível propor experimentos com especialistas da área técnica, ir a campo para testá-los na prática forense, obter resultados específicos e discuti-los.

## **2. CONTEXTO E REVISÃO BIBLIOGRÁFICA**

A mediação e a conciliação estão incluídas, dentre outros institutos, na esfera das formas alternativas de gerenciamento e solução de conflitos. Pretende-se, nesta breve revisão, ressaltar esses dois meios que são, muitas vezes, tratados de forma isonômica pelos operadores do Direito, enquanto que ambos foram concebidos para situações distintas de conflito.

### **2.1 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: CONCEITOS, FINALIDADES, CARACTERÍSTICAS, ETAPAS E TIPOS**

Entende-se por mediação a inclusão informal de um terceiro imparcial, neutro (ou seja, sem qualquer poder de decisão), com a finalidade de auxiliar, facilitar e incentivar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. Trata-se de uma negociação facilitada pela intervenção de um terceiro. É um mecanismo, isto é, possui natureza procedimental (CALMON, 2007).

Além de lidar com questões fundamentais do conflito, a mediação também pode estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes, ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos. O mediador poderá alterar a dinâmica social do relacionamento objeto do conflito, influenciando as crenças ou os comportamentos das partes individuais, proporcionando conhecimento ou informação (MOORE, 1998).

A conciliação, por sua vez, deve ser compreendida como um mecanismo que tem por escopo a obtenção da autocomposição, igualmente com o auxílio, incentivo e facilitação por um terceiro imparcial, salientando que a autocomposição é a prevenção ou a solução de conflitos praticada pelas próprias partes envolvidas (CALMON, 2007). Assim, enquanto a conciliação é o meio, a autocomposição é o resultado.



É um mecanismo que supõe a concordância entre interesses conflitantes, e corresponde à harmonia estabelecida entre duas ou mais pessoas com posições dissidentes. Em outras palavras, a intenção de resolver pacificamente o problema que confronta as vontades está presente, ao passo que esse resultado pode ser alcançado dentro ou fora do processo judicial, e antes ou depois de ele ter sido promovido (GOZAÍNI, 1995).

Cotejando-se os conceitos de ambos os institutos, é possível extrair uma distinção inicial: enquanto na mediação o foco é o restabelecimento da comunicação havida entre as partes, isto é, restaurar a relação que existia entre elas, com metodologias próprias para isso, na conciliação o foco é a autocomposição - o acordo, a transação -, com metodologias que permitem a apresentação de opções de propostas, por parte do conciliador e/ou das partes.

A conciliação e a mediação possuem características comuns: a) a economia financeira e de tempo, dado que os conflitos são solucionados de forma menos custosa e em tempo inferior em comparação ao Poder Judiciário; b) a oralidade, ou informalidade, por ser um momento em que as partes, livremente, têm a oportunidade de debater os problemas que lhes envolvem; c) a autonomia das decisões tomadas, que não necessitam ser homologadas pelo Poder Judiciário (salvo em caso de má-fé ou manifesta contrariedade ao Direito); e d) a confidencialidade, salvo por vontade das partes ou se houver um interesse público envolvido (como por exemplo, em caso da ocorrência de um crime) (MORAIS, 1999).

Com relação às fases procedimentais, é possível afirmar que tanto a mediação como a conciliação seguem 4 (quatro) etapas, as quais estão detalhadas no Quadro 1.

Quadro 1 - Etapas da sessão de conciliação e de mediação

	Etapa	Condutas comuns	Condutas específicas
1	Abertura	a. Preparar o ambiente; b. Cumprimentar as partes e se apresentar; c. Explicar o procedimento a ser empregado, seus métodos e técnicas, suas características e vantagens; d. Delimitar qual é sua função enquanto conciliador/mediador e seus limites; e. Esclarecer que a comunicação deve ocorrer de forma organizada e não violenta (sem interrupção).	

2	Esclarecendo o conflito	<ul style="list-style-type: none"> <li>a. Estimular as partes a conversarem sobre o conflito;</li> <li>b. Identificar quais são os reais interesses das partes e separá-los de suas posições<sup>3</sup>.</li> </ul>	<p>Na mediação é adequado:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Realizar sessões individuais com as partes envolvidas (CAUCUS);</li> <li>b. Escutar ativamente, com empatia (<i>rapport</i>);</li> <li>c. Inverter os papéis, colocando uma parte no lugar da outra (espelho);</li> <li>d. Normalizar (afirmar às partes que a situação do conflito é comum e deve ser compreendida como uma oportunidade para melhorar a relação);</li> <li>e. Afagar (resposta positiva a um comportamento produtivo da parte ou do advogado).</li> </ul>
3	Propostas e contra-propostas	<ul style="list-style-type: none"> <li>a. Estimular condutas cooperativas;</li> <li>b. Incentivar que as partes lancem sugestões livres (<i>brainstorming</i>), desde que com ganho mútuo.</li> </ul>	<p>Na conciliação é adequado que o conciliador também crie opções de acordo e apresente às partes.</p>
4	Acordo	<ul style="list-style-type: none"> <li>a. Supervisionar se o acordo não está sendo obtido com pressões;</li> <li>b. Redigir o termo em conjunto com as partes, priorizando a clareza e especificidade, a fim de evitar divergências posteriores;</li> <li>c. Orientar as partes, se possível, a solucionar problemas futuros que são previsíveis.</li> </ul>	

FONTE: Fisher, Ury e Patton (2005), Demarchi (2007), Gonçalves e Goulart (2018), adaptado pelos autores.

3 Exemplifica-se essa diferença com o conflito entre Egito e Israel, quando este último ocupou a península egípcia do Sinai em 1967. Suas posições eram incompatíveis, dado que Israel insistia em conservar parte do Sinai, e o Egito insistia em que cada polegada do Sinai fosse-lhe devolvida. O interesse de Israel residia na segurança, e o de Egito consistia na soberania. Ao final, ambos concordaram num plano que restituiria à soberania egípcia a área ocupada em troca de sua desmilitarização (FISHER; URY; PATTON, 2005).

Ambos os procedimentos podem ocorrer pelas vias extrajudicial e judicial. A mediação, no âmbito extrajudicial, é realizada por um mediador ou câmara privada. As partes podem escolher o mediador e como desejam realizar o procedimento, o qual pode ser iniciado por um simples convite de uma parte à outra, ou mesmo via previsão contratual. Já a mediação judicial é realizada por meio de audiências conduzidas por um mediador indicado, com escolha limitada ao rol dos mediadores cadastrados no respectivo tribunal<sup>4</sup>.

A conciliação extrajudicial é aquela que se desenvolve sem que haja um processo judicial em curso, sendo denominada pré-processual quando sobrevém o processo. Inclusive, o acordo fruto de conciliação entre as partes que é posteriormente levado ao Poder Judiciário para homologação é considerada extrajudicial, pois o procedimento não foi desenvolvido no ambiente judicial. A conciliação judicial, por sua vez, é desenvolvida no ambiente judicial e é concomitante ao processo, sendo realizada por meio de audiências no início e/ou durante o seu trâmite (CALMON, 2007).

A audiência de conciliação ou de mediação (âmbito judicial) será melhor explorada na sequência, com destaque às disposições trazidas pelo CPC de 2015.

## 2.2 A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO CPC DE 2015

O CPC de 2015 homenageia as soluções alternativas de conflito, com destaque à mediação e à conciliação<sup>5</sup>, incentivando a sua realização e incorporando-as na forma de audiência inicial obrigatória. Além disso, a legislação reforça a necessidade de os Tribunais criarem os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos – os CEJUSCS<sup>6</sup>, os quais já estão em funcionamento e podem ser procurados pela sociedade (BRASIL, 2015).

De acordo com o nova dinâmica do CPC de 2015, uma vez preenchidos os requisitos essenciais da petição inicial, e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará a audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência<sup>7</sup>. A audiência não será realizada quando ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse pelo ato. Para tanto, o autor deverá indicar, na petição inicial, o seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência<sup>8</sup>. O prazo de 15 (quinze) dias para oferecimento da contestação inicia-se a partir da data dessa audiência, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição<sup>9</sup>.

O que muda, em relação ao CPC de 1973, é que na dinâmica anterior, uma vez preenchidos os requisitos da petição, o juiz determinava a citação do réu para responder a ação<sup>10</sup>. Após isso, não sendo o caso de extinção do processo ou julgamento antecipado, e versando a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designava a audiência preliminar, a reali-

4 Ver Seção II da Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação).

5 Ver art. 3º, § 3º.

6 Ver art. 165 e seguintes.

7 Ver art. 334, caput.

8 Ver art. 334, §§ 4º e 5º.

9 Ver art. 335, I.

10 Ver art. 285.

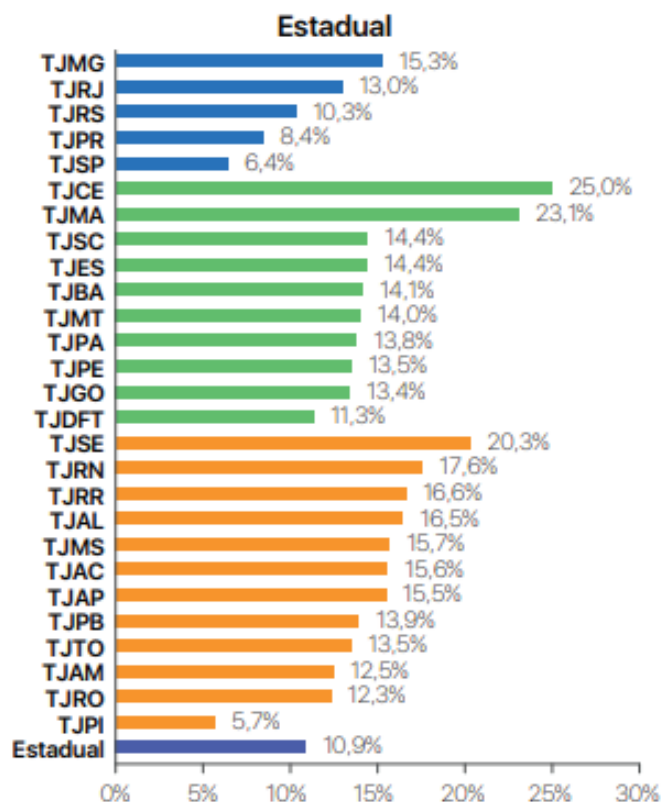
zar-se, também, no prazo de 30 (trinta) dias<sup>11</sup>. Ao juiz também era facultado sanear o processo e ordenar a produção da prova, verificando, pelas as circunstâncias da causa, a improbabilidade de consenso<sup>12</sup> (BRASIL, 1973).

A disposição do art. 334 foi alvo de crítica pela doutrina no sentido de que a imposição da audiência de conciliação e mediação, quando uma das partes manifesta interesse pelo ato, porém a outra manifesta desinteresse, viola o princípio da autonomia da vontade das partes. Em outros termos, seria uma forma de impor a cultura da pacificação social ao invés da cultura da sentença, o que não leva à redução do número de processos (MEDINA, 2015).

Outro ponto refletido é a aplicação de multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa em caso de não comparecimento injustificado de uma das partes<sup>13</sup>. Isso porque desde o início do processo é facultado à parte manifestar seu desinteresse na realização do ato, ao passo que tal punição poderia violar o princípio da autonomia da vontade (CÂMARA, 2016).

Analisando os índices de conciliação nos relatórios do “Justiça em Números” após a vigência do CPC de 2015, percebe-se, no âmbito da Justiça Estadual, uma queda de 0,2% entre os anos base de 2016 e 2017, conforme demonstrado ao final das Figuras 1 e 2. E, entre os anos base de 2017 e 2018, uma queda de 0,3%, conforme demonstrado ao final das Figuras 2 e 3. Há um pequeno aumento no índice em 2019, de 0,9%, conforme demonstrado ao final da Figura 4.

Figura 1 - Índice de conciliação por tribunal estadual em 2016



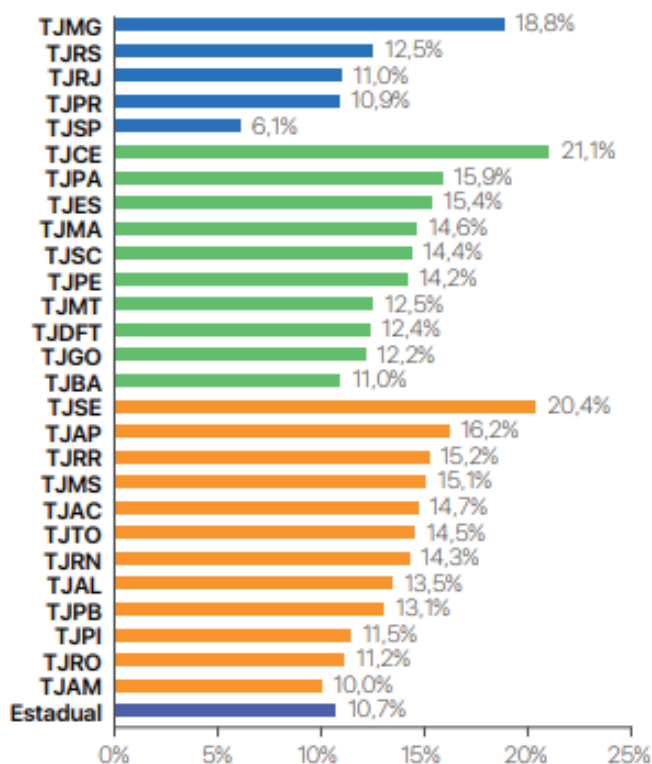
Fonte: CNJ (2017)

11 Ver art. 331, caput.

12 Ver art. 331, § 3º.

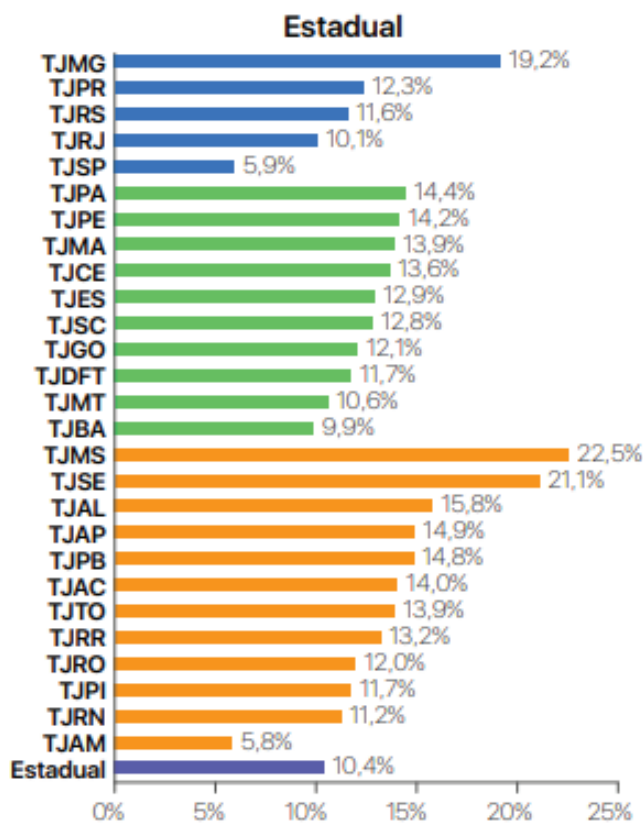
13 Ver art. 334, § 8º.

Figura 2 - Índice de conciliação por tribunal estadual em 2017



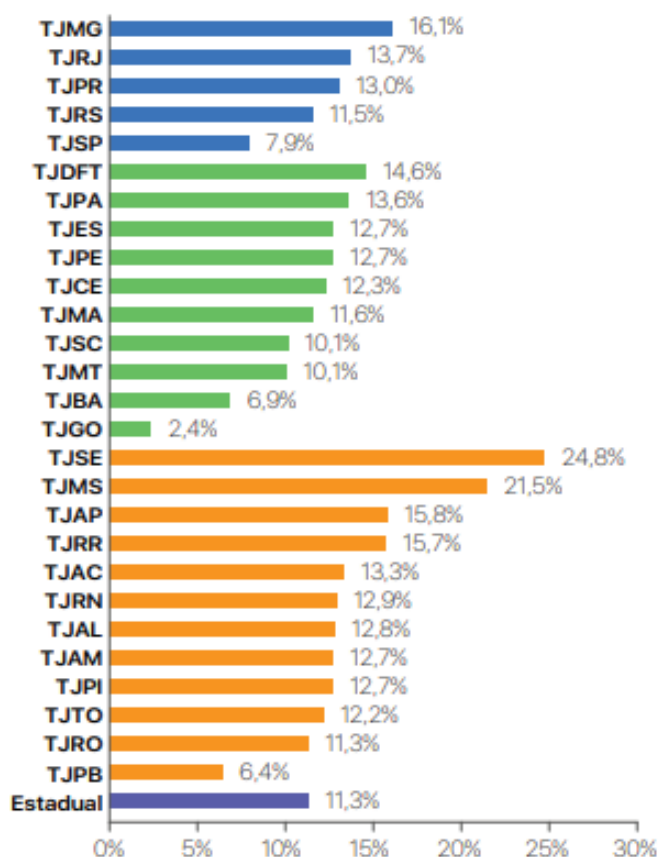
Fonte: CNJ (2018)

Figura 3 - Índice de conciliação por tribunal estadual em 2018



Fonte: CNJ (2019)

Figura 4 - Índice de conciliação por tribunal estadual em 2019



Fonte: CNJ (2020a)

Esse comparativo vai em direção contrária à agenda do “Justiça em Números” de 2017, dada a expectativa de que esses percentuais aumentassem nos próximos relatórios devido à entrada em vigor em março de 2016 do novo CPC, ao prever a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação como etapa obrigatória, anterior à formação da lide, como regra geral para todos os processos cíveis (CNJ, 2017).

Outra disposição inerente à audiência de conciliação e mediação trazida de forma inaugural pelo CPC de 2015 é a possibilidade de sua realização por meio eletrônico. Esse assunto será melhor explorado a seguir.

### 2.3 ODR E AS TÉCNICAS DE AM E SMA

Uma categoria emergente nas formas alternativas de resolução de litígios é a resolução de litígios online, ou simplesmente, “ODR” (do termo em inglês *Online Dispute Resolution*), o que significa dizer que o processo de resolução de determinada disputa é totalmente ou em grande parte conduzido pela Internet, sem a presença de um juiz. O tema é destacado no cenário atual, especialmente na área de comércio eletrônico, razão pela qual se discutem técnicas próprias para a sua realização (WAHAB; KATSH; RAINEY, 2011).



Embora o instituto tenha sido aceito e desenvolvido na resolução de conflitos no âmbito extrajudicial, sobretudo com o surgimento de empresas como o “eBay” e com a popularização dos serviços eletrônicos bancários (como o “PayPal”), no âmbito judicial ainda há certa resistência em se adotar a tecnologia para a resolução de conflitos aliada à mediação e conciliação. Os argumentos nesse sentido dizem respeito à dificuldade de se manejar as emoções presentes na relação conflituosa, o que demanda a interação física dos envolvidos, em especial quando a natureza do conflito envolve disputas interpessoais (como por exemplo, os conflitos familiares). No entanto, isso ainda é algo questionável, dado que em alguns casos a tecnologia se faz necessária. É o caso, por exemplo, quando há uma distância geográfica entre as partes, ou quando há dificuldade de se controlar o temperamento dos envolvidos (MINSKY, 2013). Ou ainda, quando o Planeta é acometido por uma pandemia, como a que se vivencia no momento atual.

O Quadro 2 apresenta as gerações de ODR a partir do trabalho de Andrade, Carneiro e Novais (2010), que corresponde ao marco teórico desta pesquisa, e contextualiza as perspectivas atuais e futuras desse tema, na medida que o papel exercido pela tecnologia e pelos seres humanos em cada uma delas é mais ou menos relevante.

Quadro 2 - Gerações de ODR

Geração	Material tecnológico	Material humano
<b>1ª geração</b>	Papel passivo das tecnologias. Mero instrumento facilitador da comunicação.	Papel ativo dos humanos envolvidos. As partes em litígio e o conciliador/mediador poderão estar em diferentes localizações físicas.
<b>2ª geração</b> (Perspectiva 1)	Papel intermediário das tecnologias (quarta parte), que aparecerão como assistente ou auxiliar do conciliador/mediador. Auxílio ao conciliador/mediador a planejar estratégias e criar opções de acordo, a partir do conhecimento de casos anteriores.	Papel intermediário dos humanos envolvidos.
<b>3ª geração</b> (Perspectiva 2)	Papel ativo das tecnologias, utilizadas como se fossem representantes das partes. Os agentes conhecerão os objetivos da parte em benefício da qual atuam e terão capacidade de definir a estratégia a seguir. Os agentes poderão ser modelados e configurados para atuar como a parte atuaria ou de um modo ainda mais eficiente.	Papel passivo dos humanos envolvidos.

Fonte: Andrade, Carneiro e Novais (2010); Sabo e Rover (2020b).

Olhando para a realidade forense local, nota-se que a 1ª geração é algo factível e comumente praticável por meio de videoconferência, sobretudo no momento atual causado pela pandemia de Covid-19. A 2ª geração, porém, em suas duas perspectivas, ainda não se conhece no Poder Judiciário brasileiro. Para que essa geração seja concretizada, é necessário o uso de sistemas inteligentes e com técnicas específicas, compreendendo-se como cada uma delas poderá auxiliar neste ato processual.

Patrick Winston (1992) define IA a partir de seus objetivos gerais e específicos. Seus objetivos gerais consistem em tornar máquinas mais inteligentes e compreender o que é inteligência, atribuindo maior utilidade às máquinas. Os objetivos específicos, por sua vez, podem ser visualizados sob duas perspectivas: de engenharia e de ciência. O de engenharia é solucionar problemas do mundo real usando IA com um instrumental de ideias sobre representação e uso de conhecimento e montagem de sistemas, ao passo que o científico é determinar quais ideias sobre representação e uso de conhecimento e montagem de sistemas explicam diferentes tipos de inteligência.

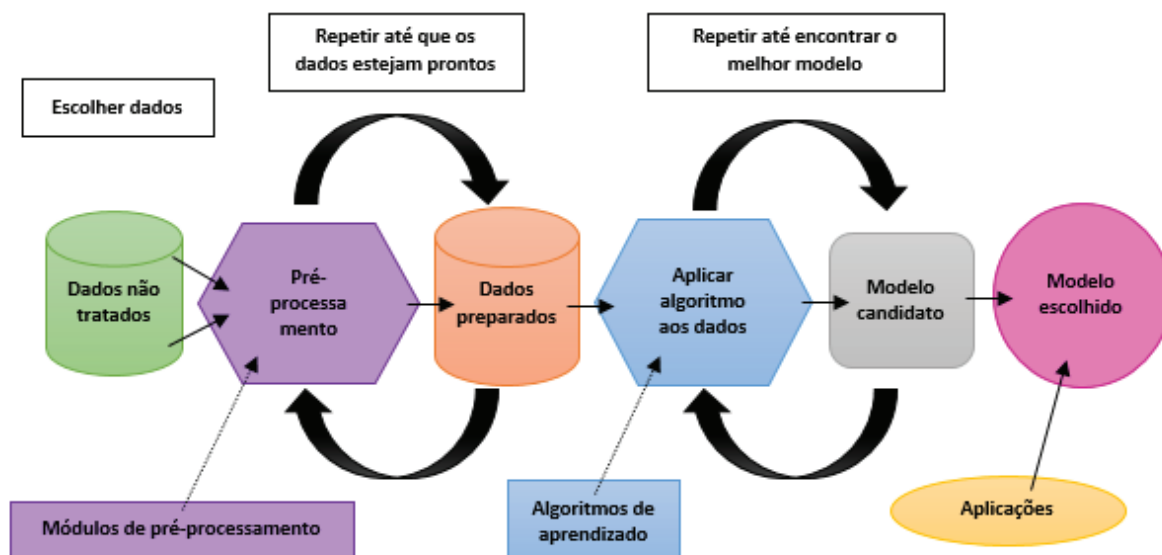
Uma das técnicas de IA que interessa ao presente estudo trata-se do Aprendizado de Máquina (AM).

AM consiste em programar computadores para otimizar um critério de desempenho usando dados de exemplo ou de experiências anteriores. O aprendizado se faz necessário em casos nos quais não seja possível escrever diretamente um programa de computador para solucionar um determinado problema, porém, necessita de dados de exemplo ou de experiência. Um caso em que o aprendizado é necessário, por exemplo, é quando a perícia humana é inexistente ou quando os humanos sejam incapazes de explicar suas próprias perícias (ALPAYDIN, 2009).

No campo conhecido como Mineração de Dados, os algoritmos de AM são usados, por exemplo, para descobrir conhecimento valioso de grandes bancos de dados comerciais contendo registros de manutenção de equipamentos, pedidos de empréstimo, transações financeiras, registros médicos etc. Assim, é inevitável que o AM desempenhe um papel cada vez mais central no âmbito das tecnologias de informação e comunicação (MITCHELL, 1997).

A Figura 5 demonstra, resumidamente, as fases do processo de AM:

Figura 5 - Processo de aprendizado



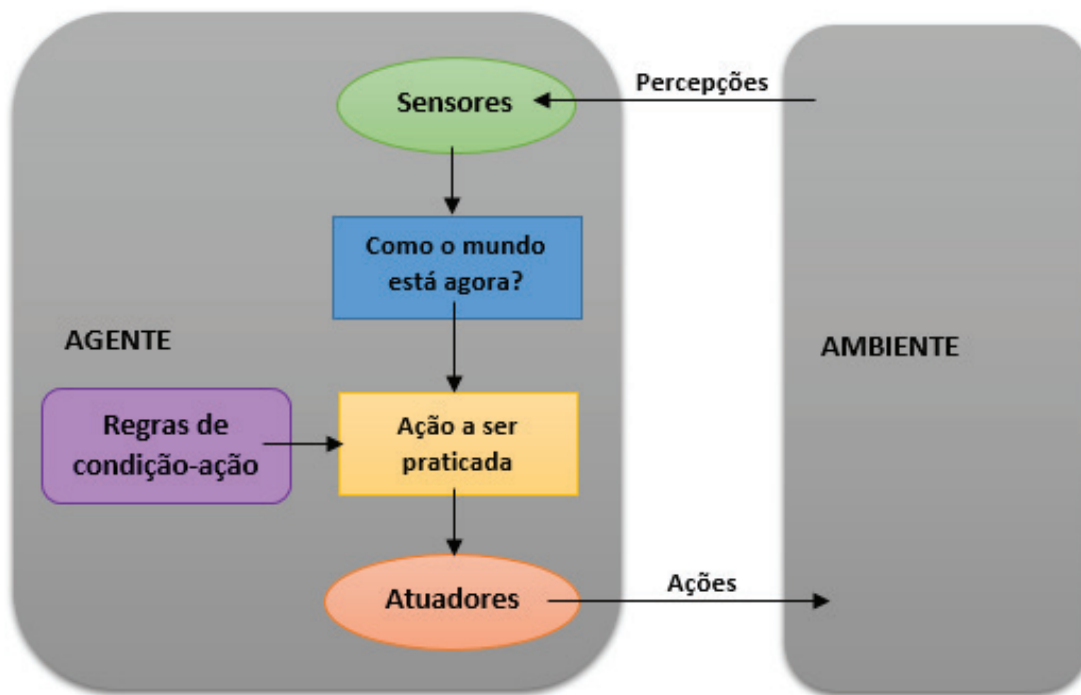
Fonte: Chappell (2015); Sabo e Rover (2020a).

Outra técnica relevante ao presente estudo corresponde aos Sistemas Multiagentes (SMA), que, diferentemente da Inteligência Artificial (IA) tradicional, está abarcada pela Inteligência Artificial Distribuída (IAD).

IAD, por sua vez, é o estudo, a construção e a aplicação de sistemas multiagentes, isto é, sistemas nos quais vários agentes inteligentes que interagem entre si buscam algum conjunto de metas ou executam algum conjunto de tarefas. Um agente é uma entidade computacional autônoma que percebe e age sobre o seu ambiente, dado que seu comportamento depende, ao menos parcialmente, de sua própria experiência. Como uma entidade inteligente que interage, um agente pode ser afetado em suas atividades por outros agentes e talvez por humanos. Um padrão-chave de interação em sistemas multiagentes é a coordenação orientada por objetivos e tarefas, tanto em situações cooperativas quanto competitivas. No caso da cooperação, vários agentes tentam combinar seus esforços para realizar como um grupo o que os indivíduos não conseguem, e no caso da competição, vários agentes tentam obter o que apenas alguns deles podem ter. O objetivo a longo prazo da IAD é desenvolver mecanismos e métodos que permitam aos agentes interagir tanto quanto os seres humanos (ou até melhor), e entender a interação entre entidades inteligentes, sejam elas computacionais, humanas ou ambas (WEISS, 2001, p. 1).

A Figura 6 demonstra, resumidamente, a percepção e a ação de um agente inteligente em um dado ambiente:

Figura 6 - Simples reflexo de um agente inteligente



Fonte: Atmaram (2006), adaptado pelos autores.

É possível convergir os objetivos da IA e da IAD e, por meio de técnicas de AM e SMA, tornar a audiência de conciliação e mediação do art. 334 inteligente, concretizando, desse modo,

as perspectivas da 2ª geração de ODR. Para tanto, é necessário, primeiramente, diagnosticar os gargalos desse ato na realidade forense atual que justifiquem a propositura de aplicações possíveis nesse campo.

### 3. APRESENTAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA PROPOSTA

#### 3.1 METODOLOGIA DE PESQUISA

A metodologia do trabalho subdivide-se em: a) método de abordagem e b) procedimento; e c) técnica.

O método de abordagem consiste na indução, que parte de um fenômeno da realidade em específico para atingir uma solução/conclusão geral, em um movimento lógico ascendente (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2006).

O procedimento adotado corresponde ao estudo de caso, cujo objeto engloba as audiências do CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) de Maringá – PR.

A técnica empregada é a observação livre (não participativa) dos atos com as perguntas previamente elaboradas adiante. As audiências objeto do estudo foram realizadas no âmbito das Varas de competência Cível. A observação foi realizada com o número de 6 (seis) audiências presenciais ocorridas no dia 25/07/2018.

1. Todas as partes do processo compareceram na audiência?
2. Ao dar início à audiência, o que o conciliador/mediador informou às partes?
3. O conciliador/mediador sugeriu alguma forma de acordo?
4. O conciliador/mediador mencionou exemplos de casos anteriores semelhantes ao discutido para orientar as partes?
5. As partes estavam dispostas a realizarem acordo?
6. Quanto tempo durou a audiência?
7. Qual foi o resultado da audiência?
8. Outras observações?

Os resultados serão organizados e discutidos adiante.

#### 3.2 ESTUDO DE CASO E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) foram criados na estrutura do Poder Judiciário, por meio da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, cuja implantação no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná iniciou em 2013. A

Resolução pretende efetivar a nova visão de que o Poder Judiciário é um centro de resolução de disputas com múltiplas portas acessíveis aos cidadãos (CNJ, 2010). Os CEJUSCs atendem aos Juízos, Juizados ou Varas nas competências Cível, Fazendária, Previdenciária, de Família, bem como Juizados Cíveis, Criminais e Fazendários (dentro de sua possibilidade), para a realização de sessões de conciliação e mediação processuais ou pré-processuais, além de atendimento ao cidadão (TJPR, 2013).

Recentemente, alavancado pela pandemia de Covid-19, o TJPR lançou um novo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania: o CEJUSC Virtual. O serviço tem o objetivo de atender cidadãos que desejam solucionar conflitos nas áreas cível ou empresarial de maneira consensual. A solicitação deve ser feita na modalidade pré-processual (quando ainda não existe processo na Justiça) e o atendimento é realizado virtualmente (TJPR, 2020).

Quando da observação das audiências presenciais, objeto de estudo, verificou-se que elas são previamente desassociadas como “audiência de conciliação”, destinada à conflitos que envolvam direitos eminentemente patrimoniais, e “audiência de mediação”, destinada à conflitos que envolvam direitos extrapatrimoniais. As audiências observadas eram de conciliação, tendo em vista que as audiências de mediação pertenciam a processos da Vara de Família e Sucessões, porquanto detinham segredo de justiça. As respectivas atas, com informações processuais e a presença de um dos autores no ato, constam no anexo deste artigo.

Quadro 3 - Pergunta 1: Todas as partes do processo compareceram na audiência?

Audiência 1	Não, houve ausência do requerido.
Audiência 2	Não, houve ausência do requerido.
Audiência 3	Sim. Houve a ausência do administrador judicial, dado que umas partes encontrava-se em recuperação judicial, o que não prejudicou a realização do ato.
Audiência 4	Sim.
Audiência 5	Não, houve a ausência de ambas as partes (requerente e requerido).
Audiência 6	Sim.

Fonte: Desenvolvido pelos autores

A ausência das partes nas audiências é um fator que contribui imediatamente para o insucesso da conciliação e da mediação. Considerando o número de 6 (seis) audiências, o não comparecimento em 3 (três) delas é significativo e leva à duas constatações: que as partes ausentes estão desinteressadas em pôr fim ao litígio por elas próprias e/ou que a audiência é vista como um mecanismo de protelamento do processo.

Quadro 4 - Pergunta 2: Ao dar início à audiência, o que o conciliador/mediador informou às partes?

Audiência 1	X
Audiência 2	X
Audiência 3	O conciliador/mediador explicou que seu papel não confundia-se com o de julgador, de modo que aquele momento não era destinado à discussão do mérito do processo e à produção de provas. Ele também orientou que as partes poderiam utilizar aquele tempo para conversarem sobre o processo e chegarem a um acordo.
Audiência 4	O conciliador explicou que seu papel não confundia-se com o de julgador, de modo que aquele momento não era destinado à discussão do mérito do processo e à produção de provas. Ele também orientou que as partes poderiam utilizar aquele tempo para conversarem sobre o processo e chegarem a um acordo.
Audiência 5	X
Audiência 6	O conciliador explicou que seu papel não confundia-se com o de julgador, de modo que aquele momento não era destinado à discussão do mérito do processo e à produção de provas. Ele também orientou que as partes aguardassem o outro finalizar sua fala para após expor a sua, bem como informou que aquele era o momento ideal para que elas externalizassem os seus sentimentos.

Fonte: Desenvolvido pelos autores.

Embora o conciliador/mediador tenha explicado sua função e respectivos limites, percebeu-se a falta de explicação sobre as vantagens dos institutos em relação ao prosseguimento do processo judicial, como a solução célere do litígio e conforme delineado pelas partes, não pelo juiz.

Quadro 5 - Pergunta 3: O conciliador/mediador sugeriu alguma forma de acordo?

Audiência 1	X
Audiência 2	X
Audiência 3	Não.
Audiência 4	Não.
Audiência 5	X
Audiência 6	Não. Porém, visualizando a possibilidade de as partes chegarem a um acordo, o conciliador sugeriu que elas se reunissem, mais uma vez, em uma nova audiência.

Fonte: Desenvolvido pelos autores.



Quadro 6 - Pergunta 4: O conciliador/mediador mencionou exemplos de casos anteriores semelhantes ao discutido para orientar as partes?

Audiência 1	X
Audiência 2	X
Audiência 3	Não.
Audiência 4	Não.
Audiência 5	X
Audiência 6	Não.

Fonte: Desenvolvido pelos autores.

Observou-se, nessas duas questões, um papel passivo por parte do conciliador, que, muitas vezes, diante do grande volume de processos, encontra-se impossibilitado de realizar a leitura dos processos a fim de criar opções de acordo e apresentá-las às partes. Para que o êxito da audiência seja obtido, é necessário que as partes sejam estimuladas pela busca da solução por si mesmas, e isso somente ocorrerá se a elas forem apresentadas opções alternativas e mais vantajosas às expectativas da prestação jurisdicional.

Quadro 7 - Pergunta 5: As partes estavam dispostas a realizarem acordo?

Audiência 1	X
Audiência 2	X
Audiência 3	Não. As partes não levaram propostas para discussão.
Audiência 4	Sim. As partes apresentaram propostas e contrapropostas.
Audiência 5	X
Audiência 6	Sim. A parte requerida apresentou proposta e a parte requerente manifestou interesse em uma delas.

Fonte: Desenvolvido pelos autores.

Percebeu-se, diante da disposição em conciliar em apenas 2 (duas) das 6 (seis) audiências, que o ato é encarado pelas partes como mera formalidade processual em que são obrigadas a comparecer, não como um momento de encontro em que poderão discutir propostas e contrapropostas, dando fim ao litígio por elas mesmas.

Quadro 8 - Pergunta 6: Quanto tempo durou a audiência?

Audiência 1	20 (vinte e dois) minutos.
Audiência 2	21 (vinte e um) minutos.
Audiência 3	18 (dezoito) minutos.
Audiência 4	30 (trinta) minutos.
Audiência 5	23 (vinte e três) minutos.
Audiência 6	20 (vinte) minutos.

Fonte: Desenvolvido pelos autores.

As audiências tiveram duração aproximada e no geral respeitaram o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte<sup>14</sup>.

Quadro 9 - Pergunta 7: Qual foi o resultado da audiência?

Audiência 1	Prejudicada.
Audiência 2	Prejudicada.
Audiência 3	Infrutífera.
Audiência 4	Frutífera.
Audiência 5	Prejudicada.
Audiência 6	Redesignada.

Fonte: Desenvolvido pelos autores.

De 6 (seis) audiências observadas, apenas 1 (uma) audiência obteve êxito, número ínfimo ao considerar que os atos foram realizados durante uma tarde inteira de trabalhos que envolveram o tempo dos servidores, o tempo das partes e de seus respectivos advogados, além do espaço físico do Fórum.

Quadro 10 - Pergunta 8: Outras observações?

Audiência 1	Diante da ausência do requerido, o conciliador explicou à parte requerente sobre a possibilidade de requerer a aplicação de multa pelo não comparecimento (art. 334, § 8º, CPC).
Audiência 2	Diante da ausência do requerido, o conciliador explicou à parte requerente sobre a possibilidade de requerer a aplicação de multa pelo não comparecimento (art. 334, § 8º, CPC).
Audiência 3	X
Audiência 4	No momento da redação do acordo em ata, as partes renunciaram o prazo recursal. O conciliador, por sua vez, orientou que o juiz responsável não aceita a renúncia de prazo recursal, e que então seria adequado não constar tal informação na ata para evitar trâmites desnecessários em razão da não homologação do acordo.

14 Ver art. 334, § 12.

Audiência 5	X
Audiência 6	A parte requerida fez uma proposta que demandava a aprovação de um financiamento bancário para que fosse possível o seu cumprimento, o que foi bem visto pela parte requerente. Sendo assim, a partes seguiram a orientação do conciliador no sentido de agendar nova audiência.

Fonte: Desenvolvido pelos autores.

Dentre as observações expostas, a que mais chamou atenção foi a recusa de um dos juízes das Varas Cíveis em homologar acordos que contenham renúncia de prazo recursal. No caso da audiência em específico, tendo em vista que as partes transacionaram, a renúncia do prazo recursal contribuiria para a celeridade no cumprimento do acordo. Tal recusa, por parte do juiz, viola a autonomia das decisões, como também a autonomia das partes, características e princípios básicos da conciliação e da mediação.

Após a observação das audiências, consultou-se os processos a elas relativos a fim de verificar o intervalo compreendido entre a distribuição da petição inicial e a data de realização da audiência, conforme demonstrado na Tabela 1:

Tabela 1 - Intervalo entre a data de distribuição e a data de realização das audiências

	Data da distribuição	Pedido liminar?	1ª designação	Intervalo	2ª designação	Intervalo * em relação à distribuição
Audiência 1	13/06/2017	Sim	07/03/2018	8 meses e 23 dias	25/07/2018	1 ano, 1 mês e 12 dias
Audiência 2	24/01/2018	Não	<b>25/07/2018</b>	6 meses e 1 dia	X	X
Audiência 3	15/02/2018	Não	<b>25/07/2018</b>	5 meses e 10 dias	X	X
Audiência 4	24/07/2017	Não	09/03/2018	7 meses e 13 dias	<b>25/07/2018</b>	1 ano e 1 dia
Audiência 5	04/10/2017	Não	12/04/2018	6 meses e 8 dias	<b>25/07/2018</b>	9 meses e 21 dias
Audiência 6	13/03/2018	Não	25/07/2018	9 meses e 21 dias	X	X
<b>Média</b>				<b>7 meses e 7 dias</b>		<b>11 meses e 24 dias</b>

Fonte: Desenvolvido pelos autores.

A partir das audiências observadas, foi possível aferir que a audiência de conciliação e mediação, nos processos das Varas Cíveis, vem sendo realizada, em média, após 7 (sete) meses contados da data da distribuição da petição inicial. Ao passo que, sendo redesignada a audiência, ela será realizada, em média, após 12 (doze) meses contados da data da distribuição da petição inicial. Esses números levam à constatação de que a audiência de conciliação e mediação do art. 334 pode levar à morosidade processual, ao invés da celeridade.

Embora a existência de pedido liminar seja uma variável, percebeu-se que isso não interferiu significativamente nos intervalos das audiências observadas, razão pela qual foi desconsiderada no cálculo da média final.

Diagnosticadas os fatores que prejudicam o bom desempenho da audiência de conciliação e mediação, a proposta a seguir levará como premissa o fato de que o objetivo do CPC de 2015 é válido e poderá ser alcançado por meio de tecnologias inteligentes.

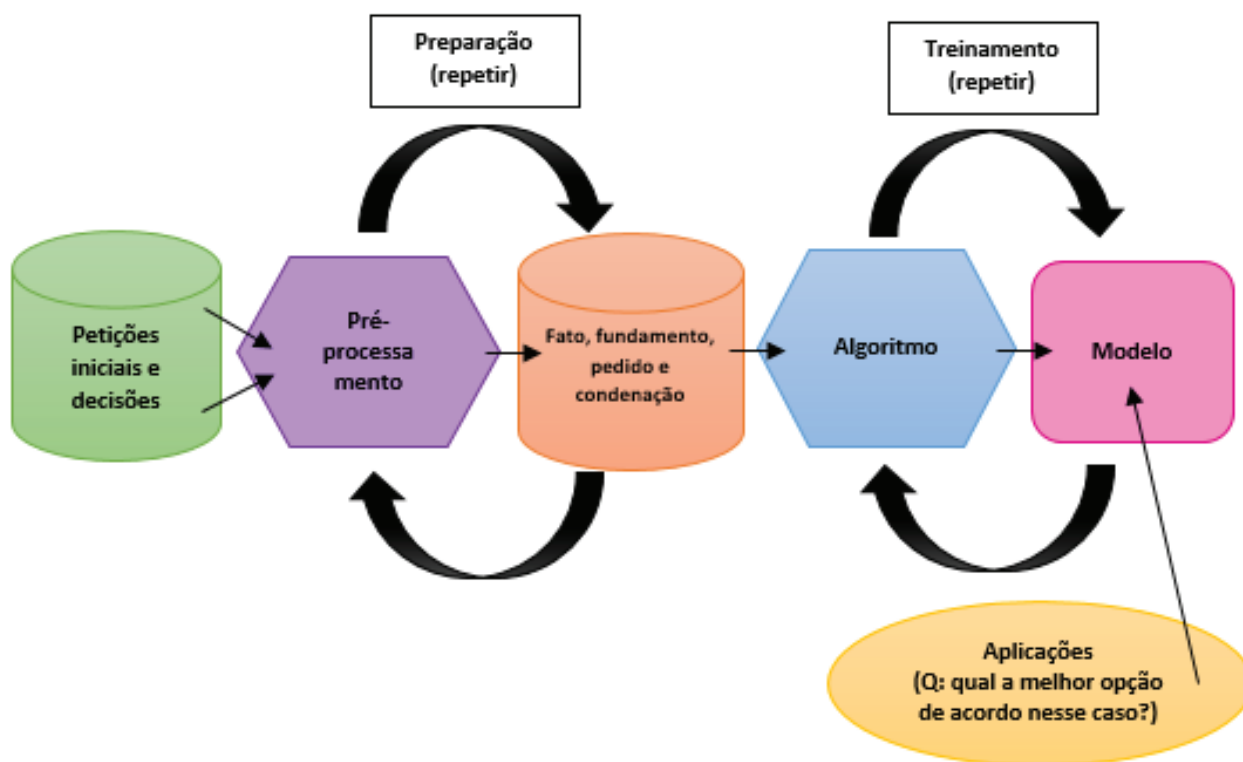
### 3.3 POSSÍVEIS APLICAÇÕES DE AM E SMA À AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Como exposto no decorrer do estudo, o CPC de 2015, ao estabelecer a audiência de conciliação e mediação como fase processual obrigatória, visa incentivar que as partes alcancem a solução de seu conflito por elas mesmas, reduzindo o volume de processos em trâmite no Poder Judiciário. Considerando os resultados obtidos com as audiências observadas, verificou-se que certas dificuldades poderão ser reduzidas por meio de técnicas de AM e SMA, a partir das seguintes aplicações contextualizadas na 2ª geração de ODR:

*Apliação 1:* O que se propõe, a partir da técnica de AM, é que o modelo possa auxiliar o conciliador/mediador a propor soluções com base em casos anteriores após a verificação de características do processo objeto da audiência. Cita-se, como exemplo básico, em ações que visam a condenação por danos morais em determinada área (como ocorre em serviços de transporte aéreo, bancário e de telecomunicações), a possibilidade de o agente inteligente aferir numerários de condenações conforme decisões anteriores e sugerir opções de pagamento.

A Figura 7, além de ilustrar o processo de AM nesse caso, aponta algumas tarefas que não são desempenhadas pelo conciliador/mediador em razão do grande volume de processos e do curto período de tempo a ele disponível, mas que poderão ser realizadas pela máquina de forma mais ágil. Assim, enquanto a cognição humana proporciona o desempenho das tarefas em um processo por vez, a máquina poderá escalar essa capacidade, executando essas tarefas em mais de um processo por vez e em maior velocidade (SABO; ROVER, 2020a).

Figura 7 - Processo de aprendizado na busca da melhor opção de acordo



Fonte: Chappell (2015); Sabo e Rover (2020a), adaptado pelos autores.

Um exemplo próximo dessa aplicação é o *Justice Relationship Management (eJRM)*, sistema financiado pelo Ministério da Justiça italiano, que fornece apoio a cidadãos leigos, estudantes e mediadores para a obtenção de soluções jurídicas sobre um determinado caso. Em um dos experimentos realizado no sistema, pesquisadores da Universidade de Milão-Bicocca utilizaram técnicas de AM para recuperar decisões judiciais no momento em que um caso em língua natural é apresentado pelo interessado. Sua arquitetura foi composta por 4 etapas: 1) Indexação: destina-se a armazenar as decisões judiciais em um banco de dados; 2) Mineração de núcleo: um modelo de classificação foi treinado para prever o campo jurídico a que determinada descrição do caso apresentado pertence; 3) Processamento de consulta: extrai os termos relevantes da consulta que será usada pela mineração do núcleo para prever o campo jurídico do texto em disputa; 4) Ranking: recupera e classifica as decisões judiciais relevantes (pertencentes ao campo jurídico previsto) a serem apresentadas aos disputantes e mediadores (EL JELALI; FERSINI; MESSINA, 2015).

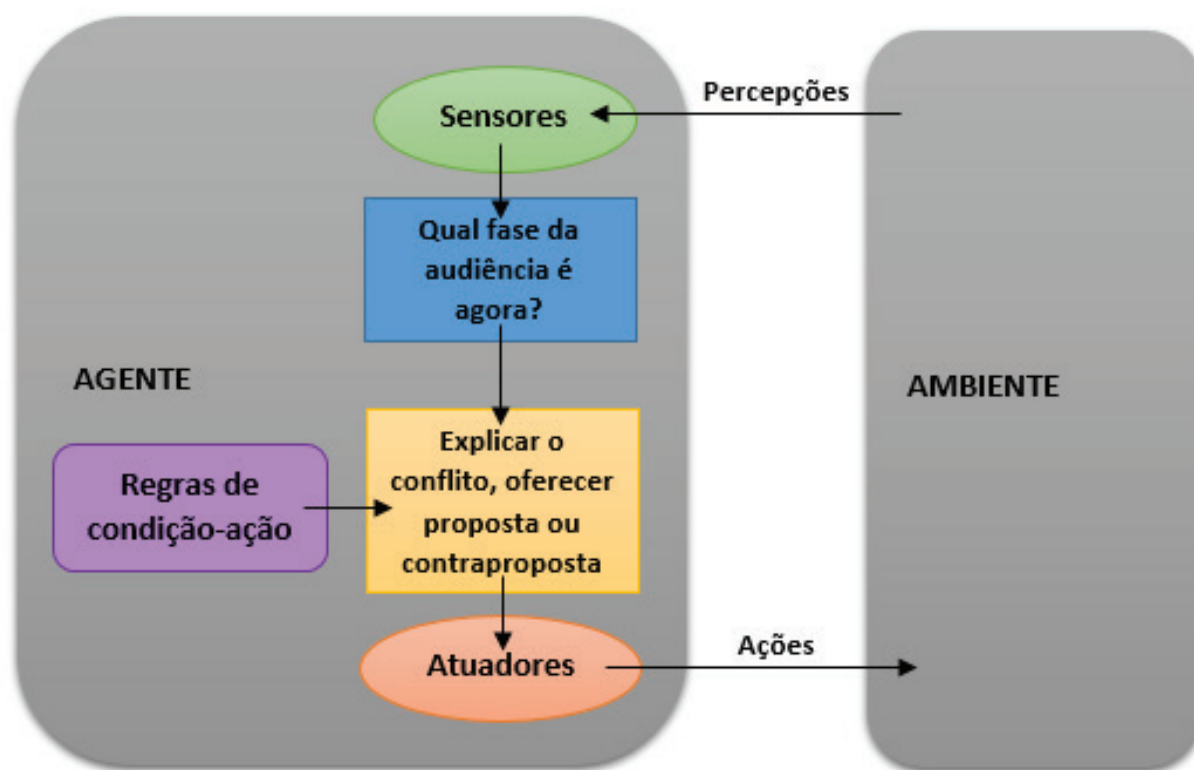
*Aplicação 2:* O que se propõe, a partir das técnicas de AM e de SMA, é que a audiência ocorra de forma integralmente virtual, com agentes inteligentes atuando como representantes das partes a partir de condições-ações preestabelecidas, como também um agente inteligente enquanto conciliador/mediador, treinado para tanto.

Cita-se, como exemplo básico da técnica de SMA, uma situação em que uma parte comparece na audiência levando uma proposta de acordo, e a outra parte não comparece ou mesmo comparecendo, se recusa a celebrar acordo. Nesse caso, ainda que a audiência resulte infrutífera ou prejudicada, porém se realizada por um sistema multiagente, não terá envolvido o espaço físico do Fórum, não terá demandado tempo das partes, de seus advogados e do

conciliador/mediador, como também não terá tomado a média de 7 (sete) meses de tramitação do processo. Além disso, agregando a técnica de AM, havendo a recusa da proposta, o conciliador/mediador poderá sugerir outras vias não cogitadas pelas partes, incentivando a autocomposição (objetivo da conciliação) ou o restabelecimento da comunicação (objetivo da mediação).

A Figura 8 demonstra o funcionamento de um agente inteligente, na condição de representante da parte, em uma dada audiência, destacando que esse modo de interação poderá ocorrer de forma distribuída. Assim, enquanto a cognição humana - do conciliador/mediador - permite a realização de uma audiência por vez, as máquinas envolvidas poderão escalonar essa capacidade, resultando no acontecimento de várias audiências ao mesmo tempo.

Figura 8 - Simple reflexo de um agente inteligente em uma audiência



Fonte: Atmaram (2006), adaptado pelos autores.

Um exemplo próximo dessa aplicação é o “UMCourt”, um sistema arquitetado com SMA por pesquisadores da Universidade do Minho, em Portugal. Nele, agentes inteligentes, a partir de decisões judiciais de disputas trabalhistas anteriores, conduzem a mediação de novos casos e propõem soluções, estratégias e orientações, a fim de aperfeiçoar o processo de negociação entre as partes envolvidas. A plataforma também fornece serviços como a determinação de possíveis resultados e respectiva probabilidade, informações relevantes em tempo real, criação automática de documentos legais, entre outros (CARNEIRO; NOVAIS; ANDRADE; ZELEZNIKOW; NEVES, 2013).

Desse modo, os sistemas dotados de técnicas de AM e SMA poderão auxiliar o conciliador/mediador, o advogado, as partes e os demais serventuários do Poder Judiciário brasileiro, de maneira eficaz. A audiência inteligente poderá ser uma forma de incentivar as partes a



alcançar um acordo por elas mesmas, tendo em vista que as opções serão baseadas em casos anteriores, o que proporcionará a elas maior segurança jurídica ao prever uma solução ainda melhor em relação ao provável resultado final do processo. Ademais, uma vez incorporada essa forma de audiência pelo sistema processual eletrônico, não haverá justificativa para a ausência das partes na audiência.

Todavia, os desafios dessa inserção na audiência de conciliação e mediação são inevitáveis, como a linguagem processual não uniformizada, o levantamento das características relevantes de cada decisão, a grande volume de dados processuais muitas vezes não organizado, e o algoritmo apropriado para cada situação específica. E ainda, no caso da mediação, a questão sentimental envolvida nos vínculos de relacionamento entre as partes, o que é insubstituível e indetectável pela máquina.

## 4. CONCLUSÃO

Como visto no levantamento bibliográfico e documental, a conciliação e a mediação, enquanto formas alternativas de gerenciamento e solução de conflitos, traz benefícios incontestes aos litigantes, além de formar uma cultura voltada à autonomia das decisões ali tomadas, fazendo com que as partes, por elas mesmas, encontrem o melhor caminho para o problema a elas inerentes.

Entretanto, a partir do estudo de caso realizado, apurou-se dificuldades na realização desses institutos no ambiente do Poder Judiciário, de acordo com a dinâmica do art. 334 do CPC, confirmando-se a hipótese de que o ato tem apresentado baixo desempenho. A judicialização das formas alternativas é uma agenda válida e visa a redução do volume de processos judiciais. Contudo, esse momento processual, assim como a finalidade dos institutos da conciliação e da mediação, deve ser melhor compreendido pelas partes, pois, do contrário, será mais um trâmite processual em que a burocracia estará acima da eficiência.

Em que pese a informatização das audiências tenha sido acelerada pela pandemia de Covid-19, deve-se destacar que o ato permanece sendo apenas virtual, como prevê a 1ª geração de ODR, no qual a tecnologia exerce um papel meramente passivo; não se trata de um ato inteligente, como prevê a 2ª geração, no qual a tecnologia exerce um papel intermediário ou mesmo ativo.

A proposta de tornar inteligente essa audiência por meio de técnicas de AM e SMA procura otimizar o ato processual para que as partes consigam melhor desempenhá-la. E, como visto no decorrer do estudo, a proposta poderá solucionar as principais dificuldades apontadas no estudo de caso, como a ausência das partes, o espaço físico insuficiente, a leitura dos processos pelo conciliador/mediador, e o intervalo significativo entre a data de distribuição do processo a data de realização da audiência. Com isso, a hipótese inicial da pesquisa se confirma.

A IA não pretende substituir o papel do conciliador ou do mediador, tampouco do advogado e serventuários da Justiça. Ao contrário, as tecnologias a ela inerentes, uma vez aplicadas à audiência do art. 334, intenta auxiliar os papéis desses envolvidos no sentido de efetivar

o que foi estabelecido pelo CPC de 2015, dando funcionalidade e efetividade à norma, bem como legitimando esse ato processual.

Sugere-se, portanto, em via de trabalhos futuros, a proposição de modelos e de experimentos aplicados à audiência de conciliação e mediação, ocasião em que o estudo da IA e das técnicas apresentadas deverá ser aprofundado.

## REFERÊNCIAS

- ALPAYDIN, Ethem. *Introduction to machine learning*. 2. ed. Cambridge, MA: MIT Press, 2009.
- ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco; CARNEIRO, Davide; NOVAIS, Paulo. A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha. *Scientia Iuridica*, [S. l.], t. LIX, n. 321, 2010.
- ATMARAM, Utkarshraj. Simple reflex agent, based on Artificial Intelligence: A Modern Approach. *Public domain (self)*, 20 jan. 2006. Disponível em:  
<https://commons.wikimedia.org/wiki/File:IntelligentAgent-SimpleReflex.png>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973* (Revogada pela Lei n. 13.105, de 2015). Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869imprensa.htm). Acesso em: 9 jun. 2021.
- BRASIL. *Lei n. 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/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 9 jun. 2021.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CÂMARA, Helder Moroni. *Código de processo civil: comentado*. São Paulo: Almedina, 2016.
- CARNEIRO, Davide; NOVAIS, Paulo; ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco; ZELEZNIKOW, John; NEVES, José. Using case-based reasoning and principled negotiation to provide decision support for dispute resolution. *Knowledge and Information Systems*, v. 36, n. 3, p. 789-826, set. 2013.
- CHAPPELL, David. *Introducing azure machine learning: a guide for technical professionals*. Microsoft Corporation, 2015.
- CNJ (Conselho Nacional de Justiça). *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Brasília, DF: CNJ, 2017.
- CNJ (Conselho Nacional de Justiça). *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília, DF: CNJ, 2018.
- CNJ (Conselho Nacional de Justiça). *Justiça em Números 2019: ano-base 2018*. Brasília, DF: CNJ, 2019.
- CNJ (Conselho Nacional de Justiça). *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2020a.
- CNJ (Conselho Nacional de Justiça). *Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 9 jun. 2021.
- CNJ (Conselho Nacional de Justiça). *Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020*. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 14 set. 2020.
- DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas S/A, 2007.
- EL JELALI, Soufiane; FERSINI, Elisabetta; MESSINA, Enza. Legal retrieval as support to eMediation: matching disputant's case and court decisions. *Artificial Intelligence and Law*, v. 23, n. 1, p. 1-22, mar. 2015.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*. Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- GONÇALVES, Jéssica; GOULART, Juliana. *Mediação de conflitos: teoria e prática*. Florianópolis: Emodara, 2018.

- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- MEDINA, José Miguel García. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MINSKY, Marvin. Principios, concepto y evolución de la resolución de disputas en línea (RDL). In: SÁEZ DE HEREDIA, Ramón Alzate; VÁZQUEZ DE CASTRO; Eduardo. *Resolución de disputas en línea (RDL): las claves de la mediación electrónica*. Madrid: Editorial Reus, 2013.
- MITCHELL, Tom M. *Machine learning*. Ithaca, NY: McGraw-Hill, 1997.
- MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Mediação e arbitragem*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SABO, Isabela Cristina; ROVER, Aires José. Observância de precedentes e gestão de demandas repetitivas por meio do aprendizado de máquina. *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 18, n. 28, p. 69-93, maio/ago. 2020a.
- SABO, Isabela Cristina; ROVER, Aires José. Resolução de conflitos online e técnicas de Inteligência artificial: uma revisão sistemática da literatura. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA/ESPANHA: DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS, 10., 2019, Valência. *Anais [...]* Florianópolis: CONPEDI, 2020b. p. 170-186. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/150a22r2/ig3a9xr8/QT9AA7zkYjc422K5.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.
- TJPR (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná). *Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Maringá inicia suas atividades com 84% de acordo no mutirão da COHAPAR*, 25 nov. 2013. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/centro-judiciario-de-solucao-de-conflitos-e-cidadania-da-comarca-de-maringa-inicia-suas-atividades-com-84-de-acordo-no-mutirao=-da-cohapar18319/?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/centro-judiciario-de-solucao-de-conflitos-e-cidadania-da-comarca-de-maringa-inicia-suas-atividades-com-84-de-acordo-no-mutirao=-da-cohapar18319/?inheritRedirect=false). Acesso em: 2 ago. 2018.
- TJPR (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná). *TJPR lança novo CEJUSC Virtual*, 16 jul. 2020. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/1IKI/content/tjpr=-lanca-novo-cejusc-virtual18319/?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/tjpr=-lanca-novo-cejusc-virtual18319/?inheritRedirect=false). Acesso em: 18 set. 2020.
- WAHAB, Mohamed S. Abdel; KATSH, Ethan; RAINEY, Daniel (ed.). *Online Dispute Resolution: theory and practice*. The Hague, Netherlands: Eleven International Publishing, 2011. *E-book*. Disponível em: [http://www.ombuds.org/odrbook/Table\\_of\\_Contents.htm](http://www.ombuds.org/odrbook/Table_of_Contents.htm). Acesso em: 28 nov. 2018. WEISS, Gerhard (ed.). *Multiagent systems: a modern approach to distributed artificial intelligence*. Cambridge, MA: MIT Press, 2001.
- WINSTON, Patrick Henry. *Artificial intelligence*. 3. ed. Reading, MA: Addison-Wesley, 1992.

#### **Anexo – Atas das audiências observadas**

\* Incluir PDF enviado nos arquivos de revisão.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 18/09/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 16/09/2020
- Avaliação 1: 19/10/2020
- Avaliação 2: 31/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 04/06/2021
- Retorno rodada de correções: 26/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 26/06/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

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

# TAXA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL: INSTRUMENTO DE ARRECADAÇÃO PARA GESTÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

ENVIRONMENTAL PRESERVATION TAX: TAX REVENUES  
LIKE A INSTRUMENT FOR CONSERVATION UNITS MANAGEMENT

NICOLAU CARDOSO NETO<sup>1</sup>

LUIZA SENS WEISE<sup>2</sup>

## RESUMO

A Taxa de Preservação Ambiental (TPA) atualmente tem se destacado nos debates, seja pela sua eficiência na arrecadação de recursos para investimentos na área ambiental, materializando o Princípio do Poluidor-Pagador, seja pela contrariedade de parte da população em pagar mais um tributo. Nesse sentido, fundamental conhecer a legislação que regulamenta o tema. A Lei 9.985/00, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), regulamenta o que se considera Unidade de Conservação (UC), como deve ser planejada e de que forma podem ser obtidos recursos econômicos, e como estes devem ser gerenciados. A legislação tributária também contribui para a discussão, pois princípios fundamentais como Isonomia e Proporcionalidade devem ser respeitados. Dessa forma, é objetivo do presente estudo verificar se os requisitos para instituição da TPA vêm sendo respeitados pelos entes federativos instituidores. Para tanto, será utilizada a metodologia da revisão bibliográfica e de comparação legislativa, uma vez que será realizada análise comparativa entre as TPAs instituídas pelo Distrito Estadual de Fernando de Noronha (PE), pelo Município de Ilhabela (SP) e Bombinhas (SC). Da análise, é possível perceber que, enquanto Fernando de Noronha (PE) e Ilhabela (SP) instituíram suas TPAs atreladas a arrecadação para a realização de gestão de UC específica, por sua vez, Bombinhas (SC) instituiu sem vincular a uma UC, mesmo possuindo três UCs municipais e uma federal em seu território. Outra característica marcante é que em Bombinhas (SC) apenas uma das UCs municipais possui plano de manejo, instrumento essencial para o planejamento e gestão dos recursos arrecadados com a TPA.

**Palavras-chave:** sistema nacional de unidades de conservação; taxa de preservação ambiental; poluidor-pagador; isonomia tributária.

1 Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade de Blumenau (FURB), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Ambiental pela Fundação Boiteux (UFSC). Professor da Universidade de Blumenau (FURB) Blumenau/SC. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça, na linha Sustentabilidade Socioambiental, Ecocomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais. Advogado. E-mail: ncardoso@furb.br

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD-FURB, Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes, Bacharel em Direito pela FURB. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça, na linha Sustentabilidade Socioambiental, Ecocomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais. E-mail: weiseluiza@gmail.com.

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

CARDOSO NETO, Nicolau; WEISE, Luiza Sens. Taxa de preservação ambiental: instrumento de arrecadação para gestão de unidades de conservação. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 201-217, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.7879>.

**ABSTRACT**

*Environmental Preservation Tax (TPA) currently stand out at issue, either for its efficiency in tax revenues of funds for investments in environmental area, when it is materializing the Polluter Pays Principle, or because of population's contrariety in paying one more tax. In this sense, it is essential to know the legislation that regulates this theme. The law 9.985/00 established the National System of Conservation Units (SNUC), regulating what is considered a Conservation Unit (UC), how it should be planned, how economic resources can be obtained, and how they should be managed. The tax legislation also contributes for that discussion, as fundamental principles such as Equality and Proportionality must be respected. Thus, it is objective of this study to verify if the requirements to the TPA foundation have been respected by federal entities founders. For this purpose, the methodology of bibliographic review and comparison between different legislations will be used, since, there will be a comparative review between the TPAs that was instituted by the State District of Fernando de Noronha (PE), by the Municipality of Ilhabela (SP) and Bombinhas (SC). From this review, it is possible to realized that while Fernando de Noronha (PE) and Ilhabela (SP) instituted their TPAs conditioned to do the specific UC management, in its turn, Bombinhas (SC) instituted without conditioned to a UC, even though it has three municipal and one federal UC in its territory. Another striking feature is that, in Bombinhas (SC), only one of the municipal UCs has a management plan, essential instrument for the planning and management of the resources collected with TPA.*

**Keywords:** national system of conservation units; environmental preservation tax; polluter-pays; tax isonomy.

**1. INTRODUÇÃO**

A Taxa de Preservação Ambiental vem ganhando cada vez mais destaque como instrumento de arrecadação de receitas, mas nem sempre em prol do meio ambiente. Esse debate, normalmente, gera discussões sobre a oneração excessiva do contribuinte e a necessidade de preservação da natureza. Porém, para saber para qual lado a balança deve pender, é necessário analisar a legislação, tributária e ambiental, e verificar quais os elementos técnicos que fundamentam cada base legal.

Nesse sentido, a Lei nº 9.985/00, que regulamenta o art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). Nela são definidas as categorias de Unidades de Conservação (UC), quais sejam: a de proteção integral e a de uso sustentável. Também, determina que o plano de manejo deva ser elaborado para orientar a forma como será feita a preservação do local, quais atividades podem ser desenvolvidas no local, definição da área, formas de controle, além de como serão aplicados os recursos arrecadados.

A lei ainda estabelece quais seriam os instrumentos econômicos que viabilizariam toda a estrutura, dentre eles a exigência de aplicação de recursos arrecadados por meio de processos de licenciamento ambiental de empreendimentos, oferecimento de produtos e serviços, recebimento de doações e taxa de visitação.

Dá-se especial destaque à TPA como instrumento de gestão mais discutido atualmente, materializando um dos princípios mais conhecidos no Direito Ambiental, o Poluidor-Pagador. A temática é relacionada com a legislação tributária, por isso são destacados dois princípios fundamentais do Direito Tributário brasileiro, instituídos pela Constituição Federal, a Isonomia Tributária e a Proporcionalidade. Considerando toda a legislação existente sobre o tema, é primordial verificar a regularidade das TPAs que vêm sendo instituídas pelos Municípios

brasileiros, a fim de que todas respeitem os requisitos da legislação, além de garantir que os valores arrecadados sejam aplicados em ações efetivas, que realmente produzam os resultados planejados pelos planos nas Unidades de Conservação.

Dessa forma, utilizando como metodologia a revisão bibliográfica e a análise comparativa de legislação, para verificar se atendem os requisitos estabelecidos pela Lei do SNUC e pela legislação tributária, serão estudadas no presente artigo as TPAs instituídas pelo Distrito Estadual de Fernando de Noronha, localizado em Pernambuco (PE), e pelos Municípios de Ilhabela, localizado em São Paulo (SP) e Bombinhas, em Santa Catarina (SC).

O artigo compõe-se desta introdução, seguida pelo destaque ao Sistema Nacional de Unidades de Conservação, pela análise comparativa das TPAs de Fernando de Noronha (PE), Ilhabela (SP) e Bombinhas (SC) sob a ótica da Lei do SNUC e segundo os princípios tributários da Isonomia e Proporcionalidade, com as considerações finais e referências utilizadas.

## 2. O SISTEMA NACIONAL DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) foi instituído pela Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, esta regulamenta o art. 225, §1º, inciso VII da Constituição Federal. Esta legislação representa o “aprimoramento e a sistematização do regime jurídico de proteção de áreas ambientais” (SARLET, 2020, p. 450). Ressalta-se que a Unidade de Conservação da Natureza (UC) é o território e seus respectivos recursos ambientais, inclusive as águas, e, que, ela deve ser instituída pelo Poder Público, que estabelece objetivos de conservação para àquela área, além de definir seus limites geográficos e regime especial de administração, tais quais devem ser aplicadas limitações específicas de proteção, conforme limites estabelecidos no SNUC e no Plano de Manejo (BRASIL, 2000).

A importância da instituição do SNUC está na diversidade de serviços ecológicos que as UCs prestam à coletividade:

[...] a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos, a proteção de espécies, a proteção e restauração de ecossistemas degradados, proteção de características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural, proteção e recuperação de recursos hídricos e edáficos, entre outros (SARLET, 2020, p. 452).

Foram criadas duas categorias com características específicas, as consideradas Unidades de Proteção Integral e as de Uso Sustentável. A primeira tem como objetivo principal a preservação, sendo permitido apenas o uso indireto; enquanto a de Uso Sustentável objetiva “compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais” (BRASIL, 2000).

De acordo com a Tabela Consolidada das Unidades de Conservação no Brasil, atualizada em 28 de janeiro de 2020, há um total de 2.446 UCs no território nacional, sendo 777 de Proteção Integral e 1.669 de Uso Sustentável (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2020). Destaca-se



ainda que “o Brasil é o quarto país no mundo em quantidade de área continental de Unidades de Conservação, atrás apenas dos Estados Unidos, Rússia e China” (SARLET, 2020, p. 450).

A fim de corroborar o entendimento dos tipos de UC, o art. 2º traz dentre várias definições o que se entende por “proteção integral”, “uso indireto” e “uso sustentável”, conforme segue:

VI - proteção integral: manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitido apenas o uso indireto dos seus atributos naturais;

[...]

IX - uso indireto: aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais;

[...]

XI - uso sustentável: exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável; (BRASIL, 2000).

A partir desses conceitos, é possível perceber as diferenças entre as duas categorias de Unidades de Conservação (UC), estabelecidos pela norma. Nas áreas classificadas como de proteção integral o regime jurídico é mais rígido, já que “o seu objetivo principal é a preservação do ambiente natural, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com forte limitação à intervenção antrópica” (SARLET, 2020, p. 454). Já nas UCs de uso sustentável, o objetivo é “conciliar a proteção da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais, possuindo, portanto, um regime menos rígido de proteção ambiental” (SARLET, 2020, p. 456).

Verifica-se que para ocorrer à implementação de todos os objetivos elencados para a unidade de conservação (artigo 4º), ainda é necessária a confecção de um Plano de Manejo, definido, no art. 2º, inciso XVII, como sendo um documento técnico que define o zoneamento do local e quais normas “devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade” (BRASIL, 2000). O zoneamento estabelece os espaços de manejo, para que cada uma delas alcance os objetivos “de forma harmônica e eficaz”, conforme o grupo ao qual fora vinculada, segundo o inciso XVI do art. 2º (BRASIL, 2000). Segundo o § 3º do art. 27 da lei, o documento deve ser elaborado no prazo de 5 anos da criação da UC (BRASIL, 2000).

A gestão do SNUC é composta por Órgão Consultivo e Deliberativo, Órgão Central e Órgãos Executores, conforme o art. 6º da lei (BRASIL, 2000). O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é esse Órgão Consultivo e Deliberativo, que tem a função de acompanhar a implementação do SNUC; o Ministério do Meio Ambiente (MMA) coordena o Sistema; enquanto o Instituto Chico Mendes, junto com os órgãos estaduais e municipais, têm por tarefa implementar o SNUC e administrar as UCs na sua respectiva competência (BRASIL, 2000).

Da lei de criação do SNUC, é possível depreender a necessidade de realização de gestão das unidades de conservação da natureza, que, para tanto, define e institui forma de gestão considerando as limitações criadas para cada uma das unidades, conforme as categorias instituídas, que também necessitam de planejamento individual para sua implementação.

Esta gestão individual proporciona a necessidade de realização de um planejamento para o manejo da área, considerando suas atribuições ambientais e demandas administrativas para a realização de seus objetivos, que podem ser desde a realização da conservação da área, a medidas de gestão para implementação de suporte para pesquisa científica, visitação e valorização econômica e social da diversidade biológica.

No entanto, existe a necessidade de recursos econômicos para a realização da gestão destas unidades. Estes podem ser levantados a partir da aprovação de licenciamento ambiental de empreendimento de significativo impacto ambiental, competindo ao órgão ambiental competente, devidamente apoiado em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório (EIA/RIMA), definir ao empreendedor, a obrigação de apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral (BRASIL, 2000).

Existe ainda a possibilidade de os órgãos responsáveis pela administração das unidades de conservação, receberem recursos ou doações de qualquer natureza, de origem nacional ou internacional, seja de organizações privadas ou públicas ou de pessoas físicas. Todavia, a administração dos recursos obtidos é de responsabilidade do órgão gestor da unidade e estes serão utilizados exclusivamente na sua implantação, gestão e manutenção. Tudo sempre respeitando a previsão no plano de manejo da UC (BRASIL, 2000).

Outra forma de produção de receita é aquela realizada por meio da exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços, que podem ser “desenvolvidos a partir dos recursos naturais, biológicos, cênicos ou culturais ou da exploração da imagem de unidade de conservação, exceto Área de Proteção Ambiental e Reserva Particular do Patrimônio Natural”. Esta exploração depende de prévia autorização e sujeitará o explorador a pagamento, conforme disposto no plano de manejo (BRASIL, 2000).

A aplicação destes recursos, oriundos de arrecadação, seja de doação, proveniente de licenciamento ambiental, exploração comercial, ou mesmo da cobrança de taxa de visitação, devem ser aplicados conforme determinam os incisos do artigo 35 da Lei do SNUC, lembrando que estes podem ser arrecadados para a realização da gestão das unidades de conservação do Grupo de Proteção Integral (BRASIL, 2000).

Assim, estes devem ser utilizados para a realização da implementação, manutenção e gestão da própria unidade, na ordem de 25% até 50%, da mesma forma para a realização de regularização fundiária. Já, para a implementação, manutenção e gestão, os recursos a serem utilizados devem ficar entre 15% e 50% da receita (BRASIL, 2000).

Seguindo essa linha de raciocínio, no item a seguir dá-se especial destaque para a taxa de preservação ambiental (TPA), considerada como instrumento de arrecadação eficiente na gestão das UCs. Como referência de modelos já existentes, será apresentada uma análise comparativa entre as TPAs instituídas por Fernando de Noronha, distrito estadual localizado em Pernambuco, pelo Município de Ilhabela, localizado em São Paulo, e pelo Município catarinense de Bombinhas.

### 3. ANÁLISE COMPARATIVA DA SISTEMÁTICA DA TAXA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL NAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DE FERNANDO DE NORONHA (PE), DE ILHABELA (SP) E DE BOMBINHAS (SC)

A instituição de TPA por parte dos municípios brasileiros tem ganhado destaque em âmbito nacional, gerando diversos debates sobre o assunto e despertando o interesse das pessoas e de governantes municipais. A TPA instituída pelo Município de Bombinhas, complexa desde o princípio, recentemente foi reconhecida como legítima pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 9153854-27.2014.8.24.0000.

Esta legalidade apontada pela decisão judicial sinaliza para a necessidade de realização de uma análise comparativa entre a cobrança de taxa para arrecadação de recurso para a conservação de Unidades de Conservação e a TPA do Município de Bombinhas, uma vez que a decisão cita como referência, para o reconhecimento da legalidade, a cobrança de taxa de visitação instituídas pelo Distrito Estadual de Fernando de Noronha (PE) e o Município de Ilhabela (SP), ambas sendo UCs devidamente instituídas por lei e regidas pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

O Decreto Estadual Pernambucano nº 13.555 de 1989 transformou o Arquipélago de Fernando de Noronha em uma Área de Proteção Ambiental (APA). De acordo com o art. 14, inciso I da Lei nº 9.985/00, considerando-a como sendo do Grupo de Unidades de Conservação de Uso Sustentável. A APA costuma ser uma área extensa territorialmente, “com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas” (BRASIL, 2000).

Os objetivos da APA são de “proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais” (BRASIL, 2000). A APA pode ser constituída de terras públicas e privadas, podendo as terras particulares sofrerem restrição (BRASIL, 2000). O § 5º do art. 15 da Lei nº 9.985/00 dispõe que a APA terá um Conselho constituído “por representantes dos órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e da população residente, conforme se dispuser no regulamento desta Lei” (BRASIL, 2000).

O Plano de Manejo de Fernando de Noronha foi revisado em 2017, pelo Instituto Chico Mendes de Preservação Ambiental e Ministério do Meio Ambiente (INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE, 2017). Avaliando o documento, é possível perceber a importância desse tipo de planejamento, pois a partir dos estudos caracterizadores da região delimitada geograficamente, é possível estabelecer metas e ações. Dessa forma, é feito o zoneamento da área delimitada, conforme o uso e a ocupação territorial; são estabelecidas algumas ações de manejo, divididas por programas; a gestão da área de forma responsável é o que faz o plano de manejo ser instrumento fundamental para a conservação de qualquer área de preservação ambiental.

Já o Decreto nº 9.414, de 20 de janeiro de 1977 criou o Parque Estadual de Ilhabela, que abrange algumas áreas do Município de Ilhabela (SÃO PAULO, 1977). O Parque Estadual é do

tipo de Unidade de Conservação de Proteção Integral, conforme o art. 8º, inciso III e art. 11 e §4º da Lei nº 9.985/00 (BRASIL, 2000).

O Decreto que instituiu o Parque Estadual delimitou suas áreas, pois, como é de domínio público, eventuais terras particulares localizadas dentro da área do Parque foram desapropriadas (BRASIL, 2000). Desta forma, a Lei do SNUC cria limitações de uso e condiciona que “a visitação pública está sujeita às normas e restrições estabelecidas no Plano de Manejo da unidade”, além das normas do órgão que administra o Parque e dos regulamentos criados para tanto (BRASIL, 2000).

O Plano de Manejo do Parque Estadual de Ilhabela foi aprovado por meio da Resolução nº 8 da Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, no dia 20 de janeiro de 2016 (SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE DE SÃO PAULO, 2016). Referido plano também se preocupa em detalhar a metodologia aplicada para a construção do diagnóstico da situação atual da região geográfica, a fim de dividi-la em zonas, conforme o uso e a ocupação, e, a partir disso, são estabelecidos programas de gestão, com linhas de ação e critérios de monitoramento e avaliação destes programas.

Pela descrição acima, percebe-se que tanto Fernando de Noronha como Ilhabela são Unidades de Conservação devidamente instituídas por atos do poder público, conforme os preceitos do SNUC, estando sujeitas à fiscalização e requisitos próprios, como confeccionar um Plano de Manejo e implementá-lo de forma satisfatória na localidade, tanto que, instituíram a cobrança de taxa para a realização da preservação ambiental. Apesar de Fernando de Noronha não ser unidade de preservação integral, mas sim de uso sustentável, acabou instituindo taxa de preservação e, também, o controle de visitação por meio da delimitação da quantidade de pessoas a estarem visitando a UC ao mesmo tempo. Esta limitação é prevista pela lei do SNUC e recebe o nome de capacidade de carga.

Apoiado nesta possibilidade de realizar cobrança de taxa, o Município de Bombinhas, localizado em Santa Catarina, instituiu uma TPA para acesso ao município, não vinculado a uma UC específica, apesar de possuir quatro em seu espaço territorial, três Parques Municipais e um Federal. As municipais são o Parque Natural Municipal da Galheta, o Parque Natural Municipal Morro do Macaco; e o Parque Natural Municipal Costeira de Zimbros, único com Plano de Manejo aprovado.

Ainda há a Reserva Biológica Marinha do Arvoredo, uma Unidade de Conservação Federal do Grupo de Proteção Integral (art. 8º, inciso II da Lei nº 9.985/00), criada pelo Decreto nº 99.142, de 12 de março de 1990. Como referida reserva é mantida pelo Poder Público Federal, não será objeto de análise mais aprofundada neste momento do estudo. Há que considerar que a reserva fica localizada em área de mar aberto e sua área de influência abarca parte do território do município de Bombinhas, Governador Celso Ramos e Florianópolis.

O Parque Natural da Galheta foi criado pela Lei nº 97 de 1994, baseada no antigo Código Florestal, a fim de preservar a vegetação da área. Atualmente, a Lei Complementar nº 106, de 23 de dezembro de 2009, que define o zoneamento do Município de Bombinhas, afirma em seu art. 39 quais são os limites geográficos da área. O art. 40 afirma que “as edificações admitidas dentro desta zona deverão seguir os parâmetros construtivos indicados no Plano de Manejo e com anuência da Fundação do Meio Ambiente Municipal” (BOMBINHAS, 2009). Mas, da página eletrônica do Município, é possível destacar que “atualmente a área está no

aguardo da elaboração de um Plano de Manejo que possa nortear o uso e ocupação do solo” (BOMBINHAS, 2019).

Já o Parque Natural Municipal do Morro do Macaco foi criado pela Lei nº 113 de 1994, baseado no antigo Código Florestal, a fim de preservar a paisagem do local. Atualmente, a Lei Complementar nº 106, de 23 de dezembro de 2009, que define o zoneamento do Município de Bombinhas, afirma em seu art. 37 a delimitação geográfica da área, e no art. 38, que as edificações deverão seguir os parâmetros do Plano de Manejo (BOMBINHAS, 2009). Segundo a página eletrônica oficial do Município, a área também aguarda a “elaboração de um plano de manejo que possa nortear o uso e ocupação do solo” (BOMBINHAS, 2019).

Vale ressaltar que, tanto o Parque Natural da Galheta como do Morro do Macaco, foram criados em 1994. A Lei nº 9.985/00, que instituiu o SNUC, prevê no §3º do art. 27 que o Plano de Manejo deve ser elaborado no prazo de 5 anos da criação da UC (BRASIL, 2000).

Enquanto isso, o Parque Natural Costeira de Zimbros foi criado como uma Unidade de Conservação de Proteção Integral, conforme o art. 1º do Decreto nº 2.123, de 17 de novembro de 2015. Seus limites geográficos estão delineados no art. 2º da norma, afirmando que a área e o perímetro serão precisados pelo respectivo Plano de Manejo. O art. 5º do mesmo Decreto, afirma que a administração da Unidade de Conservação caberá à Fundação de Amparo ao Meio Ambiente de Bombinhas (FAMAB), que deve ser gerido pelo respectivo Conselho Consultivo, formado “por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e da população tradicional residente na área”, segundo o art. 6º (BOMBINHAS, 2015).

O Parque Natural Costeira de Zimbros teve seu Plano de Manejo aprovado pela Portaria nº 01, de 04 de setembro de 2019 (BOMBINHAS, 2019c). O Plano é composto de 5 volumes, divididos conforme as temáticas que seguem: 1) Plano Básico; 2) Avaliação Estratégica; 3) Planejamento Geral Espacial; 4) Regulação Fundiária; 5) Uso Público (BOMBINHAS, 2019c).

Ainda há a previsão de mais uma UC no Município, definida na Lei Complementar nº 106, de 23 de dezembro de 2009, qual seja a UC da Sepultura, conforme o artigo 41. Todavia, esta unidade não foi legalmente instituída pelo Poder Público, tendo apenas a descrição de uma área, com os limites descritos entre o “Oceano Atlântico, a Zona de Interesse Ambiental e a Zona de Interesse Turístico localizada na Praia dos Ingleses” (BOMBINHAS, 2009). Esta não é citada como Unidade de Conservação a ser considerada pelo estudo em razão de não ter sido instituída como determina a Lei do SNUC, nem mesmo ter área determinada, e ausente plano de manejo.

Percebe-se que todas as UCs municipais de Bombinhas estão definidas como parques. Sobre esse tipo de UC, Paulo Antunes afirma que:

Os parques, sejam eles nacionais, estaduais ou municipais, constituem-se em um importante segmento das unidades de conservação. A finalidade dos parques é múltipla, pois servem tanto ao estudo científico quanto ao lazer. O parque é o modelo de unidade de conservação mais conhecido pela população em geral. Eles correspondem a um determinado padrão de conservação *in situ*. Os parques são os exemplos mais eloquentes da concepção de que é necessário o estabelecimento de verdadeiros santuários para que as áreas de valor ecológico excepcional permaneçam protegidas. (ANTUNES, 2020, p. 772)



O Decreto nº 2.441, de 27 de setembro de 2018, institui o Conselho Consultivo Integrado dos Parques do Município de Bombinhas, que tem por objetivo “atuar como instância de gestão integrada das unidades de conservação que o compõe”, conforme o art. 1º, parágrafo único do Decreto (BOMBINHAS, 2018a). Percebe-se, com todas as normas apresentadas, que o Município está, aos poucos, construindo uma estrutura administrativa voltada para a preservação ambiental, porém avançou pouco em termos de confecção de Plano de Manejo das suas UCs.

Apesar dos poucos avanços práticos, o Município achou por bem instituir uma Taxa de Preservação Ambiental por meio da Lei Complementar nº 185/2013, que foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 2014.073543-6, julgada improcedente por uma maioria apertada de votos pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cuja decisão foi confirmada pelo STF. Embora tenha sido reconhecida judicialmente a legitimidade da cobrança, há que se considerar que alguns aspectos da TPA de Bombinhas diferem das taxas instituídas por Ilhabela (SP) e Fernando de Noronha (PE). A existência de Plano de Manejo em apenas uma das UCs do Município e a não vinculação da TPA a nenhuma delas é uma diferença notável, bem como algumas questões relativas aos princípios da Isonomia Tributária e da Proporcionalidade, que serão comentadas em seguida.

#### **4. OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA E DA PROPORCIONALIDADE DA TPA DE BOMBINHAS**

O Estado deve adotar uma política tributária que dê suporte à estrutura administrativa necessária para a fiscalização de potenciais danos ecológicos, pois a ele é atribuído, tanto na Constituição Federal como na legislação infraconstitucional brasileira, a regulação e fiscalização de atividades que possam causar danos ambientais (SARLET, 2020, p. 298).

A dignidade humana como fundamento da República, prevista no inciso III do art. 1º da Constituição de 1988; aliada ao Princípio do Desenvolvimento Sustentável (art. 225) e aos Princípios da Ordem Econômica, dentre eles a defesa do meio ambiente (inciso VI), constituem as bases para a existência de tributação com a finalidade ambiental no Brasil (BRASIL, 1988) (MIGUEL, 2020, p. 84-85). Esta deve ser pensada de forma a angariar recursos para promover um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que proporcione vida digna em equilíbrio com as atividades econômicas, ao mesmo tempo em que promove a conscientização e incentiva práticas sustentáveis.

A Lei nº 9.985/00, instituidora do SNUC, “estabelece mecanismos capazes de assegurar a participação cidadã na criação de unidades de conservação, bem como de não onerar o indivíduo excessivamente” (ANTUNES, 2020, p. 759). Sendo que os recursos financeiros para a manutenção das UCs, podem vir da comercialização de produtos ou serviços (art. 33), de doações (art. 34) ou da instituição de taxa de visitação (art. 35) (BRASIL, 2000).

A espécie tributária denominada taxa está prevista no inciso II do art. 145 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e no art. 77 e seguintes do Código Tributário Nacional (CTN) (BRASIL,



1966). O art. 77 do CTN prevê a taxa como um tributo que visa remunerar um serviço específico e divisível; ou custear o exercício do poder de polícia por parte da administração pública.

Sendo assim, as taxas de visitação definidas na Lei do SNUC constituem-se como taxas destinadas a realização do poder de polícia, exercido pela administração pública nas UCs instituídas por lei, com a aplicação dos recursos vinculada aos incisos do art. 35 e às previsões contidas respectivo Plano de Manejo da UC (BRASIL, 2000).

O Estado, portanto, não pode mais, coloquialmente falando, 'se dar ao luxo' de utilizar o tributo com a finalidade única de arrecadação, mormente quando se considera que o Poder Público tem na extrafiscalidade tributária uma maneira eficaz de, entre outras finalidades, conciliar e promover o desenvolvimento econômico e a defesa dos valores ecológicos. Neste diapasão é que se afirma que, além da justiça fiscal, os tributos devem perseguir a justiça ambiental (MIGUEL, 2020, p. 123).

Nesse contexto, as taxas ambientais representam o instituto da extrafiscalidade tributária, pois apresentam "funções regulatórias e indutivas do comportamento da sociedade como um todo ou de apenas um grupo de cidadãos" (MIGUEL, 2020, p. 122). Ressalta-se que, não apenas as "onerações tributárias, mas, sobretudo, as desonerações fiscais devem ser utilizadas para incentivar condutas que promovam a efetivação de objetivos constitucionais, com impactos no seio social" (MIGUEL, 2020, p. 124). Por isso é vital a aplicação dos princípios da isonomia e proporcionalidade tributárias na cobrança dos tributos, assunto que será abordado a seguir.

O Município catarinense de Bombinhas, apesar de sua pequena extensão territorial de 35,923 km<sup>2</sup> e diminuta população de 19.193 habitantes em 2018, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), recebe cerca de 1,5 milhão de turistas na temporada de verão, de acordo com a Secretaria Municipal de Turismo de Bombinhas (BOMBINHAS, 2018b).

O enxuto território comporta três UCs municipais, quais sejam o Parque Natural Municipal da Galheta, o Parque Natural Municipal Morro do Macaco e o Parque Natural Municipal Costeira de Zimbros, nos quais são realizadas trilhas ecológicas, e ainda "uma unidade de conservação federal, a Reserva Biológica Marinha do Arvoredo" (BOMBINHAS, 2018b). Não há dúvidas de que o turismo é a atividade econômica mais rentável do Município, em razão das belezas naturais, o que motivou a instituição da TPA por meio da Lei Complementar nº 185, de 19 de dezembro de 2013, posteriormente regulamentada pela Lei nº 1407, de 29 de julho de 2014.

A controvérsia principal da TPA de Bombinhas é avaliar se há violação aos Princípios da Isonomia Tributária e da Proporcionalidade. A Isonomia é prevista no texto constitucional de forma genérica, no caput do art. 5º, e destinada especificamente às questões tributárias previstas no art. 150, inciso II (BRASIL, 1988). A diferença entre as duas previsões constitucionais é destacada por Sabbag (2017, p. 140), pois enquanto o art. 5º afirma simplesmente que todos são iguais perante a lei, o art. 150, inciso II prescreve uma proibição de tratamento desigual entre contribuintes em situação semelhante.

Sendo assim, só é permitido oferecer tratamento diferenciado aos contribuintes em situação idêntica se tal situação puder ser justificada pelo "viés finalístico (sem propósito especulativo), justificando-se por evidente nexos com o propósito da legislação estatal, deve

ser razoável, repousando na existência de diferença ‘real’ (e não aquela aparente ou arbitrária)” (SABBAG, 2017, p. 142).

A isonomia tributária se relaciona ao princípio da capacidade contributiva, que “encontra-se vinculada mais estreitamente à noção de igual sacrifício a todos, vinculando-se ao conceito de equidade ou de tributação justa” (MIGUEL, 2020, p. 107). Em relação à Proporcionalidade, deve ser estabelecida “uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que deve ser juridicamente o melhor possível” (FIORILLO, 2017, p. 209).

A título de comparação, verifica-se que na Lei nº 10.403, de 29 de dezembro de 1989, de Fernando de Noronha (PE), em seu art. 84 afirma que o fato gerador da TPA de Fernando de Noronha é a “utilização, efetiva ou potencial, por parte das pessoas visitantes, da infraestrutura física implantada no Distrito Estadual e do acesso e fruição ao patrimônio natural e histórico do Arquipélago” (FERNANDO DE NORONHA, 1989b). Percebe-se uma diferença fundamental entre as duas taxas, destacada por Pacheco (2016, p. 41), pois enquanto o Distrito Estadual de Pernambuco considera como fato gerador às pessoas que visitam seu território, Bombinhas considera os veículos.

Em Ilhabela acontece situação semelhante, pois o art. 2º da Lei nº 547 de 2007, considera como fato gerador da TPA o poder de polícia exercido pelo município com fins de “proteção, preservação e conservação do meio ambiente [...] incidente sobre o trânsito de veículos utilizando infraestrutura física na sua jurisdição” (ILHABELA, 2007). Apesar da aparente semelhança, Ilhabela possui o plano de manejo da área, o que traz mais planejamento para assegurar que o dinheiro arrecadado será revertido em ações que respeitem a finalidade da instituição da TPA, devidamente instituída pelo Plano de Manejo e segundo as limitações instituídas pelo SNUC.

Outra diferença é que Ilhabela é uma ilha, portanto lança e arrecada a TPA na saída dos veículos pelas balsas, além de cobrar o tributo durante todo o ano. Bombinhas, por sua vez, que fica no continente, possui um sistema que filma os veículos que adentram seu território, pelo único acesso pavimentado, não havendo controle por acessos alternativos, devendo recolher a TPA nos postos de atendimento ou pela página eletrônica da prefeitura. Em Bombinhas, a cobrança da TPA se restringe à época de maior movimentação turística no Município, definida pela lei como sendo de 15 de novembro até 15 de abril (BOMBINHAS, 2013b).

Considerando que a finalidade da TPA é a manutenção e conservação dos recursos ambientais, atribuir a hipótese de incidência às pessoas, como faz Fernando de Noronha (PE), é muito mais acertado, pois assim se manifesta a verdadeira aplicação dos Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade, evitando a situação descrita a seguir:

Em um caso hipotético, dois veículos com a mesma marca, modelo, ano e estado de conservação. O veículo “A” possui 5 (cinco) pessoas no seu interior, enquanto que apenas 1 (uma) pessoa está dentro do automóvel “B”. Ambos os transportes adentram a jurisdição de Bombinhas e lá permanecerão pelo mesmo decurso de tempo.

Segundo a taxa instituída, o valor do pagamento a ser realizado será o mesmo para os dois. Não considera-se: a) o número de pessoas que adentrou ao município, o que entende-se como o que de fato vai causar uma suposta degradação, e b) o tempo que cada veículo permanecer no município de Bombinhas (PACHECO, 2016, p. 40).

Ao deixar de considerar o número de pessoas e o decurso de tempo que ficaram no Município, a TPA de Bombinhas desrespeita os Princípios da Isonomia Tributária e da Proporcionalidade, pois “não há proporção e igualdade ao se cobrar o mesmo valor a veículos semelhantes, sendo que um deles possui 1 (uma pessoa) em seu interior, enquanto o outro tem 5 (cinco) ocupantes”, conforme exemplo (PACHECO, 2016, p. 44).

Outra questão particular da TPA de Bombinhas é a limitação do período em que a taxa é cobrada, pois enquanto em Fernando de Noronha e Ilhabela a TPA é cobrada de forma contínua, o Município catarinense limitou a cobrança para o período considerado como de alta temporada, de 15 de novembro até 15 de abril do exercício seguinte, conforme o art. 3º da Lei Complementar nº 185/2013 (BOMBINHAS, 2013b). Importante destacar que é compreensível que a maior movimentação de turistas ocorra dentro desse período, mas questiona-se a definição taxativa de um período, pois tal definição gera desigualdade de tratamento, já que se um turista chega ao Município dia 14 de novembro ou 16 de abril, nada pagará, mas se tivesse vindo um dia depois ou um dia antes, pagaria (PACHECO, 2016, p. 47).

Quanto à base de cálculo das taxas, esta deve ser específica, relativa ao “valor do serviço, real, presumido, estimado ou arbitrado”, não podendo levar em consideração serviços gerais já custeados pelos impostos (MEIRELLES; REIS; SILVA, 2008, p. 261). Bombinhas utilizou uma base de cálculo estimativa do custo da atividade administrativa do Município em função da degradação ambiental ocorrida durante a temporada de verão, conforme o art. 3º da LC nº 185/2013 (BOMBINHAS, 2013b). Apesar de se poder estimar a base de cálculo de taxas, é interessante que pelo menos exista um Estudo Técnico embasando a estimativa.

Seguindo a linha de comparação, a base de cálculo da TPA de Fernando de Noronha foi definida pelo art. 86 da Lei nº 10.403, de 29 de dezembro de 1989, que institui os tributos do Distrito Estadual de Fernando de Noronha (PE), leva em consideração os dias de permanência no local, com alguns critérios vinculados ao tempo de permanência na localidade (FERNANDO DE NORONHA, 1989b).

Salientadas as críticas à legislação que instituiu a TPA de Bombinhas, é importante também trazer que a instituição das taxas ambientais pelos diversos Municípios brasileiros materializa o Princípio do Poluidor-Pagador, pois o potencial poluidor deve pagar um valor a fim de manter adequadas as condições do meio ambiente. Portanto, “esse princípio não tem como base a compensação aos danos causados pela poluição, mas ele engloba todos os custos voltados a prevenção, reparação e repressão do dano ambiental” (LANDA, 2018, p. 6).

Sabe-se também que o meio ambiente geralmente não é uma área em que ocorrem muitos investimentos, por isso é vital que existam iniciativas que tragam soluções que deem para a temática a devida importância.

Apesar da nobreza da temática de preservação ambiental, entende-se que no caso da TPA de Bombinhas existem violações aos Princípios da Isonomia Tributária e da Proporcionalidade.

lidade, conforme exposto, sendo que na forma como está sendo aplicada atualmente revela-se norma inconstitucional, por violar o art. 150, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e o art. 128, inciso II da Constituição Estadual de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 1989). A base de cálculo também apresenta problemas, pois não foi localizado nenhum Estudo Técnico para sua estimativa. Por fim, é necessária a confecção dos Planos de Manejo de todas as UCs instituídas pelo Município, a fim de que realmente aconteça a preservação ambiental dessas áreas, com o planejamento apropriado.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As TPAs vêm ganhando destaque como instrumentos para obtenção de recursos para investimento nas causas ambientais. Porém, por mais que seja interessante sua instituição, a fim de materializar o princípio do Poluidor-Pagador, é fundamental que sejam respeitados os requisitos para sua instituição, bem como que exista um planejamento e transparência na aplicação dos recursos. Nesse sentido, o presente estudo analisou de forma comparativa a sistemática das TPAs instituídas pelos municípios de Ilhabela (SP), Bombinhas (SC) e pelo Distrito Estadual de Fernando de Noronha (PE).

Sabe-se que a receita da taxa é vinculada à sua finalidade específica. No caso das TPAs, a arrecadação deve ser destinada para a manutenção das UCs, de acordo com o Plano de Manejo, dentro os limites instituídos pelo SNUC. Para que a aplicação dos recursos aconteça de forma planejada e transparente, portanto, é obrigação a existência de Plano de Manejo para as UCs. Essa é a diferença mais latente entre as TPAs comparadas, pois enquanto Fernando de Noronha e Ilhabela possuem Planos de Manejo, Bombinhas instituiu a taxa para a entrada de carros no município, e em nenhum momento vincula a cobrança a gestão de uma das três UCs municipais que existem em seu território, sendo que apenas uma delas possui Plano de Manejo, mas não prevê origem orçamentaria pela taxa.

Outra diferença fundamental que se destaca é a questão do fato gerador da TPA, que em Bombinhas está vinculada aos veículos que adentram ao seu território, não levando em conta o número de pessoas nem o número de dias de permanência no Município, como Fernando de Noronha, o que se considera mais acertado. Vale destacar que, embora Ilhabela também tenha vinculado ao veículo que adentra seu território, referido município é uma ilha, e os veículos a acessam unicamente por meio de balsas, diferente de Bombinhas que está localizada no continente e cobra apenas pelo acesso na única estrada pavimentada, não realizando controle nos acessos não regularizados. Vale destacar que, o acesso de pessoas por meios náuticos no município, não são controlados ou taxados.

A instituição das TPAs pode ser um instrumento poderoso para que sejam realizados os investimentos necessários para a preservação, manutenção e conservação das UCs, porém é necessário que aconteça o controle por meio dos requisitos legais, e a fiscalização necessária para que sua eficiência seja alcançada. A confecção do Plano de Manejo é etapa fundamental para que os recursos obtidos com o tributo sejam investidos de forma planejada e transparente, para não apenas onerar o contribuinte sem a contraprestação específica que a taxa, como tributo de finalidade vinculada à receita obtida, exige.

Esta nova forma de cobrança de taxa para a preservação ambiental do município, não estando atrelada a Unidades de Conservação, deve ser melhor analisada, pois outros tributos existem a nível municipal para a realização do planejamento urbano, que devem ser considerados e utilizados para o fim de proteção, tais como o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, Imposto sobre Serviços – ISS, Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, entre outros, além dos instrumentos de gestão instituídos pelo Estatuto das Cidades (Lei 10.257/01) que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal (CARDOSO NETO; WEISE, 2019). É fundamental que todas as iniciativas que busquem mais recursos para investimento no meio ambiente respeitem todos os requisitos legais e de planejamento dos recursos arrecadados, para que a preservação ambiental realmente aconteça e a sustentabilidade seja materializada.

Destaca-se que foi aprovada na Assembleia Estadual de Santa Catarina a proposta de Emenda à Constituição Estadual nº 001.0/2019, que tem como texto final a alteração do inciso V artigo 128 da carta estadual. Referido artigo define vedações sobre tributos estaduais, e a redação do seu inciso V foi aprovada nos seguintes termos: “estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou de bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, inclusive por meio da cobrança de taxa de qualquer natureza, excluída a cobrança de preço pela utilização de vias conservadas pelo Estado”. A alteração, publicada no Diário da Assembleia em 29 de outubro de 2020, deixa claro que, tanto o governo estadual como municipais ficam proibidos de instituir a cobrança de taxa de qualquer natureza que limite o tráfego de pessoas ou de bens.

Ressalta-se que a TPA de Bombinhas não pode ser caracterizada como pedágio, pois não retém os veículos das pessoas, permitindo sua circulação no local, independente do pagamento do tributo (CARDOSO NETO, WEISE, 2019). O que se pode afirmar é que a temática das taxas ambientais ainda repercutirá muito, tanto no legislativo como no judiciário, mas em síntese, é necessário que a técnica trazida pela legislação tributária e ambiental, e o bom senso prevaleçam, pois assim será possível a construção de instrumentos eficazes para o tão necessário investimento na área ambiental.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 21. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597025194>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Proposição de Emenda à Constituição Estadual nº 0001.0/2019*. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/legislativo/tramitacao-de-materia/PEC/0001.0/2019>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. *Decreto nº 2123, de 17 de novembro de 2015*. Dispõe sobre a recategorização da Área de Relevante Interesse Ecológico (AIRE) da Costeira de Zimbros, Unidade de Conservação de Uso Sustentável, para Parque Natural Municipal Costeira de Zimbros, Unidade de Proteção Integral e dá outras providências. 2015. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/bombinhas/decreto/2015/212/2123/decreto-n-2123-2015-dispoe-sobre-a-recategorizacao-da-area-de-relevante-interesse-ecologico-arie-da-costeira-de-zimbros-unidade-de-conservacao-de-uso-sustentavel-para-parque-natural-municipal-costeira-de-zimbros-unidade-de-protecao-integral-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 20 jun 2021.



BOMBINHAS. Decreto nº 2304, de 13 de junho de 2017. Nomeia membros para o Conselho Consultivo do Parque Natural Municipal da Costeira de Zimbros. 2017a. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/sc/b/bombinhas/decreto/2017/230/2304/decreto-n-2304-2017-nomeia-membros-para-o-conselho-consultivo-do-parque-natural-municipal-da-costeira-de-zimbros>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Decreto nº 2441, de 27 de setembro de 2018. Institui o Conselho Consultivo Integrado dos Parques Naturais do Município de Bombinhas e dá outras providências. 2018a. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/bombinhas/decreto/2018/245/2441/decreto-n-2441-2018-institui-o-conselho-consultivo-integrado-dos-parques-naturais-do-municipio-de-bombinhas-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. FAMAB apresenta Plano de Manejo da Costeira de Zimbros. 2019a. Disponível em: <https://www.bombinhas.sc.gov.br/noticias/index/ver/codMapaltem/10974/codNoticia/555957>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. História do Município de Bombinhas. 2013a. Disponível em: <https://www.bombinhas.sc.gov.br/cms/pagina/ver/codMapaltem/11119>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Lei Complementar nº 106, de 23 de dezembro de 2009. Dispõe sobre o perímetro urbano, o zoneamento, uso e ocupação do solo urbano do Município de Bombinhas e dá outras providências. 2009. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/plano-de-zoneamento-uso-e-ocupacao-do-solo-bombinhas-sc>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Lei Complementar nº 185, de 19 de dezembro de 2013. Institui a Taxa de Preservação Ambiental - TPA e dá outras providências. 2013b. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/bombinhas/lei-complementar/2013/18/185/lei-complementar-n-185-2013-institui-a-taxa-de-preservacao-ambiental-tpa-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Lei Complementar nº 264, de 16 de fevereiro de 2017. Altera a Lei Complementar nº 185, de 19 de dezembro de 2013 que institui a Taxa de Preservação Ambiental - TPA e dá outras providências. 2017b. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/bombinhas/lei-complementar/2017/26/264/lei-complementar-n-264-2017-altera-a- lei-complementar-n-185-de-19-de-dezembro-de-2013-que-institui-a-taxa-de-preservacao-ambiental-tpa-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Lei nº 97 de 1994. Dispõe sobre a criação do Parque Municipal da Galheta. 1994a. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/bombinhas/lei-ordinaria/1994/9/97/lei-ordinaria-n-97-1994-dispoe-sobre-a-criacao-do-parque-municipal-da-galheta>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Lei nº 113 de 1994. Dispõe sobre a criação do Parque Municipal do Morro do Macaco. 1994b. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/bombinhas/lei-ordinaria/1994/11/113/lei-ordinaria-n-113-1994-dispoe-sobre-a-criacao-do-parque-municipal-do-morro-do-macaco>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Plano de Manejo: Costeira de Zimbros. 2019b. Disponível em: <https://www.bombinhas.sc.gov.br/cms/pagina/ver/codMapaltem/129190>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Lei nº 1407, de 29 de julho de 2014. Regulamenta a Taxa de Preservação Ambiental - TPA, instituída pela Lei Complementar nº 185, de 19 de dezembro de 2013 e dá outras providências. 2014. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/bombinhas/lei-ordinaria/2014/140/1407/lei-ordinaria-n-1407-2014-regulamenta-a-taxa-de-preservacao-ambiental-tpa-instituida-pela-lei-complementar-n-185-de-19-de-dezembro-de-2013-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Portal de Turismo de Bombinhas: Parque Natural Municipal da Galheta. Disponível em: <https://turismo.bombinhas.sc.gov.br/equipamento/index/codEquipamento/16101>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Portal de Turismo de Bombinhas: Parque Natural Municipal Costeira de Zimbros. Disponível em: <https://turismo.bombinhas.sc.gov.br/equipamento/index/codEquipamento/16100>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Portal de Turismo de Bombinhas: Parque Natural Municipal Morro do Macaco. Disponível em: <https://turismo.bombinhas.sc.gov.br/equipamento/index/codEquipamento/4094>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. Portaria nº 01, de 04 de setembro de 2019. Aprova o Plano de Manejo do Parque Natural municipal da Costeira de Zimbros, no município de Bombinhas, SC. 2019c. Disponível em: [https://static.fecam.net.br/uploads/476/arquivos/1583840\\_Portaria\\_de\\_aprovacao\\_do\\_Plano\\_de\\_Manejo.pdf](https://static.fecam.net.br/uploads/476/arquivos/1583840_Portaria_de_aprovacao_do_Plano_de_Manejo.pdf). Acesso em: 20 jun. 2021.



BOMBINHAS. *Secretaria Municipal de Turismo de Bombinhas*. 2018b. Disponível em: <https://turismo.bombinhas.sc.gov.br/sobre-a-cidade#dados-municipio>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BOMBINHAS. *STF confirma novamente constitucionalidade de taxa*. 2019d. Disponível em: <https://www.bombinhas.sc.gov.br/noticias/index/ver/codMapaltem/10974/codNoticia/588324>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 99.142, de 12 de março de 1990*. Cria, no Estado de Santa Catarina, a Reserva Biológica Marinha do Arvoredo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99142.htm). Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm). Acesso em: 20 jun. 2021.

CARDOSO NETO, Nicolau; WEISE, Luiza Sens. A estrutura tributária municipal: análise da (in)constitucionalidade da taxa de preservação ambiental de Bombinhas (SC). *Juris Plenum Direito Administrativo*, Caxias do Sul, ano VI, n. 24, out./dez. 2019.

FERNANDO DE NORONHA. *Decreto Estadual nº 13.955, de 17 de outubro de 1989*. Dispõe sobre a estrutura organizacional da coordenadoria de administração do Arquipélago de Fernando de Noronha e dá outras providências. Recife: Palácio do Campo das Princesas, 1989a. Disponível em: <http://www.noronha.pe.gov.br/instLegislacao.php?cat=4>. Acesso em: 20 jun. 2021.

FERNANDO DE NORONHA. *Lei nº 10.403, de 29 de dezembro de 1989*. Institui os tributos no âmbito do Distrito Estadual de Fernando de Noronha, dispõe sobre a sua competência tributária e dá outras providências. Recife: Palácio do Campo das Princesas, 1989b. Disponível em: [https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/legislacao/Leis\\_Tributarias/1989/Lei10403\\_89.htm](https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/legislacao/Leis_Tributarias/1989/Lei10403_89.htm). Acesso em: 20 jun. 2021.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Direito ambiental tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547228248>. Acesso em: 26 jun. 2021.

FUNDAÇÃO FLORESTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Parque Estadual de Ilhabela: Plano de Manejo*. Volume principal. 2015. Disponível em: <http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/fundacaoflorestal/2012/01/VOLUME-PRINCIPAL.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

FUNDAÇÃO FLORESTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Plano de Manejo do Parque Estadual de Ilhabela*. Disponível em: <https://www.infraestruturameioambiente.sp.gov.br/fundacaoflorestal/planos-de-manejo/planos-de-manejo-planos-concluidos/plano-de-manejo-pe-ilhabela/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ILHABELA. *Lei nº 547 de 2007*. Cria a Taxa de Preservação Ambiental - TPA, acresce dispositivo no Código Tributário Municipal, e dá outras providências. Ilhabela, 2007. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/i/ilhabela/lei-ordinaria/2007/54/547/lei-ordinaria-n-547-2007-cria-a-taxa-de-preservacao-ambiental-tpa-acresce-dispositivo-no-codigo-tributario-municipal-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 20 jun. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Panorama do Município de Bombinhas (SC)*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/bombinhas/panorama>. Acesso em: 20 jun. 2021.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. *Plano de Manejo da Área de Proteção Ambiental de Fernando de Noronha – Rocas – São Pedro e São Paulo*. Brasília, DF: ICMBio, 2017. Disponível em: [http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/plano-de-manejo/plano\\_de\\_manejo\\_parna\\_fernando-de-noronha.pdf](http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/plano-de-manejo/plano_de_manejo_parna_fernando-de-noronha.pdf). Acesso em: 20 jun. 2021.

LANDA, Giovani Guimarães. *Tributação ambiental e sua importância*. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.unec.edu.br/ojs/index.php/revistadeciencias/article/view/524>. Acesso em: 20 jun. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes; REIS, Márcio Schneider; SILVA, Edgard Neves da. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 854 p.

MIGUEL, Luciano Costa. *Direito Tributário Ambiental: o papel dos tributos no desenvolvimento científico e sustentável*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Tabela Consolidada do Cadastro Nacional de Unidades de Conservação*. 2020. Disponível em: [https://antigo.mma.gov.br/images/arquivo/80229/CNUC\\_FEV20%20-%20B\\_Cat.pdf](https://antigo.mma.gov.br/images/arquivo/80229/CNUC_FEV20%20-%20B_Cat.pdf). Acesso em: 20 jun. 2021.

PACHECO, Jeison Cristian. *A inconstitucionalidade da Taxa de Preservação Ambiental (TPA) cobrada no Município de Bombinhas/SC*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/166583>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1372 p.

SANTA CATARINA. Nesta quinta: Porto Belo e Bombinhas tem audiência para debater “TPA e pedágios urbanos”. *Agência AL*, 11 mar. 2020. Disponível em: [http://agenciaal.alesc.sc.gov.br/index.php/gabinetes\\_single/nesta-quin-ta-porto-belo-e-bombinhas-tem-audiencia-publica-para-debater-tpa](http://agenciaal.alesc.sc.gov.br/index.php/gabinetes_single/nesta-quin-ta-porto-belo-e-bombinhas-tem-audiencia-publica-para-debater-tpa). Acesso em: 20 jun. 2021.

SANTA CATARINA. *Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989*. Florianópolis: ALESC, 1989. Disponível em: [http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao\\_estadual\\_1989.html](http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html). Acesso em: 20 jun. 2021.

SÃO PAULO. *Decreto nº 9.414, de 20 de janeiro de 1977*. Cria o Parque Estadual de Ilhabela e dá outras providências correlatas. Casa Civil, 1977. Disponível em: [http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1977/dec\\_9414\\_1977\\_criaparqueestadualilhabela\\_sp.pdf](http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1977/dec_9414_1977_criaparqueestadualilhabela_sp.pdf). Acesso em: 20 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530991197>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE DE SÃO PAULO. *Resolução SMA nº 08, de 20 de janeiro de 2016*. Aprova o Plano de Manejo do Parque Estadual de Ilhabela. 2016. Disponível em: [http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/fundacaoflorestal/2012/01/Resolucao-SMA\\_08\\_2016-PE-Ilhabela.pdf](http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/fundacaoflorestal/2012/01/Resolucao-SMA_08_2016-PE-Ilhabela.pdf). Acesso em: 20 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Órgão Especial conclui que taxa de proteção ambiental de Bombinhas é constitucional*. Poder Judiciário de Santa Catarina, 15 fev. 2017. Disponível em: [https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/noticias/visualizar/-/asset\\_publisher/I22DU7evsBM8/content/orgao-especial-conclui-que-ta-xa-de-protecao-ambiental-de-bombinhas-e-constitucional;jsessionid=1BD245777E31191D11BD66E707B13057](https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/noticias/visualizar/-/asset_publisher/I22DU7evsBM8/content/orgao-especial-conclui-que-ta-xa-de-protecao-ambiental-de-bombinhas-e-constitucional;jsessionid=1BD245777E31191D11BD66E707B13057). Acesso em: 20 jun. 2021.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 11/05/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/05/2020
- Avaliação 1: 02/11/2020
- Avaliação 2: 14/06/2021
- Decisão editorial preliminar: 15/06/2021
- Retorno rodada de correções: 29/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 05/07/2021

#### Equipe editorial envolvida

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

# SUSTENTÁVEL PARA QUEM? A GENTRIFICAÇÃO E A REESTRUTURAÇÃO URBANA COMO UMA CONSEQUÊNCIA DAS OBRAS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL EM FOZ DO IGUAÇU

SUSTAINABLE TO WHOM? GENTRIFICATION AND  
URBAN RESTRUCTURING AS A CONSEQUENCE OF THE  
REGIONAL DEVELOPMENT WORKS IN FOZ DO IGUAÇU

FLÁVIA CÂNDIDO DA SILVA<sup>1</sup>  
LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente estudo parte da constatação da existência de um hiato entre a qualidade da produção teórica e as formas de execução praticadas nos planos de desenvolvimento regional. Assim sendo, o escopo central foi discutir o uso das obras de desenvolvimento regional como instrumento desenvolvimentista urbano, indagando se os investimentos locais que têm por escopo o desenvolvimento local feitos na cidade de Foz do Iguaçu, Oeste do Paraná, alcançam ou atendem à população local. A cidade em questão é um polo turístico, aspecto utilizado como política de promoção do enriquecimento local. Este estudo aponta que, na realização dos empreendimentos, a população local seguiu empobrecida e a distribuição dos lucros não foi percebida pelos moradores das áreas atingidas, que não tiveram acesso aos serviços de luxo oferecidos e ainda sofreram outras consequências ao processo de gentrificação urbano. Para tal análise, foi utilizado o método dedutivo a partir de pesquisas historiográficas sobre a criação e o crescimento da cidade e de trabalhos anteriores publicados com relatos de memórias coletados por pesquisadores da tríplex fronteira. Tais estudos foram confrontados com o Artigo 170 da Constituição Federal, especialmente o inciso VII, que determina a redução das desigualdades regionais e sociais como escopo dos princípios gerais da atividade econômica. Outro elemento analisado foi o conceito de sustentabilidade dentro do desenvolvimento regional, especificamente na região de Foz do Iguaçu, que é enviesada de fronteiras e pluralidades. Concluiu-se que o desenvolvimento pensado só pelo capital, pelo lucro, da forma como foi executado até agora, não favoreceu ao desenvolvimento pleno e não cumpriu os preceitos constitucionais. Defende, desse modo, uma abordagem específica

- 1 Docente do IFPR - Instituto Federal do Paraná. Doutoranda em Direito pela UNIMAR-UNIVERSIDADE DE MARÍLIA. Mestra em Ciências Sociais, UNESP. Especialista em Antropologia, USC. Especialista em Direito Tributário, ANHANGUERA. Graduada em Direito - UNIOESTE. E-mail: flaviacandido\_adv@hotmail.com.
- 2 Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP); professor titular dos Programas de Doutorado/mestrado em Direito da Universidade de Marília; docente associado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina; advogado em Londrina.

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

SILVA, Flávia Cândido da; OLIVEIRA, Lourival José de. Sustentável para quem? a gentrificação e a reestruturação urbana como uma consequência das obras de desenvolvimento regional em Foz do Iguaçu. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 218-229, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.7892>.

do desenvolvimento, vista como um processo de expansão das liberdades substantivas das pessoas, que são, de fato, o objeto da norma, passando por uma compreensão integrada dos papéis das diferentes instituições que se propuseram a promover o desenvolvimento e suas interações com os sujeitos envolvidos.

**Palavras-chave:** desenvolvimento; gentrificação; sustentabilidade.

## ABSTRACT

*The present study starts from the finding of a gap between the quality of theoretical production and the forms of implementation practiced in regional development plans. Thus, the central scope was to discuss the use of regional development works as an urban development tool, inquiring whether the local investments that have as scope the local development made in the city of Foz do Iguaçu, west of Paraná, reach or serve the local population. The city in question is a tourist pole, an aspect used as a policy to promote local enrichment. This study points out that the local population continued to be impoverished and the distribution of profits was not perceived by the residents of the affected areas, who did not have access to the luxury services offered and still suffered other consequences to the urban gentrification process. For this analysis, the deductive method was used from historiographic research on the creation and growth of the city and from previous works published with reports of memories collected by researchers from the triple frontier. Such studies were comforted by Article 170 of the Federal Constitution, especially item VII, which determines the reduction of regional and social inequalities as the scope of the general principles of economic activity. Another element analyzed was the concept of sustainability within regional development, specifically in the region of Foz do Iguaçu, which is biased by borders and pluralities. It was concluded that the development thought only by the capital, by the profit, in the way it has been executed until now, did not favor the full development and did not fulfill the constitutional precepts. It thus advocates a specific approach to development, seen as a process of expanding people's substantive freedoms, which are, in fact, the object of the norm, through an integrated understanding of the roles of the different institutions that have set out to promote development and their interactions with the subjects involved.*

**Keywords:** development; gentrification; sustainability.

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tem sido usado como slogan de diversas nações desde as recessões do pós 2ª guerra, propositadamente, tendo em vista que o conceito se alça na ideia de capitalismo como progresso social. Especialmente após as décadas de 1970 e 1980, os movimentos ambientalistas cunharam o termo 'sustentável' para fazer companhia ao desenvolvimento, como uma reação às denúncias de destruição do planeta causada pelo uso desenfreado dos recursos naturais nas indústrias e no agronegócio.

O avanço teórico-científico atual aprimorou o conceito e incorporou o elemento 'humano' a esse tripé, dando significado multidimensional ao termo 'sustentabilidade', entendido aqui como social, político, cultural, ambiental e econômico. Dessa forma, a noção mais atualizada de desenvolvimento em políticas de Estado é aquela que abrange todas essas dimensões com primazia à satisfação humana.

No intuito de demonstrar que há um hiato entre a qualidade da produção teórica e a aplicação pelos agentes do Estado, o escopo entral foi discutir o uso das obras e projetos de desenvolvimento regional como instrumento desenvolvimentista urbano, indagando se os investimentos locais que têm por escopo o desenvolvimento urbano feitos na cidade de Foz do Iguaçu alcançam ou atendem à população local. Considerando uma possível discrepância

entre as políticas de Estado e sua aplicação concreta, o objeto de estudo é a cidade de Foz do Iguaçu, polo de vocação turística no qual essas obras são utilizadas como políticas municipais, estaduais ou federais de promoção do enriquecimento local.

É preciso se perguntar: Na realização dos empreendimentos, a população local será beneficiada ou seguirá empobrecida? Como se deu a distribuição dos lucros? Serão percebidos pelos moradores das áreas atingidas ou sofrerão ainda outras consequências relacionadas ao processo de gentrificação<sup>3</sup> dos locais?

Para tal análise, utilizou-se o método dedutivo a partir de pesquisas historiográficas sobre a criação e o crescimento da cidade, aproveitando-se também de trabalhos anteriores publicados com relatos de memórias coletados por pesquisadores da tríplice fronteira.

Este artigo encontra-se assim estruturado: inicialmente, discutimos a relação entre as políticas de desenvolvimento e a valorização humana; posteriormente, destacamos as obras de desenvolvimento regional e a noção de gentrificação e reestruturação urbana; na sequência, problematizamos algumas definições do termo sustentabilidade, relacionado ao desenvolvimento regional; por fim, tecemos as considerações finais do estudo.

## 2. POLÍTICAS DESENVOLVIMENTISTAS E VALORIZAÇÃO HUMANA

A região da tríplice fronteira Brasil-Paraguai-Argentina é rica em recursos naturais e atrações turísticas, desde a beleza das águas das Cataratas do Iguaçu, que pode ser vista em ângulos diferentes a partir de dois países, até a Usina Hidrelétrica Binacional de Itaipu, uma das maiores construções do mundo. Esses e outros atrativos fazem da região um destino de milhares de turistas todos os anos. Além do lucro gerado pelo fluxo intenso ocasionado pelo turismo, que gera empregos diretos e indiretos, os municípios que compõem a região da tríplice têm um significativo recolhimento de impostos, sem contar o recebimento de *royalties* da produção de energia (SOUSA, 2009). Tudo isso é o que compõe o cenário do presente estudo.

A exploração dessas vocações da cidade de Foz do Iguaçu já existia, mas se intensificou no final da era militar, vivendo um peculiar e acelerado processo de urbanização com a construção da Usina e de hotéis de luxo para acomodação dos turistas. No entanto, desde aquela época, já se sentia que o 'pleno desenvolvimento' não beneficiava os moradores locais (SOUSA, 2009, p. 179), visto que encarecia o preço dos produtos e inflacionava a especulação imobiliária. Desse ponto de vista, concordamos com Oliveira (2009), que entende que o liberalismo pensado somente pelo capital, ou seja, pelo ganho econômico, não favorece o pleno desenvolvimento.

3 Gentrificação é entendida aqui um processo de transformação de centros urbanos por meio da mudança dos grupos sociais ali existentes. O fenômeno decorre da intervenção estatal na paisagem urbana, em que espaços até então abandonados passam a ser vistos como objeto de políticas de desterritorialização dos moradores habituais e reterritorialização para uso de grupos econômicos. Isso faz com que haja aumento do custo de vida no bairro, e, por consequência, afaste seus moradores tradicionais, pois sobem os aluguéis, o comércio local se torna mais caro e os antigos moradores já não têm mais condições financeiras de permanecerem ali.

Oliveira (2009) defende que o Estado deve ser regulador da economia privada, não somente se restringindo à economia, mas também à regulação social, agindo como fomentador de atividades que gerem transformação social, já que, para Crozier (apud OLIVEIRA, 2009), a separação entre econômico (racional puro) e social (justiça distributiva) é ultrapassada. Ademais, a escassez de recursos públicos não é justificativa para não promover ações de parceria de fomento à promoção de valores fundamentais, pois o Estado é o responsável primário pela efetivação do direito ao desenvolvimento. No entanto, embora louvável a iniciativa, vários apontamentos têm sido feitos com relação a essas ações Estatais (SMITH, 2007; CARDIN, 2011; LOUREIRO; AMORIM, 2013), indicando que, mesmo se propondo ao desenvolvimento regional, se não forem executadas adequadamente, instrumentalizam a manutenção e até o acirramento de desigualdades sociais.

Nesse sentido, a Constituição Federal brasileira de 1988 foi pensada em um momento histórico de reabertura democrática, para que o desenvolvimento fosse visto como objetivo fundamental do Estado. Esse documento, cordialmente chamado de Constituição Cidadã, está centrado no humanismo, a fim de erradicar a pobreza e as suas consequências, escassear a marginalização da população e reduzir as desigualdades sociais entre as regiões, com vistas a uma sociedade justa. Ao inserir princípios norteadores, o texto da Constituição direciona e provê o máximo de eficácia ao próprio documento, apontando as diretrizes de cumprimento das normas, tanto para evitar distorções na execução pelo Estado quanto deixar evidentes as possibilidades de sua atuação. Pompeu e Holanda (2017) asseveram que a Constituição criou as bases para o sistema econômico que adotou, determinando as linhas mestras a serem seguidas e executadas, nas quais o modelo econômico sancionado integra os valores sociais do trabalho e do desenvolvimento social.

Nesse formato, o texto constitucional dita as regras e aponta a bússola para o caminho do cumprimento delas, em um sistema cartesiano de coordenadas de desenvolvimento humano e econômico, no qual um não pode avançar sem o outro, centralizado na dignidade da pessoa humana. Para Silva (1998),

A dignidade, como fundamento da República em um Estado Democrático de Direito seria dotado de valor supremo, de modo que não seria apenas um princípio constitucional, mas estaria inserido e seria âncora para a aplicação da ordem política, social e econômica na Constituição Federal. (SILVA, 1998, p. 6).

A pilastra de sustentação da República apresenta como fundamentos, além da dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa. Conforme argumenta Silva (1998), “A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 1998, p. 6). Seguem como objetivos próprios a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a garantia do desenvolvimento nacional, na direção tomada pelo constituinte ao pensar uma constituição na qual a livre iniciativa e os valores sociais devam estar em sintonia como meio de preservar a dignidade de quem a ela se sujeita, de forma que o crescimento econômico e o desenvolvimento social fiquem em equilíbrio. Nessa perspectiva, compreendemos que qualquer iniciativa que se proponha alavancar o crescimento econômico deve conter, desde seu planejamento até os efeitos da sua execução, a força da valorização humana, do aproveitamento daquela obra pelas pessoas que serão por ela afetadas, e acrescentamos aqui que esse planejamento deve ser emancipatório, dando aos sujeitos a liberdade de manejo ao que melhor lhes aprouver.



## Pompeu e Holanda (2017) defendem ainda que

O papel construtor da Constituição é fundamental para o fomento do desenvolvimento econômico e social, as linhas mestras foram apresentadas, deve-se, portanto, que esse crescimento seja baseado em uma estrutura fundamental, a saber: atender as necessidades históricas do povo, não simplesmente reproduzir teorias econômicas de países cuja cultura e desenvolvimento não coincidem com o nosso, mas sim criar e aplicar características próprias que atendam a distinção da sociedade brasileira. (POMPEU; HOLANDA, 2017, p. 3).

Na mesma direção, Hesse (1991) afirma que a Constituição não é apenas a expressão do ser, isto é, não só contempla o seu substrato espiritual, mas também representa o dever para o alcance real das necessidades humanas. A constituição busca alcançar o desenvolvimento econômico e social de maneira a respeitar o desenvolvimento integral do país, atraindo para si os valores econômicos e sociais em conjunto, sem esquecer de sustentar a dignidade daqueles que estão sob sua proteção. Sendo assim, qualquer obra, política ou norma que não contemple os princípios constitucionais da dignidade e da emancipação humana, do desenvolvimento pautado no aproveitamento pelos sujeitos envolvidos, certamente não estará alinhada ao espírito constitucional.

## 2.1 OBRAS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL

A faixa de fronteira do Brasil é caracterizada geograficamente por ter 150 km de largura ao longo de 15.719km, abrangendo 11 unidades da Federação, 588 municípios e reunindo aproximadamente 10 milhões de habitantes (BRASIL, 2009). No entendimento expresso pelo Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira (PDFF, doravante), “o fortalecimento das regiões de fronteira e de seus subespaços, envolvendo a amazônia, a região central e o MERCOSUL configura-se como uma oportunidade de adquirir a competitividade necessária para o desenvolvimento sustentável integrado com os países da América do Sul” (BRASIL, 2009, p. 10). Para tanto, o desenvolvimento regional foi definido como prioritário, sendo que:

A grande inovação desta política refere-se à abordagem dirigida a espaços sub-regionais, buscando a dinamização econômica, o fornecimento de infraestrutura econômica e social e a melhoria nas condições de cidadania, envolvendo o fortalecimento dos atores locais e o aproveitamento das peculiaridades da organização social e das características produtivas locais. (BRASIL, 2009, p. 11).

Levando em consideração que o desenvolvimento regional é considerado pela coordenação do PDFF como o mecanismo adequado para obtenção dos resultados esperados, alguns pressupostos são considerados elementares para a sua implantação. Em primeiro lugar, as estratégias adotadas tentam observar e respeitar a diversidade de cada uma das regiões de fronteira, tendo em vista a necessidade de integração com outros países da América do Sul. Nesse sentido, é fundamental o fortalecimento da participação da população local por meio da organização da sociedade civil.

As ações promovidas pelo PDFF apresentam algumas fragilidades. Em primeiro lugar, constata-se a apropriação de uma concepção de desenvolvimento regional difundida pelos organismos internacionais reguladores da economia que, em grande medida, promovem a associação de práticas econômicas que antes eram sustentáveis à lógica do capital. Atrás da

inocente ideia de que a difusão de arranjos produtivos diferenciados e alternativos se encontra a possibilidade de adestramento do capitalismo está a inserção sistemática de uma população na estrutura econômica vigente e, conseqüentemente, no mercado. A elaboração de novos desenhos para as paisagens fronteiriças, com o objetivo de garantir melhorias em suas comunidades, vem se configurando como mecanismo de valorização territorial, vinculando-se a um movimento acelerado de especulação imobiliária.

Neil Smith (2007) já tratou do tema quando estudou os processos de reurbanização nos Estados Unidos. Para ele, os programas de urbanização e de intervenção espacial, por meio de investimentos sistemáticos, podem ser explicados pela soma de alguns fatores:

- a) a existência de regiões suburbanizadas acompanhadas do surgimento de possibilidades futuras na obtenção de um diferencial de renda nas mesmas regiões;
- b) a desindustrialização das economias avançadas e o crescimento do emprego no setor de serviços, que exigem o fortalecimento de outros nichos de exploração econômica;
- c) a histórica centralização espacial nas grandes metrópoles, enquanto ocorre um processo acelerado de descentralização do capital;
- d) a queda na taxa de lucro e os movimentos cíclicos do capital no intuito de garantir seus níveis de acumulação, por fim;
- e) as mudanças demográficas e nos padrões de consumo, representadas por um processo contínuo de inserção social na lógica do mercado. (SMITH, 2007)

Por mais contraditório que pareça, políticas que supostamente foram pensadas para o desenvolvimento de comunidades locais acabam dificultando a permanência delas em suas localidades originais devido ao aumento do valor do solo e do custo de vida. Ambas as situações são agravadas por um processo impiedoso de combate às práticas populares de sobrevivência, que passa pela elaboração de estratégias que limitam as possibilidades de criação de animais e o desenvolvimento de pequenos plantios nas regiões que recebem os investimentos.

O mesmo aconteceu na região de Foz do Iguaçu, com o agravante ser uma região tomada por práticas ilegais de comércio, como ressalta Cardin (2011):

Durante a década de 1990 foram promovidos processos de remoção das favelas do Monsenhor e da Marinha no município de Foz do Iguaçu, Paraná. Ambas ficavam localizadas no centro econômico da cidade e na barranca do Rio Paraná, região limítrofe com o Paraguai. Para os moradores locais, a posição de suas ocupações era estratégica por possibilitar a realização de atividades informais nas ruas mais movimentadas e também por garantir um acesso facilitado ao país vizinho. Todas as famílias removidas foram colocadas em uma mesma localidade (Cidade Nova), longe do centro econômico e político, limitando a manutenção de suas antigas práticas de sobrevivência. Não suficiente, o processo reuniu em um mesmo conjunto habitacional duas favelas comandadas por grupos de traficantes rivais, garantindo os maiores índices de homicídios de Foz do Iguaçu durante muitos anos. (CARDIN, 2011, p. 203).

O desenvolvimento regional planejado sem levar em consideração as práticas e as expectativas da população envolvida pode ser nocivo e desestruturante, e, na específica realidade da tríplice fronteira, causa a morte de muitos, além de ser prejudicial à imagem turística da cidade.

## 2.2 GENTRIFICAÇÃO E REESTRUTURAÇÃO URBANA

A remoção de favelas e de ocupações nas faixas de fronteira, justificadas como medidas de segurança e urbanização para o estabelecimento de um modelo de desenvolvimento de regional diferenciado, pode ser entendida como uma prática de gentrificação. As reformulações espaciais defendidas e muitas vezes realizadas buscam incluir regiões subutilizadas pelo sistema do capital dentro de um novo padrão econômico, agregando valor às terras que antes serviam de moradia e de trabalho para uma população pobre. Nesse processo, visualiza-se um movimento de desterritorialização dos habitantes originais que, frequentemente, são reterritorializados em regiões mais periféricas das grandes cidades, mantendo tais comunidades em uma situação degradante.

Como observa Carneiro Filho (apud CARDIN, 2011), tais obras colocam em questão os problemas de gestão dos governos locais e a capacidade de gestão e de aderência dos interesses locais a uma agenda que é muito mais ampla do que aquela apresentada pelas comunidades fronteiriças. Segundo o autor, os grandes projetos de infraestrutura que estão sendo realizados e aqueles que são previstos são pautados em uma perspectiva neoliberal. Em síntese, eles visam a garantir uma melhor distribuição de energia e de matéria-prima sem uma preocupação imediata com a aprovação das comunidades locais ou com os possíveis impactos que tais projetos possam promover.

Esse grupo de políticas está diretamente ligado aos investimentos em grandes obras de infraestrutura. Se, por um lado, visualizamos um esforço de monitoramento e fiscalização das fronteiras no intuito de combater o tráfico de drogas, armas e contrabando, por outro, é estabelecido um conjunto de projetos que buscam a integração regional, principalmente naquilo que se refere à unificação das vias de transporte de mercadorias e de transmissão de energia. Embora o principal objetivo seja a expansão econômica, o intuito é de que a população regional seja beneficiada pelo processo de desenvolvimento, o qual supostamente garantirá melhorias na qualidade de vida e e diminuirá as desigualdades sociais.

Todavia, observa-se que o bolo da riqueza que deveria ser dividido no futuro está crescendo fundamentalmente pelo sacrifício das comunidades locais. Os grandes projetos de infraestrutura não levam em consideração os interesses das populações diretamente afetadas e, muitas vezes, nem mesmo de seus governos municipais. Os projetos de urbanização e reorganização territorial, que são acompanhados de desterritorialização e reterritorialização de comunidades pobres, se sustentam em uma concepção de desenvolvimento econômico exclusivamente para a classe dominante, já que população excluída de suas antigas moradias é recolocada em regiões ainda degradadas (CARDIN, 2011). Não fosse isso suficiente, os trabalhadores atingidos acabam sendo reinseridos no mercado em ocupações que exigem baixa qualificação, em serviços frequentemente originados pelos próprios projetos.

O desenvolvimentismo se apresenta como uma proposta econômica e política de sucesso quando deixa de questionar quais os objetivos de tal desenvolvimento, quem são os sujeitos interessados e qual será o seu impacto social. Não há como negar que ele pode garantir um aumento da arrecadação e da renda *per capita*; porém, isso se dará às custas de uma maior centralização da riqueza e de um processo de exploração da classe trabalhadora, que é cada vez mais severo (SMITH, 2007). Para o estabelecimento de novas rotas de circula-

ção de capital e proteger aquelas que já existentes, a violência física, psicológica e simbólica corresponde a uma ferramenta imprescindível para o Estado.

### 3. A SUSTENTABILIDADE E OS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Tendo como pressuposto que a Constituição Federal de 1988, que é estabelecadora e mantenedora da democracia, a sustentabilidade é tangencia no texto como princípio normativo e como parâmetro para manutenção deocrática. Nota-se que a Constituição, com o propósito oferecer as condições necessárias para os cumprimentos dos objetivos da República, insere os princípios gerais da ordem econômica e consolida ainda mais os propósitos constitucionais ao constar, no Art. 170, que a “redução das desigualdades regionais e sociais” (BRASIL, 1988). dentro da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Não obstante, o significado de sustentabilidade não pode ser observado somente como uma matriz de ambientalismo versus desenvolvimentismo, visto que também deve atentar para a redução das desigualdades regionais e sociais (BRASIL, 1988). E por desigualdades entendemos que se referem ao o sofrimento e à desumanização das pessoas. A desigualdade não deve somente ser entendida como distância econômica, mas tudo aquilo que retira as redes de segurança emocionais, sociais e culturais das pessoas envolvidas.

Para Sen (2000), “o desenvolvimento tem de estar relacionado, sobretudo com a melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos” (SEN, 2000, p. 29), portanto, não é somente a posse de mercadorias, mas sim na vida em si mesma para que se possa viver com dignidade. A noção de sustentabilidade está sendo marcada atualmente por uma multiplicidade de perspectivas, muitas das quais recorrem a categorias de pensamento que não dão conta do problema essencial de transformação, pois são perspectivas unidimensionais que não correspondem com exatidão às demandas atuais que o conceito exige, das quais destacamos duas:

[...] a “naturalista”, que privilegia ou restringe o significado do meio-ambiente aos seus aspetos físicos e biológicos, dissociando a sociedade da natureza, e o “crítico”, que sobrevaloriza o ambiente como empreendimento próprio de uma experiência socialmente construída. (FIGUEIREDO SANTOS, 2013, p. 119).

O termo “desenvolvimento sustentável” é usado nas convenções internacionais sobre meio ambiente e desenvolvimento desde a década de 1990. Esse conceito pepete-se exaustivamente nos documentos oficiais e é inserido na formulação de políticas públicas mundiais, como se fosse dotado de um significado único e válido para todo o planeta.

Apesar de todos os esforços das políticas governamentais, esses documentos não têm conseguido reduzir desequilíbrios socioespaciais, resultantes das políticas de concentração econômica, excludentes e espacialmente segregadoras, especialmente em países em desenvol-

vimento (VALE *et al.*, 2018). Em decorrência disso, requer-se a propositura de novos paradigmas e de noções de sustentabilidade que tenham similaridade com os locais onde serão aplicadas.

Um novo conceito, ou ainda, a reapropriação do termo “desenvolvimento sustentável” deverá se pautar em princípios basilares, idealizados por Rohde (1999):

a) Princípio de Contingência, que reflete o novo não necessário; b) Princípio de Complexidade, que é a oposição ao reducionismo praticado; c) Princípio de Sistêmica, que possui uma abordagem holística quanto à totalidade; d) Princípio de Recursividade, baseado na reorganização permanente; e) Princípio de Conjunção, que permeia todos os paradigmas científicos novos; f) Princípio de Interdisciplinaridade, que é a correção para o estilhaçamento da razão nas diversas racionalidades hoje existentes. (ROHDE, 1999 apud VALE *et al.*, 2018, p. 29).

Princípios éticos, sociais e econômicos deverão igualmente fazer parte da formação das novas propostas de desenvolvimento da sociedade. Nessa direção, Fialho *et al.* (2008 apud VALE *et al.*, 2018) afirmam que a sustentabilidade pode ser analisada por diferentes dimensões (econômica, social e ambiental) e que essas, embora apresentem similaridades, não podem ser apresentadas de forma isolada, ou seja, não se pode tratar a dimensão ambiental sem levar em consideração a econômica e a social. Van Bellen (2005 apud VALE *et al.*, 2018), por sua vez, afirma que a inclusão de mais dimensões nos modelos de mensuração de resultados é uma escolha da sociedade, das organizações, das comunidades e dos indivíduos, todos engajados com o mesmo propósito.

Ainda agregando à discussão, Coelho e Araújo (2011) defendem que o conceito de sustentabilidade, como é lido hoje, deve ser rompido e reconstruído epistemologicamente, na direção de uma plurivocalidade, invocando eixos de sentido para a palavra de acordo com a região e a necessidade onde ela se aloca. Nessa seara, é importante compreender a dimensão atual da gentrificação de modo a entender a natureza e a importância real do processo de reestruturação urbano. É preciso deslocar o eixo de pensamento do que significa ser sustentável naquilo que chamamos de desenvolvimento regional, excluindo o lucro (renda, imposto etc.) do foco e buscando na população local o que mais é valioso em suas vivências.

Os sentidos dados às palavras sustentabilidade e desenvolvimento regional não podem estar engessados na matriz, sob o risco de, ao serem incorporados a qualquer normativa ou política pública, já seguirem desde a origem encarcerados, atrelados ao desenvolvimentismo do capital. A discussão proposta por Coelho e Araújo (2011, p. 03) é pertinente, isto é, advogam para um movimento que vai da ruptura para a reinvenção da palavra e dos seus usos, não somente na adequação às necessidades locais, mas às necessidades dos habitantes locais, objeto da norma ou da política.

Sustentabilidade, para Coelho e Araújo (2011), também envolve harmonia inclusiva das relações sociais e humanas, não podendo ser esquecido esse vetor de cálculo quando se pensa em avanço ambiental ou econômico, em um tripé de evolução humana, naquilo que chamam de conceito sistêmico.

Incorporamos nesse raciocínio a necessidade de novas proposituras e eixos de sentido para o desenvolvimento regional, sempre ligados à sustentabilidade, a fim de -se propor uma solução de ruptura do conceito linguístico matricial baseado no tripé “humano-ambiente-desenvolvimento”. Para tanto, é oportuna a metáfora escolhida pelos autores supracitados.

Nesse processo de ressignificação, a estratégia do jogo, ou seja, a jogada (escolha de obras de políticas públicas do Estado), para obter o êxito desejado, deve levar em conta a estratégia (o equilíbrio) de todos os jogadores.

Equilíbrio é compreendido nesse contexto como a sustentabilidade social, política, cultural, ambiental, econômica, as quais devem ser todas garantidas por meio da constitucionalidade, na efetivação do desenvolvimento regional e social como escopo de princípio econômico, levando em consideração não apenas a vocação do local, mas também a intenção dos residentes.

## 4. CONCLUSÕES

A reestruturação da economia espacial urbana é um produto do desenvolvimento desigual do capitalismo, mesmo quando pensada para o desenvolvimento de determinada região, pois só é necessária a intervenção do Estado quando há desigualdades sendo produzidas ou reproduzidas. Afirmamos que ela é o resultado de uma economia de serviços em processo de desenvolvimento ou de mudanças nas preferências por estilos de vida, nos processos de gentrificação vistos ao longo deste texto, nos quais os residentes dos bairros ou regiões reestruturadas são afastados de lá pela alta nos preços e pela valorização nas terras.

O termo desenvolvimento é amarrado à lógica expansionista do capital e, portanto, se apresenta, se constitui e se mantém pela reprodução das suas próprias contradições, visto de maneira geograficamente localizada aqui como “desenvolvimento regional”, abordado pelas políticas públicas vinculadas às regiões de fronteira do Brasil. Advogamos que o liberalismo só pelo desenvolvimento, ou seja, pensado só pelo capital, pelo lucro, não favorece ao desenvolvimento pleno e não cumpre os preceitos constitucionais.

Ao final, questionamo-nos qual é o modelo de Estado que alcança essa satisfação e o significado multidimensional que pretendemos ao termo “sustentabilidade”? Esse termo é entendido aqui como social, político, cultural, ambiental, econômico e, sobretudo, humanizado, além de relacionado ao desenvolvimento regional, visto que nosso objeto de estudo é uma tríplice fronteira com peculiaridades e características próprias.

O presente estudo aponta mais para as perguntas do que para as respostas, entendendo que, ao defender autonomia local dos residentes de áreas afetadas pelas políticas, escorada em uma base de autonomia constitucional no escopo de desenvolvimento como princípio econômico, as pessoas terão que ser ativamente envolvidas na conformação de seu próprio destino e não apenas beneficiárias passivas de engenhosos programas de desenvolvimento.

Olhando-se para perguntas, ou para quem se deve perguntar, devemos analisar e defender uma abordagem específica do desenvolvimento, visto como um processo de expansão das liberdades substantivas das pessoas, que, são de fato, o objeto da norma, o que requer uma compreensão integrada dos papéis respectivos dessas diferentes instituições e suas interações.

Este estudo foi uma tentativa de compreender e investigar essa estrutura inter-relacionada e de extrair lições para o desenvolvimento dessa ampla perspectiva, trazendo novos eixos de sentido para que as palavras não estejam engessadas dentro da Constituição, e para que os



cidadãos que se sujeitam tomem posse desses termos e os usem com garantia, com o melhor aproveitamento dentro de suas realidades. Ademais, objetivou-se mostrar que, na cidade de Foz do Iguaçu, que foi objeto deste estudo, os projetos trazidos sob a necessidade de desenvolver a região não significam crescimento ou desenvolvimento humano para os moradores locais, mas seguem servindo a uma lógica expansionista do capitalismo, favorecendo grandes corporações de especuladores que lucram com os empreendimentos lançados.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. *Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2009. Disponível em: [http://www.integracao.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=e5ba704f-5000-43df-bc8e-01d-f0055e632&groupId=10157](http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=e5ba704f-5000-43df-bc8e-01d-f0055e632&groupId=10157). Acesso em: 28 out. 2018.
- CARDIN, Eric Gustavo. Segurança e desenvolvimento nas regiões de fronteira. In: PINASSI, Maria Orlanda (Org.). *Dimensões da miséria desenvolvimentista Brasil-américa Latina*. São Paulo: Papirus, 2011. p. 191-208.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 39, p. 261-291, 2011. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499/9916>. Acesso em: 24 out. 2018.
- FIGUEIREDO SANTOS, José Manuel. Sustentabilidade turística em exame. *Sustentabilidade em Debate*, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 117-138, jan. 2013. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/sust/article/view/8130>. Acesso em: 24 out. 2018.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LOUREIRO, Claudia; AMORIM, Luiz. Vestindo a pele do cordeiro: requalificação versus gentrificação no Recife. *URBANA: Revista Eletrônica do Centro Interdisciplinar de Estudos sobre a Cidade*, Campinas, SP, v. 1, n. 1, p. 1-14, abr. 2013. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/urbana/article/view/8635114/2929>. Acesso em: 16 out. 2018.
- POMPEU, Gina V. Marcílio; HOLANDA, Marcus M. Os desafios do desenvolvimento econômico e social: uma análise sob a perspectiva fundamental da livre iniciativa na constituição brasileira de 1988 (art. 1º, iv). *Rev. de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 1-16, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadssus/article/view/2226>. Acesso em: 16 out. 2018.
- ROHDE, Geraldo Mário. Mudanças de paradigma e desenvolvimento sustentado. *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*, v. 2, p. 41-53, 1999.
- SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 88-94, abr./jul.1998.
- SMITH, Neil. Gentrificação, a Fronteira e a Reestruturação do Espaço Urbano. *GEOUSP: Espaço e Tempo* (Online), São Paulo, v. 11, n. 1, p. 15-31, 2007. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/geousp/article/view/74046>. Acesso em: 16 out. 2018.
- SOUZA, Aparecida Darc de. *Formação Econômica e Social de Foz do Iguaçu: um estudo sobre as memórias constitutivas da cidade (1970-2008)*. 2009. Tese (Doutorado em História Econômica) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VALE, Vanessa Paiva Costa *et al.* Desenvolvimento sustentável municipal e financiamento bancário: análise do Programa Municípios Verdes Paraenses. *Sustentabilidade em Debate*, [S.l.], v. 9, n. 2, p. 27-44, ago. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sust/article/view/16720>. Acesso em: 25 out. 2018.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 15/05/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/05/2020
- Avaliação 1: 22/05/2020
- Avaliação 2: 04/07/2020
- Decisão editorial preliminar: 12/07/2020
- Retorno rodada de correções: 20/07/2020
- Decisão editorial/aprovado: 26/07/2020

#### **Equipe editorial envolvida**

Editor-chefe: 1 (SHZF)

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

# ANÁLISE ECONÔMICA DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO

ECONOMIC ANALYSIS OF ARBITRATION IN INDIVIDUAL LABOR RELATIONS

ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI<sup>1</sup>

JÉSSICA KACZMAREK MARÇAL RIBEIRO DA FONSECA<sup>2</sup>

## RESUMO

A análise econômica do direito é um instrumento que possibilita uma visão diversificada, extensiva e relevante dos institutos jurídicos, especialmente porque utiliza métodos racionais. A partir desta análise, contrastam-se os benefícios e os custos das diversas possibilidades antes de executar uma decisão, seja qual for sua natureza. Diante disto, este artigo apresentará como o custo benefício é avaliado e como esta avaliação é consequencialista, vez que leva em consideração o que irá acontecer após a tomada de decisão e, de modo racional, as causas que levaram a ela. A partir disso, tratar-se-á do instituto da arbitragem, que tem sido um recurso recorrentemente utilizado como alternativa para a resolução de conflito. Aqui será abordada especificamente a arbitragem em matéria de direito individual do trabalho, discussão que se sobressai a partir da Lei nº 13.467 de 2017, primeiro porque esta positivou a convenção de cláusula compromissória no contrato individual de trabalho e segundo porque a sistemática de custos e, portanto, de riscos ao litigante, foi particularmente alterada com esta lei. Por fim, estes aspectos inferem na racionalização da tomada da decisão da seguinte forma: se outrora havia praticamente absoluta resistência à arbitragem nesta matéria, a partir da análise econômica ora proposta, verifica-se que se mostra como opção francamente viável face ao processo judicial.

**Palavras-chave:** análise econômica do direito; arbitragem; direito individual do trabalho; reforma trabalhista.

## ABSTRACT

*The economic analysis of law is an instrument that enables a diversified, extensive and relevant view of legal institutes, especially because it uses rational methods. From this analysis, the benefits and costs of different possibilities are contrasted before executing a decision, whatever its nature. In view of this, this article will present how the cost-benefit is assessed and how this assessment is consequentialist, since it takes into account what will happen after the decision is made and, rationally, the causes that led to it. From that point on, it will be*

1 Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular do Mestrado e da Graduação em Direito da UNINTER. Advogado. Telefone: 41-99647-6766. E-mail: alexandrecoutinhopagliarini@gmail.com / Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/1618544193350080> / ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5257-2359>

2 Professora de Direito do Trabalho do Direito-EaD da UNINTER. Mestre em Direito do Estado (UNINTER). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (ABDConst). Especialista em Direito Processual Civil (ABDConst). Advogada. E-mail: contato@advocacia-araucaria.com.br / Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/7302187101160964> / ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6697-6338>.

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

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; FONSECA, Jéssica Kaczmarek Marçal Ribeiro da. Análise econômica da arbitragem nas relações individuais de trabalho. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 230-245, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8550>.

*the institute of arbitration, which has been a resource recurrently used as an alternative for conflict resolution. Here, arbitration in matters of individual labor law will be specifically addressed, a discussion that emerges from Law No. 13,467 of 2017, first because it affirmed the arbitration clause agreement in the individual employment contract and second because the cost system and, therefore, of risks to the litigant, was particularly altered with this law. Finally, these aspects infer from the rationalization of decision-making as follows: if there was once virtually absolute resistance to arbitration in this matter, based on the economic analysis proposed herein, it appears to be a frankly viable option if compared to the process judicial.*

**Keywords:** economic analysis of law; arbitration; individual labor law; labor reform.

## 1. INTRODUÇÃO

A Análise Econômica do Direito (AED) é uma matéria que permite investigar o direito de uma forma extensiva, compreendendo-o com relação as suas consequências e que tem como sustentação a racionalidade individual. Noutras palavras, a AED é definida como forma de utilização da teoria econômica no estudo da organização, dos processos e das repercussões do direito e suas instituições.

Muito tem se debatido sobre a discussão concentrada entre economia e direito, que ao que parece detêm finalidades diferentes: ao passo que os juristas se envolvem com questões relacionadas à justiça, a economia trata da busca da eficiência, sendo esta entendida como maximização de ganhos e minimização dos custos.

Fato é que tanto a economia quanto o direito trabalham com problemas relacionados a sociedade e promovem um inquietante diálogo interdisciplinar: este ambiciona a justiça e sua crítica é por meio da legalidade, já aquela, científica, promove a crítica a partir de uma análise do custo.

Que pese inquietante, o diálogo entre as disciplinas mostra-se emergente, uma vez que a análise do direito sob o a direção econômica oferece a teoria da racionalidade e a questão do custo benefício, os quais serão tratados neste artigo e possibilitarão verificar se os indivíduos se atentam aos custos e benefícios antes de tomar alguma decisão.

A análise racional do custo benefício mostra-se como ponto de substancial importância porque é a responsável por delimitar as (melhores) decisões, é forçoso reconhecer, pois, que os indivíduos buscam, por exemplo, comprar ou realizar aquilo que racionalmente entendem conferir-lhes maiores benefícios do que custos.

Postos estes contornos, propõe-se uma análise econômica do instituto da arbitragem – como método alternativo para a solução de conflito – e seu potencial de suprir a atividade jurisdicional, enquanto possibilita em muitos casos a diminuição dos custos, além de apresentar outras vantagens, dentre as quais destaca-se a celeridade; a segurança jurídica; a eficácia para os envolvidos; e a liberdade para as partes envolvidas.

No Brasil, não obstante a arbitragem já seja utilizada em diversas áreas do direito, este artigo cuidará do estudo da arbitragem em matéria de direito individual do trabalho, área em que recentemente passou a se apresentar – a partir da edição da Lei nº 13.467 de 2017 – como uma possibilidade e sobre a qual opõe-se ainda muita resistência.

A lei supracitada, também denominada de “Reforma Trabalhista”, conferiu novo cenário às regras que regulam as relações de trabalho, neste caso, convém destacar as custas e despesas processuais, honorários advocatícios e honorários periciais decorrentes de sucumbência, despesas estas que acabaram por aumentar o custo e o risco para o demandante e inferem numa maior racionalização sobre o ajuizamento – ou não – da ação judicial.

Este novo cenário: de aumentos dos riscos (notadamente em relação a todas as custas do processo judicial) corroborado com a possibilidade de convencionar-se a arbitragem em relação individual de trabalho, dão visibilidade a ao instituto alternativo e, com isso, exsurge o questionamento: trata-se de possibilidade de economicamente viável?

Propõe-se, então, lançando mão de instrumentos da análise econômica do direito, discorrer sobre tal indagação particularmente no que diz respeito a tomada de decisão, de modo que a estrutura deste trabalho será procedida da seguinte forma: no capítulo inicial será tratado dos pressupostos teóricos da escolha racional em AED, discorrendo-se sobre a base teórica para uma melhor compreensão do que de fato corresponde a questão do custo benefício, seguindo para a ideia de escolha racional o “*homo economicus*”, finalizando este tópico com a análise de custo benefício e cálculo racional.

No segundo capítulo, será apresentada uma análise econômica do instituto da arbitragem, que atualmente tem se mostrado um tema de relevância e cada vez mais recorrente, devido as suas peculiaridades facilitadoras e a sua eficácia na resolução de conflitos.

O terceiro capítulo, por fim, se ocupará de uma investigação da Lei nº 13.467 de 2017, designadamente ao que diz respeito à nova sistemática de custos e riscos que criou ao cenário trabalhista, buscando responder se a arbitragem, posta como uma possibilidade para resolução de conflito individual trabalhista, é a uma opção economicamente viável.

Justifica-se que a temática ora proposta evidencia-se deveras importante, tendo em vista que a análise do cenário das vantagens da arbitragem *versus* o aumento de custos e riscos ao litigante, vem de encontro com as necessidades decorrentes das novas formas de relacionamento e demandas da sociedade, sobretudo porque os agentes econômicos demonstram preocupação com a eficiência e melhores resultados.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo, pesquisa em artigos, bibliografias bem como a análise de dispositivos legais pertinentes ao tema proposto.

## 2. PRESSUPOSTOS DA ESCOLHA RACIONAL NA AED: A QUESTÃO DO CUSTO BENEFÍCIO

A AED é uma ferramenta que amplia o campo de compreensão e alcance do direito, o que, infere, a propósito, no seu aperfeiçoamento, conforme elucida Gico Junior:

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferra-

mentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências. (GICO JUNIOR, 2010, p. 8).

Os membros da academia jurídica começam as suas pesquisas seguindo a ideia de que o direito é constituído por regras e sua finalidade principal de estudo é reconhecer o conteúdo e a abrangência dessas regras. A normatividade das diretrizes jurídicas é pressuposta e a ferramenta de estudo empregada é a hermenêutica (GICO JUNIOR, 2010).

Por outro lado, Gico Junior (2010) aponta que os juseconomistas possuem como característica diferenciada considerar o direito como um complexo de disposições que estipulam custos e benefícios para os sujeitos que traçam suas condutas em função de denominados incentivos.

A investigação que cada análise propõe permite identificar a distinção principal entre as abordagens tradicionais do direito e a abordagem juseconômica:

A abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada. Nesse sentido, a normatividade do direito não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos. (GICO JUNIOR, 2010, p. 21).

Para compreender como se comporta o indivíduo e buscar antecipar suas condutas a transições em sua base de incentivos é fundamental que se tenha a disposição uma teoria sobre a conduta humana, o que não existe do direito. Os juseconomistas utilizam essa teoria emprestada da economia, cujo o propósito é justamente apurar a forma que o sujeito age perante a decisões, motivo pelo qual se faz necessário mencionar e explicar de forma resumida, as características dessa teoria.

É cediço que os recursos existentes nas sociedades são considerados escassos, pois se assim não fossem, o problema econômico, por conseguinte, não existiria. Desse modo, se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam *ex moto proprio*. A escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes (GICO JUNIOR, 2010). A escassez, a propósito, é uma questão que repercute sob muitos aspectos, até mesmo na (in)eficiência do Poder Judiciário e na tomada de decisões.<sup>3</sup>

Toda decisão presume um custo e a esse custo é conferido o nome de oportunidade. Aclara-se que por custo não se entende tão somente o valor pecuniário, de modo que o próprio tempo despendido em alguma tarefa, é abrangido como custo, já que se o sujeito decide nesse momento fazer alguma coisa, está deixando de fazer outra, assim, nem sempre o custo tem um valor explicitado.

3 "A escassez de recursos no sistema de produção econômica chama a atenção para a tomada de decisões e o empreendimento de esforços voltados para a mensuração da eficiência alocativa nas atividades dos agentes públicos e privados. Essa constatação se dá também ao nível de atividades de monopólio estatal, tal como na prestação de serviços jurisdicionais [...]" (BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência judicial da justiça trabalhista no Brasil: uma análise jurimétrica pelo método EAD. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 129-152, jul./dez. 2016.).



Considerando que decisões precisam ser tomadas, os sujeitos econômicos examinam os custos e os benefícios de cada opção, escolhendo o procedimento que, devidas as suas condições e circunstâncias, oferece mais bem-estar. Sendo assim, é possível concluir o seguinte:

A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, pessoas respondem a incentivos. Oras, essa também é uma ideia central no direito. Todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos. (BOTELHO, 2016, p. 130).

Compreendendo esse argumento de que os sujeitos respondem a incentivos, é necessário entender da mesma forma que suas respectivas ações serão tomadas sob um enredo hierárquico ou mercadológico:

No primeiro caso, a interação entre os agentes é regida por regras de comando. É o caso de uma relação de emprego, uma relação familiar ou uma hierarquia militar. No segundo caso, a conduta dos agentes é o resultado da livre interação entre eles, de uma barganha. Aos contextos sociais onde a interação entre os agentes é livre para realizar trocas por meio de barganhas chamamos de mercado. (GICO JÚNIOR, 2010, p. 23).

A vista disso, quando a comunicação social ocorre na esfera do mercado, o comportamento racional será o responsável por levar os sujeitos a efetuarem trocas até que os custos pertencentes a cada troca se equiparem aos seus benefícios correspondentes, até que não existam, então, mais trocas. Com isso, se tem que o mercado está em equilíbrio e assim pode-se concluir que ele é eficiente.

Notadamente quanto à eficiência, Bruno Salama e Antonio Celso Pugliese (2008) elucidam que corresponde à maximização de ganhos e minimização dos custos, de maneira que um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem aumentar na mesma medida os custos. À vista disso, é possível verificar que os sujeitos respondem a incentivos e uma das funções da juseconomia é colaborar na identificação de possíveis mudanças que podem repercutir em condutas e implicações não desejáveis.

Nessa perspectiva, surge a ideia do *homo economicus*. Foucault explica que “esse *homo economicus* aparece justamente como o que é manejável, o que vai responder sistematicamente a modificações sistemáticas que serão introduzidas artificialmente no meio. [...] é aquele que é eminentemente governável” (FOUCAULT, 2008, p. 369). Essa ideia difunde a abrangência da economia a toda atuação que trate de decisões de meio para alcançar um fim. Não obstante, tal investigação se estende para todo comportamento – racional ou não – que replique transformação nas variáveis do meio. Pode-se aferir então que a economia busca moldar a conduta dos sujeitos, por meio de suposições básicas e da generalização dos resultados.

A escolha racional está atrelada a ideia básica de que os sujeitos são autointeressados, ou seja, a abordagem possui um enorme poder de alcance para elucidar o que leva sujeitos a optarem por determinadas ações.

A racionalidade dos sujeitos é o principal elemento explicativo da ação coletiva. Vale a ressalva de que não se trata exclusivamente da busca por incentivos econômicos, visto que não são os únicos incentivos possíveis. Há uma dimensão psicológica que não pode ser descartada. As pessoas podem ter

desejo de prestígio, respeito, dentre outros. Ainda assim são benefícios individuais e não-coletivos. Trata-se de um levantamento de ônus e bônus em que ao se tratar de benefício coletivo todos os integrantes de um grupo pretendem “consumi-los”. Vale ainda a ressalva de que quanto maior o grupo mais difícil o bom provimento do benefício coletivo e, nessa perspectiva, mais sentido faria priorizar os interesses pessoais. (OLSON, 1999, p. 20).

Acrescente-se que a preferência racional viabilizar deixar claras as ações dos indivíduos de modo que a aplicação da lógica e da matemática a um complexo de deduções e suposições possibilita a realização de previsões:

Esse método apresenta várias vantagens, sendo as mais importantes a necessidade de explicitar claramente as hipóteses e de construir categorias de análise. Corretamente aplicada ela garante ainda proposições oriundas de forma lógica além do que, mesmo em momentos onde a ação é irracional, ela fornece um padrão e propõe variáveis que podem levar a desvios de racionalidade. Em síntese, a escolha racional assume claramente o posicionamento de que indivíduos são autointeressados, mesmo tendo consciência de que o conceito de ‘interesse pessoal’ é poroso. (WARD, 2002, p. 65-89).

Ainda, a teoria da escolha racional parte do preceito de que os sujeitos possuem toda a capacidade racional essencial para optar pelo melhor caminho da ação, ou seja, aquele tido como mais provável entre as opções disponíveis:

De forma bastante simplificada, o que prevalece é o ideário de que as pessoas não são tolas. Se as pessoas agem de forma casual e acidental, isso é algo incomum e foge da ‘normalidade’. A maioria age de forma racional a partir das alternativas apresentadas e do conjunto de informações a que se tem acesso. (WARD, 2002, p. 65-89).

É possível assegurar, conforme (FEREJOHN; PASQUINO, 2001) que “um ato racional é um ato que foi escolhido porque está entre os melhores atos disponíveis para o agente, dadas as suas crenças e os seus desejos”. No mesmo sentido:

O que está em cena é a racionalidade conferida à ação social. Ao agir e interagir os indivíduos dispõem de planos coerentes e fazem de tudo para maximizar a satisfação de suas preferências e minimizar os custos envolvidos. Esta racionalidade pressupõe um indivíduo capaz de estabelecer uma espécie de ranqueamento das alternativas que estão à disposição. Entretanto, para alguém ser considerado racional, este deve ter a capacidade de agrupar informação suficiente para fundamentar suas convicções. (BAERT, 1997, p. 8.)

A respeito do dilema “litigar ou não?”, a racionalização, nas palavras de Galdino (2005, p. 178), interfere da seguinte forma: “[...] as pessoas comportam-se de modo racional, alguém que se saiba perdedor em algum litígio, somente ingressaria nele se adotasse comportamento irracional”.

Outra questão que interfere na escolha racional sob a análise econômica do direito, além da verificação do custo benefício é o cálculo racional. Isso ocorre porque os custos legais influenciam todos os aspectos do processo contencioso, desde a decisão de ajuizar a ação até a escolha entre acordo e julgamento a questão de tomar precauções contra uma disputa em primeiro lugar (KATZ, 1997).

De acordo com Cooter e Ulen, (2010, p. 146), a AED sugere que sejam explicados os custos e benefícios e que estes pesaram na análise de eficiência do caso. E, além disso, leva em consideração a questão da racionalidade, que o mesmo autor explica da seguinte forma:

Uma das suposições centrais da teoria econômica é que os tomadores de decisão são racionalmente interessados em si mesmos. Como uma questão técnica, isso significa [...] que os tomadores de decisão têm preferências estáveis e bem ordenadas, o que implica algo sobre as habilidades cognitivas e de raciocínio do tomador de decisão. Especificamente, sugere que os tomadores de decisão podem calcular os custos e benefícios das alternativas disponíveis e que escolhem seguir a alternativa que oferece o maior benefício líquido. (COOTER; ULEN, 2010, p. 230-231).

Sendo assim, a análise racional do custo benefício se mostra útil para diversas áreas, inclusive para o direito, porquanto é ela responsável por definir as melhores escolhas, visto que os sujeitos procuram tomar decisões que racionalmente entendam trazer maiores benefícios em detrimento dos custos. No mais, reitera-se que os agentes econômicos se preocupam com o futuro e não com o passado – já que este não pode ser modificado. Portanto, a análise econômica do direito possibilita visualizar uma perspectiva eficaz sobre as normas vigentes.

Uma vez compreendidos estes preceitos da AED, propõe-se no capítulo que segue tratar com especial enfoque a análise econômica do instituto da arbitragem.

### 3. UMA PROPOSTA DE ANÁLISE ECONÔMICA DO INSTITUTO ARBITRAL

A fim de se compreender o importante e facilitado recurso que é a arbitragem e a sua discrepância com a situação no Judiciário, faz-se imperioso recorrer ao conceito de processo. Sobre isso, Oliveira e Pietzsch (2020, p. 5) aduzem:

Processo é o procedimento lógico de atos contínuos para se atingir como resultado final uma sentença com o direito e o dever das partes, pelo qual se dá solução de conflitos. É através do processo que as partes apresentam a lide e a conduz com instrução de provas e debates. (OLIVEIRA; PIETZSCH, 2020, p. 5)

À vista disso, na justiça estatal, de forma oposta a arbitragem é possível verificar que existe uma inclinação para formalidades. As exigências do processo necessitam ser analisadas de modo que o sujeito não seja prejudicado e não tenha o seu acesso à justiça dificultado. Desta forma, o regular andamento do processo e, conseqüentemente, o seu tempo de duração apresentam crucial importância. Com isso, são criados diversos impasses para aqueles que atuam no direito, inclusive, há anos o presente tema tem sido discutido:

Frequentemente, o advogado se vê em dilema sobre qual recurso interpor, a fim de defender direito elementar de seu cliente, qual seja, submeter a decisão, qualquer que seja ela, final ou não, à apreciação de instância superior. E não só os advogados enfrentam esse problema. Os próprios juízes, repetidas vezes, o encaram. Querem ministrar justiça a caso que se lhes submete, mas não podem, uma vez que formas processuais lhes impedem. Querem corrigir erro do qual se dão conta, mas, tarde demais, primeiro a forma, depois a

justiça. Tudo isso torna o processo judicial, como regra, ineficaz distanciado da sociedade, em função da qual, em última instância, deveria existir. (FIUZA, 1995, p. 36-37).

Pode-se dizer que o abuso ao formalismo corrompe o intuito do legislador de atingir a justiça. A grande questão não é, contudo, discutir a importância do formalismo, até mesmo porque ele é fundamental para a sistematização do processo, ocorre que se ultrapassadas as suas extensões, a eficiência do processo resta prejudicada. Sobre isso:

O excesso de formalismo somado à crise do Poder Judiciário o qual se demonstrou incapaz de lidar com a grande demanda de litígios oriundos da sociedade principalmente quando envolvidas questões empresariais, deu o impulso necessário para solidificação da arbitragem no Brasil nos últimos anos. Apesar da morosidade e ineficiência do Poder Judiciário, a arbitragem por ser um instituto já reconhecido e de grande sucesso no âmbito internacional permitiu quebrar as barreiras fronteiriças da atividade empresarial alcançando possibilidades de resolução de contratos de grandes multinacionais. (OLIVEIRA; PIETZSCH, 2020, p. 7).

Dessa maneira, somado aos diversos problemas que o judiciário enfrenta, notadamente a morosidade; falta de funcionários; custo benéfico; entre outros, a arbitragem se apresenta como uma forma alternativa de resolução de conflitos, sobretudo em razão da sua simplicidade e celeridade, se comparada ao Judiciário.

Insta consignar que as ferramentas de utilização da lei precisam, em conjunto, movimentar e incentivar os operadores responsáveis por tomar decisões econômicas, isso pela seguinte razão:

Se usados de forma célere, visando a estabilidade das relações entre particulares causarão efeitos positivos na segurança jurídica e na eficiência econômica. Compreende-se, portanto, em uma análise econômica do direito, que a arbitragem possui a capacidade de substituir a atividade jurisdicional estatal permitindo a redução de custos de transação associados a solução de controvérsias, além de representar um ganho em celeridade e eficiência para as partes. (OLIVEIRA; PIETZSCH, 2020, p. 7).

Cumprir mencionar que o aproveitamento de componentes que pertencem à ciência econômica com a finalidade de análise e entendimento de fenômeno jurídico, conforme já aludido, vem sendo analisada há séculos.<sup>4</sup> O mais breve marco histórico sobre o estudo do direito ante a visão econômica diz respeito a movimentação iniciada nos Estados Unidos, no final do ano de 1950, escola denominada de *Law & Economics* (SANTOS FILHO, 2018, p. 42).

Essa análise, antiga e crescente, deve ser resultado do fato de a economia proporcionar “uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis” (COOTER; ULEN, 2010, p. 25). Ademais, tampouco há que se correlatar a ela a noção de pecúnia, porquanto a economia versa em verdade sobre o aproveitamento de recursos, independentemente da incidência de fluxo financeiro (OSNER, 1986, p. 6).

Exige-se, portanto, a premissa de que o estudo do direito sob a ótica econômica baseia-se não no valor pecuniário, mas “na eficiência como critério avaliativo e aplicativo de normas jurídicas, configurando, assim, uma metodologia consequencialista, influenciada pelo utilitarismo” (VIOLA; PORTO, 2014, p. 294-295).

4 Sobre isso: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

A partir disso, imperioso faz-se projetar uma visão econômica a respeito do instituto da arbitragem:

As principais vantagens que o instituto confere às partes de uma relação contratual, quais sejam a redução dos custos de transação da prestação jurisdicional, a menor probabilidade de erros *in judicando* e, por consequência desses dois fatores, a menor probabilidade de ocorrência de condutas não desejáveis. Explique-se: a maior flexibilidade da arbitragem, associada ao fato de que não possui o árbitro a carga dos milhares de processos que têm sobre os ombros os juízes estatais, possibilita uma maior agilidade na resolução do conflito. A especialização do árbitro, por sua vez, faz com que a probabilidade de erros no julgamento da causa diminua consideravelmente em comparação à magistratura estatal, que, via de regra, não domina assuntos de maior especificidade técnica que extrapolam a área jurídica. Por fim, em decorrência da previsão de um julgamento célere e justo, as partes não se veem estimuladas a praticar condutas oportunistas e não desejáveis, incentivando, assim, a cooperação na execução contratual. Isso quando a arbitragem é *ex ante facto*, ou seja, na existência de cláusula compromissória, sendo prevista antes do surgimento do conflito. Quando a arbitragem se instaura por meio do compromisso arbitral, *ex post facto*, de outro modo, ainda, não há mais como influir no bom desenvolvimento da relação contratual, porquanto o conflito já existe – nesse caso, os ganhos com a arbitragem restringem-se às vantagens comparativas com o poder judiciário, o que não é pouco. (SANTOS FILHO, 2018, p. 64).

Além disso, a agilidade detectada na arbitragem “permite que o agente econômico que não cumpra com seu contrato seja rapidamente ‘punido’ e a parte prejudicada consiga reverter seu prejuízo, também diminuindo os custos de transação” (TIMM, 2008, p. 46), o que dificulta que os empresários desfrutem do Poder Judiciário como método para retardar o cumprimento da determinação. Sobre o assunto:

Essa utilização do Judiciário como meio de atrasar o adimplemento obrigacional, inclusive, aparece, na já referida pesquisa de Pinheiro, feita com magistrados brasileiros, como uma das causas da morosidade judicial, sendo mais frequente em algumas áreas, como o direito tributário, do que em outras – trata-se, portanto, de um ciclo vicioso, em que a lentidão já existente incentiva proteladores a dela se aproveitar e, desse modo, eles acabam por alimentá-la. (SANTOS FILHO, 2018, p. 64).

A “competição” entre o judiciário e a arbitragem traz à tona outras particularidades a serem observadas, como “a carência de recursos do judiciário, a legislação e a forma de atuação dos juízes e de outros operadores do Direito, especialmente advogados, também causas provocadoras da morosidade latente” (SANTOS FILHO, 2018, p. 64). Destarte, as características processuais do judiciário representam relevantes elementos para o cálculo econômico do tema em discussão. Assim, pode-se concluir:

Se a organização da atividade econômica reflete, em parte, a necessidade de adaptações ao hiato de desempenho do Judiciário, quanto maior ele for, maiores devem ser as adaptações necessárias e, a princípio, o seu impacto sobre o desempenho da economia. (PINHEIRO, 2005, p. 245).

À vista disso, observa-se que os sujeitos se insurgem aos estímulos fornecidos pelo contexto em que vivem, não obrigatoriamente acatando o que lhes é ofertado, pelo que existem duas conclusões possíveis: proveito próprio e o não estímulo pela busca de novos mecanismos.

Ressalta-se que o raciocínio metodológico da análise econômica do direito é o individualismo, por meio do qual as decisões comunitárias da sociedade são examinadas como um conjunto de decisões particulares (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015). Melhor dizendo, qualquer instituto ou lei é analisado sob o viés do sujeito sobre quem ela se refere, examinando sua intervenção nas predileções desse indivíduo. Além disso, “uma análise econômica pressupõe a apreensão das opções entre diferentes condutas, bem como dos custos, riscos e benefícios envolvidos em cada uma dessas escolhas” (SANTOS FILHO, 2018, p. 65).

A respeito do tema, Antonio Pugliese e Bruno Salama concluem que a arbitragem vem “se revelando como a melhor resposta para o desafio de uma prestação jurisdicional justa, rápida e eficiente” (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 25).

Entende-se, conseqüentemente, a partir da AED, que a arbitragem detém a capacidade de suprir a atividade jurisdicional possibilitando a diminuição dos custos na resolução de controvérsias, e soma-se a isso a vantagem em razão da celeridade, da segurança jurídica, da eficácia para os envolvidos e também da liberdade para as partes.

No Brasil, a arbitragem vem sendo utilizada em diversos ramos do direito, e o presente artigo propõe uma análise particular da arbitragem em matéria de direito individual do trabalho, área em que recentemente passou a se apresentar como uma possibilidade e sobre a qual opõe-se ainda muita resistência.

#### 4. A LEI Nº 13.467/2017, A NOVA SISTEMÁTICA DE CUSTOS E A VIABILIDADE DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO

Com a Lei nº 13.467 de 2017 restou consolidada a denominada Reforma Trabalhista, que se baseou essencialmente em fundamentos econômicos, tais como o elevado custo do trabalho e a burocracia trabalhista,<sup>5</sup> e conferiu com a sua entrada em vigor uma extensa gama de inovações às regras trabalhistas.

Dentre as novidades postas pela Reforma, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) passou a viabilizar que seja pactuada cláusula compromissória de arbitragem em contrato individual de trabalho a partir da redação do seguinte artigo:

Art. 507-A, Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.<sup>6</sup>

5 Sobre isso, verifique-se: GALVÃO, Andréia; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas: GT Reforma Trabalhista CESIT/IE/UNICAMP, 2017. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie-14set2017.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2021.

6 Antes da Reforma, na esfera trabalhista, a arbitragem já era possível em matéria de relação coletiva de trabalho, de acordo com os § 1º e § 2º do artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil. Além disso, a nova lei não se manifestou sobre a convenção por meio do compromisso arbitral, previsto no artigo 9º da Lei de Arbitragem, isto é, a “convenção através



A partir de tal dispositivo, infere-se que a arbitragem está condicionada a três requisitos: i) piso salarial mínimo (que em 2020 equivale a R\$12.202,12); ii) que ocorra mediante iniciativa do empregado ou sob sua autorização expressa; e iii) observância dos termos da Lei da Arbitragem quanto a sua forma. Atendidos estes parâmetros, a cláusula será – regra geral – válida para solucionar conflito que venha a surgir referente a relação em questão.

O requisito salarial para que se possa firmar a cláusula compromissória abrange uma minoria dos empregados da iniciativa privada,<sup>7</sup> o que, por si só, já restringe sua aplicabilidade. A este respeito, Sergio Torres Teixeira alude que o legislador considerou que somente um empregado com este padrão salarial – denominado de hiperssuficiente – dispõe de condições de negociar com seu empregador:

Tal postura do legislador, de 2017, por seu turno, certamente foi influenciada pela noção de que, ao menos em tese, apenas um empregado com um padrão salarial mais alto teria condições de negociar com o seu empregador tal opção pela via arbitral no momento de sua contratação ou durante o decorrer do contrato (...). Como em tais momentos contratuais a maior força econômica do empregador estabelece uma relação de desequilíbrio natural nas relações, apenas com um padrão salarial diferenciado é que seria possível admitir a liberdade adequada à formulação de tal escolha da via alternativa. (TEIXEIRA, 2019, p. 328).

Já quanto à imprescindibilidade de celebração por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa, trata-se de condição posta na própria Lei de Arbitragem:

Trata-se de redação que remete ao art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, o qual dispõe que, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória somente terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com sua instituição, mediante documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. Em síntese, portanto, o art. 507-A da CLT pretendeu trazer tratamento similar à cláusula compromissória nos contratos de adesão. (ROQUE, 2018, p. 341).

Não obstante a autorização legislativa, ainda prevalece um tradicionalismo face a arbitragem em matéria de direito individual trabalhista, que tem como fundamento sobretudo o artigo 1º da Lei nº 9.307, de 1996, que compatibiliza o uso da arbitragem a “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”<sup>8</sup>, o que, então, desautorizaria a aplicação a essas relações.

Apesar da aludida resistência, considerando o novo ditame legal deve-se analisar o novo cenário sob o ponto de vista da viabilidade econômica da arbitragem e, para tanto, é necessário levar em conta outras alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, dentre as quais cabe destaque: a concessão do benefício da justiça gratuita àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de

da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” e que surge, assim, após o surgimento do conflito. (BRASIL, 1943)

7 De acordo com o IBGE a média salarial no Brasil era de R\$2.261,00 no terceiro quadrimestre de 2019 (IBGE. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua trimestral*. Brasília: IBGE, 2019. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5431>. Acesso em: 12 dez. 2020).

8 A crítica que se faz é que o direito indisponível não pode ser submetido a arbitragem, porquanto ela apenas poderá ser utilizada por sujeitos capazes que estejam envolvidos em conflitos que tratem sobre direitos disponíveis. Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona conceitua direito disponível do seguinte modo: “assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo a alienante plena capacidade jurídica para tanto (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.)

Previdência Social, mediante a comprovação da insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo (art. 790, § 3º e § 4º), sob pena de terem de pagar custas do processo e emolumentos, além dos honorários fixados entre 5% e 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, em caso de sucumbência.

Especificamente a respeito dos honorários sucumbenciais (previstos no art. 791-A § 4º) há autorização expressa para que inclusive o próprio beneficiário da justiça gratuita tenha descontado de seu crédito, sendo este suficiente para isto, as obrigações decorrentes de sua sucumbência, o que infere num risco de encargo no que não incorria anteriormente.

Outro aspecto criado pela Lei nº 13.467 de 2017 é referente aos custos de perícia para aferir periculosidade e insalubridade, que, conforme disposto no artigo 790-B, fixou a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais à parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita: outro custo que aumenta o risco ao demandante.

Diante deste novo cenário, José Affonso Dallegrave Neto e Phelippe Henrique Cordeiro Garcia argumentam que a gratuidade na Justiça do Trabalho mudou e tornou-se mais onerosa do que o custo da arbitragem, por conta do estreitamento das hipóteses de concessão do benefício, ao prever pagamento das perícias, inclusive aos beneficiários, custas, honorários advocatícios de sucumbência etc. (DALLEGRAVE NETO; GARCIA, 2018).

O aumento destes custos do litígio e que ampliam os riscos para o demandante inferem na seguinte conclusão, conforme Avery Wiener Katz (1997), aumentando tanto o retorno do sucesso quanto as perdas da derrota, de modo que tende a desencorajar as partes adversas do risco de ajuizar ações judiciais, independentemente do mérito de suas posições.

O fato de se apresentarem novos riscos ao demandante repercutem, outrossim, em uma maior racionalização da demanda perante a Justiça do Trabalho:

A partir disso, é possível dizer que imposição de maiores riscos econômico-financeiros ao processo trabalhista é medida adequada à racionalização da demanda perante a Justiça do Trabalho, reduzindo os efeitos deletérios das ações com baixa probabilidade de êxito. (OPPELT; SOUZA; VILLATORE, 2019).

Fazendo um cotejo entre as regras que se tinha antes da Lei da Reforma Trabalhista e a conjuntura atual, é possível concluir antes quase que não existiam riscos, e hoje houve uma readequação da estrutura do benefício, que passou a contar com riscos consideráveis:

[...] o antigo modelo de concessão do benefício de a gratuidade de justiça, ao ser considerado como sinônimo de isenção do pagamento de despesas, permitiu a proliferação de ações com baixa probabilidade de êxito (litigância frívola), diante da ausência de riscos no processo judicial. Por outro lado, a Lei 13.467/2017 buscou adequar a estrutura do benefício, adotando a sistemática de dispensa provisória de despesas. (OPPELT; SOUZA; VILLATORE, 2019).

O que se verifica é que o aumento de riscos e a redução dos benefícios são levados em consideração por cada um em suas decisões, e estas razões são o que distinguem a própria

motivação privada para litigar, da motivação social, que leva em conta o cumprimento da lei e a ajuda do desenvolvimento e eficiência das regras.<sup>9</sup>

Explorada então a questão dos custos da arbitragem *versus* os riscos do processo judicial, depreende-se que resta prejudicado o fator “custo da arbitragem”, que era apelado quase sempre quando esta era cogitado como recurso substitutivo ao processo, e o que subsiste, diante disto, segundo Rodrigo Pamplona Filho, seria apenas a questão cultural do brasileiro, que é “demandista” e que não aprofunda o conhecimento acerca do instituto arbitral:

[...] a arbitragem, enquanto técnica de solução de litígios, pode se revelar mais vantajosa às partes quando comparadas com os novos percalços introduzidos na Justiça do Trabalho pela malsinada Reforma Trabalhista. Para tanto, importa que os operadores do Direito superem seus preconceitos e desconfianças, descortinando uma possibilidade célere, segura e adequada aos novos tempos pós-modernos. (PAMPLONA FILHO, 2005).

Diante do exposto, considerando sobretudo o novo cenário que se apresenta, a arbitragem não se mostra como a solução definitiva dos conflitos individuais trabalhistas, mas se trata de uma alternativa viável, que merece ser considerada.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A AED busca, por meio de preceitos da economia, explorar diversos estímulos que aparecem na sociedade em relação ao direito, expandindo, com isso, o campo de análise sobre o direito. Ainda, o propósito fundamental da economia está atrelado ao fato de que os seres humanos são sujeitos racionais, de maneira que uma visão de racionalidade aduz que o ser racional pode enumerar alternativas de acordo com o seu grau de satisfação, o que, todavia, colide com o limite do fator custo.

A análise econômica preocupa-se, como visto, em aferir resultados mais eficazes, já que o sujeito pode optar por algo que mais o aproxima de suas inclinações pessoais, o que amplia a sua comodidade individual e, para tanto, age de modo a maximizar seus benefícios em detrimento dos custos.

À vista disso, sobrevém a importância de analisar especificamente a questão do custo benefício que se põe ao demandante em razão das novas regras trabalhistas postas pela Lei da Reforma Trabalhista e que mudaram sobremaneira os pesos da balança que existiam até a edição desta lei, em 2017.

Além do mais, com a inclusão da possibilidade da utilização de arbitragem nas relações individuais do trabalho, difunde-se como uma possibilidade que viabiliza agilidade, expertise na decisão, flexibilidade, entre outros conhecidos benefícios do instituto.

9 Sobre isso, Mauro Bussani e Ugo Mattei discorrem que há uma divergência substancial entre a motivação privada e a social para litigar, ao passo que cada parte se importa sobre o benefício estimado do contencioso e seus respectivos custos, já a sociedade se preocupa com o até que ponto o litígio incentiva o cumprimento da lei e contribui para o desenvolvimento do sistema através de regras eficientes. (GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Economic analysis and comparative law. *Cambridge Companion To Comparative Law*, Cambridge, n. LE09-034. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1521635](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1521635). Acesso em: 17 dez. 2020).

Assim, as ferramentas dispostas pela AED apresentadas neste artigo possibilitam a verificação da viabilidade econômica da arbitragem em relação individual de trabalho diante do novo cenário que se apresenta – repisa-se: de aumento de custos – afigura-se como campo fértil para este instituto.

A propósito, uma demanda que toda a conjuntura revela é que haja um afastamento dos pré-conceitos, tanto a respeito da análise econômica sobre o direito quanto ao próprio instituto da arbitragem. Diante de todo o exposto, não é outra a resposta – deveras racional – deste artigo senão a viabilidade econômica da arbitragem das relações individuais de trabalho.

## REFERÊNCIAS

- BAERT, Patrick. Algumas limitações das explicações da escolha racional na ciência política e na sociologia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, out. 1997. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69091997000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091997000300005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 18 dez. 2020.
- BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência judicial da justiça trabalhista no Brasil: uma análise jurimétrica pelo método EAD. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 129-152, jul./dez. 2016.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 7 out. 2020.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GARCIA, Phelippe Henrique Cordeiro. *Arbitragem em dissídios individuais de trabalho*. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/149832>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, fev. 2001. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092001000100001&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000100001&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 18 dez. 2020.
- FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GALDINO, Flavio. Introdução a análise econômica do processo civil (I): os métodos alternativos de solução de controvérsias. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 169-201, 2005.
- GALVÃO, Andréia; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas: GT Reforma Trabalhista CESIT/IE/UNICAMP, 2017. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie-14set2017.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2021.
- GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Economic analysis and comparative law. *Cambridge Companion To Comparative Law*, Cambridge, n. LE09-034. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1521635](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1521635). Acesso em: 17 dez. 2020.
- GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.
- IBGE. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua trimestral*. Brasília: IBGE, 2019. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5431>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- KATZ, Avery Wiener. Indemnity of legal fees. *Law & Economics Research Paper*, Washington, n. 7-42, 1997. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=57958>. Acesso em: 17 dez. 2020.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Amanda Nicole Aguiar de; PIETZSCH, Ingo Dieter. Análise econômica da arbitragem e o direito digital: a alternativa para os litígios do e-commerce. *Revista Âmbito Jurídico*, n. 197, 1 jun. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/analise-economica-da-arbitragem-e-o-direito-digital-a-alternativa-para-os-litigios-do-e-commerce/>. Acesso em: 9 nov. 2020.

OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. São Paulo: EDUSP, 1999.

OPPELT, Ânderson Luís de Souza; SOUZA, Cássio Bruno Castro; VILLATORE, Marco Antônio César. A elevação dos riscos financeiros no processo judicial trabalhista pela lei 13.467/2017: uma análise econômica da litigância. *Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social*, v. 1, n. 2, 2019.

OSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1986.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 700, p. 1-3, 5 jun. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/6831/atualizando-uma-visao-didatica-da-arbitragem-na-area-trabalhista>. Acesso em: 25 jul. 2020.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 244-283.

PUGLIESE, Antonio Celso; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008.

RODRIGUES, Douglas Alencar; PINHEIRO, Rogério Neiva. Acesso à justiça e pacificação social: repensando a cláusula constitucional da inafastabilidade. In: TUPINAMBÁ, Carolina. *Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos*. São Paulo: LTr, 2018.

ROQUE, Andre Vasconcelos. A arbitragem de dissídios individuais após a reforma trabalhista: limites e possibilidades. In: TUPINAMBÁ, Carolina. *Solução de conflitos trabalhistas: novos caminhos*. São Paulo: LTr, 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos Direito GV*, Estudo 22, [S. l.], v. 1, n. 5, p. 5-8, mar. 2008.

SANTOS FILHO, Augusto Barbosa. *Análise econômica da arbitragem em relações de consumo*. 2018. 110 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26408/1/Augusto%20Barbosa%20Santos%20Filho%20-.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2020.

TEIXEIRA, Sergio Torres. Novos caminhos de acesso à justiça. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; COELHO JÚNIOR, Hélio Gomes (Coord.). *Novas matrizes do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2019.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, instituições e arbitragem: o caso da "soja verde". *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 16, p. 38-47, 2008.

VIOLA, Rafael; PORTO, Antonio José Maristrello. Constituição, economia e contrato: as transformações do direito civil. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Gotti de (Coord). *Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. v. 2.

WARD, Hugh. Rational choice. In: MARSH, David; STORKER, Gerry. *Theory and methods in political science*. 2. ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2002. p. 65-89.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 04/06/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/06/2021
- Avaliação 1: 21/06/2021
- Avaliação 2: 30/07/2021
- Decisão editorial preliminar: 22/08/2021
- Retorno rodada de correções: 30/08/2021

- Decisão editorial/aprovado: 31/08/2021

**Equipe editorial envolvida**

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



# QUESTÕES FAMILIARES CONTROVERSAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONTROVERSIAL FAMILY ISSUES IN  
THE SUPREME FEDERAL COURT

RAFAEL VIEIRA FIGUEIREDO SAPUCAIA<sup>1</sup>  
PEDRO ALEXANDRE MOREIRA<sup>2</sup>

## RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar o exercício da atividade jurisdicional da forma como é realizado pelo Poder Judiciário brasileiro com ênfase para o tratamento conferido em sua instância mais alta no julgamento de dois casos emblemáticos da área de Direito de Família. A atuação do órgão que ocupa o ápice da estrutura atual deste poder (Supremo Tribunal Federal), destacando a perspectiva crítica consubstanciada na abordagem feita a partir da ciência política tal como proposto por Ingeborg Maus no intuito de evidenciar uma deficiência crítica do sistema jurisdicional de hoje. Com efeito, perceber os excessos do STF com a ofensa aos limites das esferas de atuação dos outros poderes (legislativo e judiciário), importa como elemento de reflexão para informar a sociedade civil acerca do risco de redução do espaço privado de liberdade representada pela postura do Supremo Tribunal, a mais alta cúpula do Poder Judiciário, que se institui enquanto definidor por excelência da instância moral da sociedade. Para tanto, toma-se como referência o resultado do entendimento apresentado pelo STF em dois casos emblemáticos do Direito de Família. A opção por esta matéria se justifica pelo alto grau de sincretismo da moralidade/legalidade na dinâmica das relações familiares, evidenciando o aspecto da análise de Maus, mencionada anteriormente, e demonstrando, dessa forma, o excesso da atuação do judiciário na prática brasileira e o impacto dessa interferência (indevida) na esfera de liberdade dos cidadãos.

**Palavras-chave:** STF; moral; liberdade; família.

## ABSTRACT

*The purpose of this article is to analyze the exercise of jurisdictional activity as it is performed by the Brazilian Judiciary, with emphasis on the treatment given in its highest instance in the judgment of two emblematic cases in the area of Family Law. The performance of the body that occupies the peak of the current structure of this power (Supreme Federal Court), highlighting the critical perspective embodied in the approach made from political science as proposed by Ingeborg Maus in order to highlight a critical deficiency in the jurisdictional system today. Indeed, perceiving the excesses of the Supreme Court with the offense to the limits of the spheres of action of other powers (legislative and judicial), is an element of reflection to inform civil society*

1 Mestre e Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito da PUC Minas. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-4556-9711>. E-mail: [rafael.fsapucaia@gmail.com](mailto:rafael.fsapucaia@gmail.com).

2 Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito de Família da Escola de Direito Dom Helder Câmara. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-0618-9399>. E-mail: [pedro@cron.adv.br](mailto:pedro@cron.adv.br).

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

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo; MOREIRA, Pedro Alexandre. Questões familiares controversas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 246-264, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.7981>.

*about the risk of reducing the private space of freedom represented by the position of the Supreme Court, the highest summit of the Judiciary, which establishes itself as the definer par excellence of the moral instance of society. Therefore, the result of the understanding presented by the STF in two emblematic cases of Family Law is taken as a reference. The choice for this matter is justified by the high degree of syncretism of morality / legality in the dynamics of family relationships, highlighting the aspect of Maus' analysis, mentioned above, and thus demonstrating the excessive role of the judiciary in Brazilian practice and the impact of this (undue) interference on the citizens' freedom sphere.*

**Keywords:** STF; moral; freedom; family.

## 1. INTRODUÇÃO

No cenário brasileiro é notório, hoje em dia, o problema da pretensa monopolização do Poder Judiciário, com ênfase para a atuação do Supremo Tribunal Federal como última palavra e método único de solução dos conflitos, para a proteção à lesão ou ameaça dos direitos decorrentes das relações privadas dos cidadãos, notadamente em face da alta judicialização no âmbito das famílias.

De forma aliada ao crescente aumento da formação das unidades familiares (que ganhou mais fôlego com a ampliação legal do conceito de família) é possível notar uma elevação significativa das pessoas que passam pelo término de relacionamentos amorosos optarem pelo Poder Judiciário como intermediário e solucionador da controvérsia.

No âmbito jurídico, os instrumentos previstos para a solução por meio da jurisdição estatal (Poder Judiciário) não servem satisfatoriamente para a finalidade de preservar a intimidade das questões subjacentes aos conflitos familiares e tampouco para garantir a efetividade da solução ofertada.

Por isso é digno de nota a proporção atual do número de processos ajuizados com o número de cidadãos brasileiros (existe hoje praticamente 01 processo para cada 02 pessoas no país<sup>3</sup>) deve ser observado o crescente e recente aumento da divulgação sobre essas relações familiares, em situações concretas levadas ao Poder Judiciário.

Com efeito, a necessidade de inúmeros cidadãos brasileiros que precisam recorrer ao Judiciário para receberem proteção contra a lesão ou a ameaça aos seus direitos ainda não encontra a correspondente contraprestação do Estado no fornecimento do serviço de acesso e garantia de justiça.

Essa situação é ainda agravada pelo impacto revelado pelas decisões judiciais na vida particular cada um, especialmente no tocante às relações familiares. Existem muitos casos de restrição dos direitos dos cidadãos que fazem parte de núcleos familiares a partir de uma ânsia pelo controle da liberdade dos integrantes de relações íntimas de afeto.

3 Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça "O Poder Judiciário finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva" (In.: Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019). Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) o Brasil tem uma população de "208,5 milhões de habitantes" número apurado para o período compreendido entre 2017 e 2018, para "a data de referência de 1º de julho de 2019". Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para-2018>. Acesso: em 26 abr. 2020. Existe ainda uma baixa taxa de acordo inferior à 12% do total de casos, e uma lentidão na conclusão dos julgamentos com prazo de duração médio de aproximadamente 6 anos (In.: Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019).

Com isso, verifica-se também uma correspondente demanda por parte da sociedade civil para que a justiça, ou Poder Judiciário, o que acaba por caracterizar uma constante apropriação pela esfera pública representada neste poder da liberdade dos cidadãos e de seus relacionamentos familiares. O aumento da interferência do Poder Judiciário não seria coerente com a percepção atual da família, doutrinária<sup>4</sup>ou legalmente.

Essa pretensão de controlar o sentido último e definitivo (já que o entendimento dos tribunais superiores vinculam toda a estrutura judiciária) a partir de uma auto nomeação como evangelizador da sociedade decorrente da função auto atribuída de moralizador da nação está presente na esfera pública da atividade jurídica (não somente na organização do ensino e da atividade jurisdicional, como também nos fundamentos apresentados para justificar a interpretação das normas e do direito delas decorrente levado à apreciação).

Esta característica, que embora se mostre comum ao que se verifica em outros sistemas jurídicos democráticos, revela-se problemática quando não são observados os critérios científicos postos pela dogmática para a prática hermenêutica constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. Assim, pode ser identificado o problema da falta de sistematicidade da prática jurídica em decisões do mais alto órgão de controle do Poder Judiciário em casos concretos envolvendo os mais variados temas do Direito.

Para analisar esse fenômeno e o impacto ocasionado nas relações familiares, serve-se da abordagem apresentada por Ingeborg Maus (2000) que introduz um conceito sem indicar ou explicar seu sentido e, ao introduzir a nota de rodapé, “o conceito da imago apareceu em seus escritos, pela primeira vez”, (sem que o autor do conceito tenha sido referido no texto) destaca a forma pela qual a nação reconhece o Poder Judiciário como autoridade que se projeta na função de intérprete por excelência da ordem jurídica positivada e monopolizador da instância moral pública.

Para demonstrar essa hipótese, Ingeborg Maus (MAUS, 2000) parte de uma análise da jurisprudência sobre interpretação constitucional pelo Tribunal Constitucional Alemão para evidenciar a vontade de domínio, a ausência de racionalidade e o impacto na esfera jurídica privada dos cidadãos (autonomia privada dos indivíduos) e na legalidade (soberania popular), sob o pretexto de garantidor judicial de liberdades e de intérprete último do texto constitucional.

## 2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO STF

Ingeborg Maus alerta para os riscos do abuso que o Poder Judiciário pode praticar no exercício da jurisdição. Os limites expressamente estabelecidos e consolidados nos textos constitucionais de alguns países (no caso da referida autora o foco é a Alemanha) são contornados através de um exercício hermenêutico realizado pelo próprio Tribunal para justificar e legitimar sua função de intérprete último do texto constitucional.

4 A família contemporânea seria marcada pela presença dos elementos da liberdade, da pluralidade e da afetividade. Conforme: ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 588 p.

Nesse sentido reflete a autora:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática (MAUS, 2000, p. 186).

Conforme é possível constatar a partir desta análise, o que se percebe é um movimento contraintuitivo da evolução da ideia de jurisdição (ou Justiça, nesta acepção em que é comumente empregada a palavra). Na antiguidade se percebe a ideia de jurisdição extremamente limitada com a prevalência das soluções privadas, ou autotutela, em que os próprios cidadãos se encarregavam da administração da justiça (NUNES; PEDRON; BAHIA, 2020). Ingeborg Maus destaca o problema de uma ampliação excessiva do Poder Judiciário em face de outros poderes do Estado, conforme se infere do seguinte trecho:

No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (MAUS, 2000, p. 187)

Michel Foucault também questiona essa apropriação da esfera moral pela administração pública exercida por meio do Poder Judiciário ao dissertar sobre essa projeção da capacidade decisória dos indivíduos aos representantes do Poder Público que caracteriza a sociedade na modernidade, segundo se infere de texto ora colacionado:

Não acho que devemos considerar o Estado Moderno como uma entidade desenvolvida pelos indivíduos ignorando o que eles são e tampouco sua existência diversificada, mas pelo contrário, devemos considerá-lo como uma estrutura extremamente sofisticada, na qual indivíduos podem se integrar desde que observem apenas uma condição: que sua individualidade seja transformada em uma nova forma e submetida a um conjunto de padrões muito específicos. (FOUCAULT, 1982, p. 783)<sup>5</sup>

Em análise crítica a uma das características da modernidade a autora destaca uma tendência da sociedade civil que se abstém da efetiva participação nas questões de moralidade pública em função dos mecanismos de representação simbólicos do Estado moderno (MAUS, 2000). Nesse sentido destaca a autora:

No desdobramento dessa tendência e de seus fundamentos – em que as condições sociais estruturais, assim como seu apoio em mecanismos psíquicos, devem ser levados em consideração –, convém investigar se se trata de uma simples regressão social ou antes de uma acomodação às condições do moderno e anônimo aparato de administração do Estado, em que todas as figuras paternas são obrigadas à abdicação. (MAUS, 2000, p. 187-188)

Em uma referência à ilusão da dialética do esclarecimento, Ingeborg Maus enfatiza a tendência mencionada do Poder Judiciário na modernidade no sentido de se apropriar da noção de Justiça da sociedade:

5 Tradução livre do original: “I don't think that we should consider the “modern state” as an entity which was developed above individuals, ignoring what they are and even their very existence, but, on the contrary, as a very sophisticated structure, in which individuals can be integrated, under one condition: that this individuality would be shaped in a new form and submitted to a set of very specific patterns”.

Pode ocorrer que penetre nesse foro interno aquela instância que compreende a si própria como moral e que, de maneira tão incontroversa, é reconhecida como consciência de toda a sociedade, de tal modo que a imagem paterna à qual se resiste atue concomitantemente como ponto de partida do clássico modelo da transferência do superego e como representante de mecanismos de integração despersonalizados. A pergunta a ser feita é, portanto, a seguinte: não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído? (MAUS, 2000, p. 187-188)

No caso brasileiro, conforme destaca José dos Santos Carvalho Filho essa hipótese, apresentada por Ingeborg Maus, pode ser utilizada também como ferramenta de análise do Poder Judiciário local (CARVALHO FILHO, 2014). Com efeito, José dos Santos Carvalho Filho demonstra a recorrência da crítica de Ingeborg Maus, aplicando-a ao cenário brasileiro.

Para isso, serve-se da perspectiva de Ingeborg Maus para realizar uma análise de casos concretos nos quais o Supremo Tribunal Federal, servindo-se da prerrogativa de detentor da moralidade pública, em que este tribunal decidiu, de forma contrária à expressa disposição legal e mediante um exercício hermenêutico questionável do ponto de vista técnico, que pessoas do mesmo sexo podem se casar e constituir união estável, conforme será discutido por meio da análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal no item 3 do presente artigo.

Essa mesma análise crítica pode ser utilizada em relação ao julgamento dos temas que foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal e que a participação sucessória do companheiro deve ser a mesma garantida ao cônjuge, o qual também será analisado segundo a perspectiva ora exposta.

Com efeito, será possível perceber que as críticas destacadas por Ingeborg Maus em relação ao Tribunal Federal Constitucional alemão e por José dos Santos Carvalho Filho sobre o Supremo Tribunal Federal são percebidas no julgamento da questão sucessória e da forma de reconhecimento das uniões estáveis revelando, assim, o problema da usurpação da autonomia privada dos cidadãos e da legalidade daí decorrente por este Tribunal.

Alexandre Bahia discorda da análise de Ingeborg Maus sobre o papel da teoria do Direito (notadamente acerca da análise de autores como Ronald Dworkin) no fomento ao decisionismo caracterizado neste papel autoinstituído do Supremo Tribunal Federal no qual exerce a função de intérprete último do texto legal (mitigando o papel dos Poderes Legislativo e Executivo). Mas em face da atuação do STF destaca o mesmo problema:

Após a 2ª Guerra, a despeito da derrota do nazismo, os setores mais conservadores do Judiciário e de Escolas de Direito alemãs (que haviam atuado significativamente pró-nazismo) tiveram um papel importante na reconstrução institucional do País, inclusive com a criação de uma "Corte Constitucional". (BAHIA, 2005, p. 11)

Percebe-se, então, a existência do mesmo vício do Poder Judiciário (no sentido de invadir indevidamente esferas de liberdade dos cidadãos representados pelos poderes (co)instituídos em relação às quais não estaria autorizado pela expressa vedação legal) ao se utilizar de uma ampliação de suas funções por meio de interpretações das limitações legalmente estabelecidas (direitos fundamentais protetivos da autonomia privada das pessoas), conforme alerta Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia.

A partir daí, a independência do Judiciário passou a significar, muito mais do que independência funcional frente aos demais poderes, uma desvinculação à autoridade das leis e da Constituição.

A emergência de um Direito suprapositivo fez com que a Corte Constitucional, além de aumentar, por conta própria, suas funções, se considerasse competente para julgar até a própria Constituição, dando-lhe a interpretação que lhe parecesse melhor. (BAHIA, 2005, p. 11)

Essa postura do Supremo Tribunal brasileiro – assim como aquela destacada por Ingeborg Maus sobre o Tribunal Constitucional alemão – é contrária à ideia moderna de liberdade e que inspirou o movimento do iluminismo.

Assim é que Ingeborg Maus destaca pensamento construído no sentido de fornecer as bases para a compreensão moderna do Direito, procurando justamente evitar a falência percebida na antiguidade, na idade média e (pelo visto) também na modernidade, em que se percebe essa influência de paradigmas (social e/ou liberal), apresentados como concorrentes e excludentes, ressoando nos sistemas jurídicos de forma alternada ao longo da história<sup>6</sup>.

Rememorando o pensamento de Immanuel Kant, Ingeborg Maus explicita a importância de se evitar a apropriação da instância moral a partir de uma noção concreta de valores expressos por membros de um órgão da atividade jurisdicional em detrimento de outros:

A utilização de uma instância moral pretende nesse sentido romper com a linha tradicional dos arranjos morais empíricos exatamente pelo fato de submeter expectativas de condutas, normas morais e modelos éticos às “máximas” do processo de verificação do imperativo categórico, em vez de considerá-los vinculantes e indicá-los como modelos a serem seguidos (MAUS, 2000, p. 189).

É oportuno lembrar a expressão madura da ideia lembrada por Maus nas palavras do próprio Kant:

Os tutores que gentilmente assumiram a responsabilidade de supervisão garantiram que a maior parte da humanidade (incluindo a totalidade do sexo frágil) entende que o progresso em direção à maturidade não é apenas árduo, mas também perigoso<sup>7</sup>. (KANT, 1784, p. 17-18).

No que diz respeito aos conflitos familiares (subjacentes aos casos julgados pelo STF que demonstram a postura criticada por Maus e que serão analisados a seguir), João Baptista Villela ressalta a evolução do direito de família com ênfase para a ampliação sucessiva e recente da liberdade no âmbito das relações familiares, “*seja nas relações entre cônjuges, seja nas relações entre pais e filhos seja finalmente no regime econômico*” o que se mostra contrário à tendência revelada pelo Supremo Tribunal Federal. (VILLELA, 1979)

Percebe-se um movimento crescente de ampliação da liberdade de escolha das pessoas no seio de suas famílias. Esse movimento de aumento da liberdade colide com o resultado da evolução da ideia de jurisdição desde a antiguidade até o tempo recente.

6 Compreensão presente no pensamento de NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo horizontes para a democratização processual civil*. 2008. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2008. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_NunesDJ\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf).

7 Tradução livre do original: “*The guardians who have kindly assume supervisory responsibility have ensured that the largest part of humanity (including the entirety of the fairer sex) understands progress toward maturity to be not only arduous, but also dangerous.*”



O judiciário no século vinte passa a ocupar essa figura do pai dominante. Talvez esteja mesmo no Positivismo Jurídico o fundamento para defender que o direito não deve tratar de tudo. Essa questão se apresenta adequada para expressar esse problema quando se analise a forma pela qual a lei prevê os limites para o exercício da atividade jurisdicional.

Convém, para tanto, servir-se da compreensão exposta para, posteriormente, evidenciar, através da análise de duas decisões do Supremo Tribunal brasileiro sobre direito de família, a dissonância da atuação daquele órgão com a sistemática do ordenamento jurídico nacional.

Conforme lembra Dierle José Coelho Nunes ao dissertar sobre a história da jurisdição:

A função de dizer o direito (*juris + dictio*) face um litígio passou por muitas “mãos” na história ocidental. Antes que o Estado assumisse seu monopólio – ainda na fase imperial do Direito Romano – aquela competência passou por sacerdotes, reis, assembleias comunais, árbitros, etc. Mas essa não é uma história linear, eis que, mesmo quando a jurisdição passou a ser exclusiva do Estado ela se “espalhou” novamente, durante a Idade Média em um sem número de legitimados, públicos e privados – incluindo a Igreja Católica –, para, só com a Modernidade, retornar ao Estado e, mais recentemente, novamente ser franqueada a órgãos não estatais em conjunto com aquele (NUNES, 2020, p. 78).

Percebe-se então, portanto, uma alteração na regulação legal sobre os limites da atividade jurisdicional ao longo do tempo da história ocidental que se consubstancia (a título ilustrativo) na comparação entre a redação do texto da Lei n.º 13.105/15 (artigo 3º do Código de Processo Civil) (BRASIL, 2015) e da Constituição da República (artigo 5º, inciso XXXV) pela qual se constata pela substituição do trecho “apreciação do Poder Judiciário” (neste diploma legal) por “apreciação jurisdicional” (naquela lei federal), acrescentando em seguida outras formas (além da judicial) para dirimir a lesão ou a ameaça ao direito (BRASIL, 1988).

Conforme será possível observar pela análise dos casos que serão apresentados, a interferência do Poder Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, nem sempre reflete a melhor instância decisória das questões familiares.

### 3. ANÁLISES CRÍTICAS DE DOIS CASOS JULGADOS PELO STF

Neste espaço, reserva-se à análise em relação à dois casos emblemáticos envolvendo o Direito de Família. A escolha por este ramo se deve ao fato de que as questões familiares sempre se apresentam com um elevado aspecto moral que subjazem as controvérsias jurídicas. Conforme será possível observar a seguir, a partir da análise do exercício da atividade jurisdicional representada pelo julgamento de dois casos que serão detalhados nos subitens 3.1 e 3.2 é possível inferir a pretensão de regulador moral supracitada e a contradição à liberdade dos cidadãos e de sua soberania popular percebida pelas entrelinhas dos votos proferidos pelos integrantes da mais alta corte do país.

Com efeito, digno de nota é lembrar a forma como foi decidido o caso do reconhecimento das uniões homoafetivas.

Uma contextualização inicial do caso é necessária para depois uma análise específica da relação entre direito e moral discutida pelos Ministros na fundamentação de seus votos. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4277) ajuizada pela PGR (Procuradoria Geral da República) inicialmente como ADPF (ação por descumprimento de preceito fundamental), que fora recebida parcialmente pelo plenário do STF como ADI. O objetivo da ação era que fosse aplicado o regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas.

Será ainda possível observar a mencionada qualidade da postura do STF também no julgamento da questão relativa ao tratamento do direito sucessório das pessoas casadas e das que vivem em união estável.

O julgamento do Recurso Extraordinário n. 878.694/MG, (em que se discutiu (a validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro) e do Recurso Extraordinário n. 646.721/RS (em que foi discutido o alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva), identificados também como tema 809 e tema 498 no repositório de casos com repercussão geral do STF.

Ao julgar estes casos o STF entendeu por meio do entendimento consolidado pelo Tema 809 que *“é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”* (BRASIL, 2017, p. 05).

### 3.1 UNIÃO HOMOAFETIVA

O plenário decidiu pela procedência da ação declarando a união homoafetiva como equivalente à união estável heteroafetiva, baseando-se em uma série de argumentos, entre eles a impossibilidade de estabelecimento de discriminação à regulamentação negativa e a exigência constitucional de igualdade.

O teor do artigo 1.723 do Código Civil é o seguinte: *“é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”* (BRASIL, 2002).

Para compatibilizar o artigo com a decisão foi utilizada a técnica da interpretação conforme a constituição, para excluir qualquer interpretação que impeça a união entre pessoas do mesmo sexo.

Destacamos inicialmente em que consiste a técnica da interpretação conforme utilizada pela corte no caso. Trata-se de método interpretativo que diante de um enunciado normativo que permite diferentes interpretações a escolha de um mais adequado com a Constituição. Como lembra a lição de Barroso:

Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Lei Fundamental. Isso ocorrerá, naturalmente, sempre que um determinado preceito infraconstitucional comportar diversas possibilidades de interpretação, sendo qualquer delas incompatível com a Constituição. Note-se que o texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrito ao sentido declarado pelo tribunal (BARROSO, 1996, p. 45).

Assim, surgem duas questões no mínimo curiosas. A interpretação conforme na verdade transfigurou o enunciado normativo, o legislador constituinte elaborou uma norma (é claro que não se está a falar de vontade do legislador e sim na norma que ele objetivamente produziu e que existe agora independentemente de sua vontade) e o STF a transmutou em outra completamente oposta. Alexandre de Moraes elaborou uma advertência sobre a interpretação conforme a constituição que se aplica perfeitamente ao caso:

Portanto, não terá cabimento a interpretação conforme a constituição quando contrariar texto expresso da lei, que não permita qualquer interpretação em conformidade com a constituição, pois o Poder Judiciário não poderá, substituindo-se ao Poder Legislativo (leis) ou Executivo (medidas provisórias), atuar como legislador positivo, de forma a criar um novo texto legal. Nessas hipóteses, o Judiciário deverá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo incompatível com a constituição. (MORAES, 2019, p. 45)

Outro ponto interessante é que o artigo 1723 do Código Civil brasileiro é uma mera reprodução do artigo 226, § 3º da Constituição que reza “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL, 2002) Assim a Corte fez interpretação conforme a constituição de um artigo do código civil que é mera repetição de norma constitucional originária e como adverte Silva:

É fácil perceber que quando se fala em interpretação conforme a constituição não se está falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada com ela mesma, mas as leis *infraconstitucionais*. (SILVA, 2005, p. 132-133).

Não há interpretação conforme à constituição da própria constituição e por via oblíqua foi isso que a Corte realizou. Essa engenhosidade já fora aplicada pelo STF em outros casos, como o da prisão civil do depositário infiel.<sup>8</sup>

Para fundamentar a possibilidade de união homoafetiva o acórdão se baseia, entre outros argumentos, na ideia de regulamentação negativa de Kelsen para fundamentar impossibilidade do sexo (melhor seria orientação sexual) das pessoas ser utilizado como parâmetro discriminatório.

Ao tratar do mínimo de liberdade, Kelsen explica que o direito pode regular tanto positiva quanto negativamente os mais diferentes aspectos da vida de um indivíduo. Segundo Kelsen, seu papel no sistema jurídico pode ser explicado da seguinte forma:

No entanto, esta esfera de liberdade apenas pode ser considerada – conforme já pusemos em relevo – na medida em que a ordem jurídica proíba intrusões nela. Sob este aspecto, têm uma especial importância política as chamadas liberdades constitucionalmente garantidas. Trata-se de preceitos de Direito constitucional através dos quais a competência do órgão legislativo é limitada por forma a não lhe ser permitido – ou apenas o ser sob condições muito especiais – editar normas que prescrevam ou proíbam aos indivíduos a uma conduta de determinada espécie, como a prática da religião, a expressão de opinião e outras condutas análogas (KELSEN, 2003, p. 48).

Ao estabelecer que determinada conduta não é permitida, como no caso da proibição de fumar em locais fechados, o direito preenche de forma ativa o espaço normativo ao qual está sujeita a pessoa que vive em determinada comunidade jurídica.

Todavia, ao lado da regulamentação positiva, o direito, ao não regular uma série de outras condutas, estabelece aquilo que Kelsen denomina o “mínimo de liberdade”. Com isso, Kelsen destaca que o direito pode regular condutas tanto de maneira positiva como de maneira negativa (KELSEN, 2003). A ausência de prescrição jurídica sobre uma determinada conduta se constitui como um ‘espaço’ não regulamentado positivamente, cujas condutas são, assim, permitidas. A ideia subjacente a essa construção de Kelsen incorpora a função dos três modais deônticos básicos operam que no direito: proibição, obrigação e permissão.

É no âmbito da permissão que se manifesta o conceito central do mínimo de liberdade. Essa regulamentação não produzida se constitui como um importante aspecto do sistema jurídico. A ideia geral de que o cidadão só estará proibido de praticar determinada conduta caso haja proibição normativa um amplo espaço de ação ou mesmo de omissão para uma determinação por parte dos cidadãos aos quais a ordem jurídica se aplica.

Se o tribunal pretendia usar a autoridade e genialidade de Kelsen para fundamentar sua decisão a regulamentação negativa seria o argumento mais correto e coerente. A legalidade da união entre pessoas do mesmo sexo (ou orientação sexual) certamente se encaixa perfeitamente nessa noção. Não há norma no sistema jurídico pátrio que ordene ou que proíba tal prática, em sendo assim essa união encontra guarida e proteção pelo direito.

Outra visão da norma jurídica é proposta por Alexy. O teórico alemão estabelece um conceito de norma que poderia ser denominado semântico caracterizado pela rigidez (na medida em que representa limites à interpretação discricionária) e pela relatividade (decorrente da abertura hermenêutica da natureza principiológica das normas).

A diferença e a relação entre norma e o enunciado normativo estabelecida na conceituação de Alexy, fica clara na noção de que o texto da lei é base para a construção, mediante o conceito semântico de norma, do sentido que se dá pela argumentação jurídica:

Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deônticas, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão. (ALEXY, 2008, p. 54-55)

Percebe-se que os conceitos de norma analisados não permitem a interpretação plástica que o STF aplicou no caso. A existência de limites estabelecidos pelo próprio enunciado normativo que impossibilitam determinadas interpretações é claramente defendida no âmbito do positivismo jurídico e como visto Kelsen e Hart são firmes nesse sentido. Para o não positivismo também parece existir um limite para uma interpretação mirabolante. O ponto 3 do acórdão é esclarecedor da forma peculiar de interpretação realizada pelo STF:

UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍ-

DICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. [...] Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família” (BRASIL, 2011, p. 612).

Parece-me claro que nesse caso o STF pratica algo como o jogo da discricionariedade do marcador a que Hart faz menção, mudando as regras a que ele mesmo deveria estar subordinado.

Não defendemos a impossibilidade de união homoafetiva, mas sim que o artigo 226, § 3º não deixa margem para uma interpretação desse tipo. Talvez o referido parágrafo seja incompatível com o caput por estabelecer uma restrição não proporcional a um direito fundamental e devesse ser declarado inconstitucional, mas essa é outra discussão e o plenário passou longe dela. Ou ainda, como queriam os Ministros Lewandowski e Gilmar Mendes, que a união homoafetiva fosse uma nova forma de entidade familiar, protegida pelo artigo art. 5 e 226, caput da CR/88 (BRASIL, 1988).

Creemos que em defesa dos direitos fundamentais o tribunal deveria mesmo ter declarado a legalidade da união homoafetiva, o problema é a fundamentação do plenário.

Gilmar Mendes nesse ponto apresenta a visão que parece bastante correta:

É que, como já mencionei aqui, entendo existirem fundamentos jurídicos suficientes e expressos que autorizam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art.1723 do Código Civil), nem com base na norma constitucional (art. 226,§3º), mas, sim, como decorrência de direitos de minorias, de direitos fundamentais básicos em nossa Constituição, do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção (art. 5º, XLI, CF) – dentre outros explicitados em minha fundamentação –, os quais exigem um correspondente dever de proteção, por meio de um modelo de proteção institucional que até hoje não foi regulamentado pelo Congresso. (BRASIL, 2011, p. 801)

E fundamentação das decisões é cláusula obrigatória a conferir validade a uma decisão judicial, consoante o artigo 96, IX da CR/88 (BRASIL, 1988). Se adotasse a postura Kelseniana, como alega fazer, o Tribunal deveria deixar explícito que está a mudar a norma com base numa visão individual e moral da questão e que com base nessa concepção a decisão foi gestada. Em outras palavras, deveriam afirmar claramente que com base na fundamentação escolhida não era possível justificar racionalmente a decisão, mas num ato de vontade resolveram que deveria ser assim, e vai ser assim porque é assim que o STF quer e deseja e não porque o ordenamento jurídico determina<sup>9</sup>.

9 Ressalta-se que acreditamos ser juridicamente possível fundamentar a necessidade de proteção à união homoafetiva, como por exemplo, na ideia de limitação desproporcional a um direito fundamental.

### 3.2 DIREITO SUCESSÓRIO

Além desse caso, é possível perceber o excesso do STF no julgamento da questão relativa ao tratamento do direito sucessório conferido pelo Código Civil (BRASIL, 2002) brasileiro às pessoas casadas e àquelas que vivem em união estável.

O primeiro deles foi o Recurso Extraordinário n. 878.694/MG (Tema 809), que teve como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Tal julgamento teve início em agosto de 2016.

Foram sete votos pela inconstitucionalidade da norma, na linha do proposto pela relatoria, da lavrados Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Luiz Roberto Barroso.

O processo teve o seu curso no ano de 2017, após pedido vista do Ministro Dias Toffoli. Em seu voto este julgador concluiu pela constitucionalidade da norma, pois haveria justificativa constitucional para o tratamento diferenciado entre o casamento e a união estável. O Ministro Marco Aurélio, após destacar a necessidade de união do julgamento dos Recursos Extraordinários (n. 878.694/MG e n. 646.721/RS, sendo este relativo à sucessão de companheiro homoafetivo: Tema 498). Em seguida o Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, apresentou a seguinte interpretação “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil” (BRASIL, 2017).

Analisando a pretensão recursal deduzida no caso dos Recursos Extraordinários nºs. 878.694/MG e 646.721/RS se verifica que a discussão jurídica submetida ao STF se limita à inconstitucionalidade do inciso III, do artigo 1.790, do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002).

Analisando a forma de participação sucessória prevista em todas as hipóteses expressas nos incisos do referido artigo 1.790, infere-se que apenas a do inciso III se mostra, *prima facie*, mais prejudicial ao companheiro (BRASIL, 2002).

De acordo com Flávio Tartuce o mais correto seria declarar a:

[...] inconstitucionalidade apenas no inciso III do art. 1.790 do Código Civil, por colocar o convivente em posição de desprestígio ante os ascendentes e colaterais até o quarto grau, recebendo um terço do que esses recebessem. Aliás, alguns Tribunais Estaduais tinham reconhecido a inconstitucionalidade desse último diploma, por meio do seu Órgão Especial, caso do Tribunal de Justiça do Paraná e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TARTUCE, 2016, p. 1539).

Isso porque segundo destaca o referido autor:

[...] há julgados que reconhecem a inconstitucionalidade dessa previsão, por colocar o companheiro em posição desfavorável em relação a parentes longínquos, com os quais muitas vezes não se tem contato social. Ora, muitas vezes não se sabe sequer o nome de um tio-avô, de um sobrinho-neto ou mesmo de um primo. Deve ficar claro que este autor está filiado à tese de inconstitucionalidade do comando. (TARTUCE, 2016, p. 1539-1540)

Percebe-se que raciocínio parecido (embora contrário à idéia de inconstitucionalidade mesmo do inciso III do artigo 1.790, do Código Civil) foi apresentado pela Procuradora Geral da República em parecer apresentado por ocasião do julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral (nºs. 878.694/MG e 646.721/RS)



Fazendo-se uma análise sistêmica, percebe-se que o art.1.790, I e II, do CC permite ao convivente concorrer com os descendentes, enquanto o art. 1.829, I, do CC14, exclui a possibilidade de o cônjuge concorrer com os descendentes, nos regimes da comunhão universal, da separação obrigatória ou no regime da comunhão parcial, se o falecido não houver deixado bens particulares. (BRASIL, 2017, p. 20)

Com efeito, a decisão do STF neste aspecto representa um claro exemplo de expressão última do superego da sociedade não só por exceder os limites da controvérsia posta, como pelo grau de intervenção verificado pela solução apresentada. A PGR chama a atenção para essa questão:

No contexto atual, o Direito Privado, com seu sistema de regras e princípios abertos, constitui o amparo fornecido pelo Estado para o exercício da autonomia da vontade na busca dos indivíduos pela realização pessoal. Na compatibilização entre os interesses públicos e privados, a autonomia privada assume contornos de função social, ao projetar a realização individual como parte integrante do bem estar da coletividade.

A expressão mais existencial e subjetiva da autonomia privada se manifesta no direito que cada um tem de escolher com quem irá partilhar seus projetos de vida, sonhos e momentos íntimos. Essa escolha pode ter consequências na esfera patrimonial, cuja expressão da autonomia da vontade se exterioriza na definição de um regime jurídico próprio destinado a regular essa união ou, ainda, na omissão em escolhê-lo.

Tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestações da autonomia privada dos contraentes, pois, se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável é por que (sic) a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios, ou, ainda, por preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento.

Enfim, **os diversos regimes de bens constituem fórmulas jurídicas postas à disposição dos sujeitos** com o objetivo de instrumentalizar-lhes sua realização pessoal. **A liberdade de escolha de qualquer deles**, ou mesmo a omissão em escolhê-los, **constitui a mais autêntica manifestação da autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito** (BRASIL, 2017, p. 18, grifo nosso)

Conclui-se que as diferenças estabelecidas entre os regimes de bens, e os regimes sucessórios deles decorrentes, servem aos mais variados interesses pessoais, os quais são regidos pela autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito.

Se analisarmos o disposto no enunciado normativo declarado como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seria possível observar situação de vantagem no tratamento legalmente conferido ao companheiro se comparado ao disposto sobre a participação do cônjuge para fins sucessórios.

Isso porque, segundo a regra inferida a partir do que dispõe o enunciado do artigo 1.790, do Código Civil brasileiro se verifica que a participação do companheiro na sucessão do outro está condicionada à natureza onerosa do ato de aquisição dos bens que integrem o patrimônio do casal na vigência da união estável (BRASIL, 2002).

Assim, a título de exemplo, é possível tomar como base a própria realidade brasileira<sup>10</sup>, formada pela maioria de casais que constituem seu relacionamento familiar como uma união estável.

Considerando esse cenário e que a aquisição da maior parte de seu patrimônio se dá durante a vida a dois, caso um dos companheiros viesse a falecer deixando um filho, o outro receberia a metade do total de bens comprados durante a união mais a metade da herança concorrendo igualmente com o filho, isso porque a meação é recebida pela dissolução da unidade familiar, ou seja, por força do fim da união estável ou do vínculo conjugal (casamento), tal como se daria diante de dissolução daquela ou divórcio deste e decorre da tutela patrimonial do patrimônio do casal, que assegura a presunção de esforço comum na aquisição onerosa dos bens com igualdade de participação a ambos os companheiros, conforme previsão expressa do Código Civil brasileiro em seus artigos 1.725 e 1.658 (BRASIL, 2002).

Assim, no caso da situação hipotética mencionada o companheiro sobrevivente ficaria com  $\frac{3}{4}$  (três quartos) do total do patrimônio.

Noutro norte, se considerássemos o mesmo contexto fático hipotético exposto acima (casal com um filho que adquire onerosamente a maior parte dos bens) em uma situação de casamento, seria possível observar uma diferença no critério que está disciplinado em outra regra legal (e aplicada exclusivamente às relações familiares formadas pelo casamento até a decisão do Supremo Tribunal Federal).

Nesse sentido convém colacionar disposição expressa em lei:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (BRASIL, 2002);

Segundo a regra prevista, a forma de participação do cônjuge viúvo dependeria do regime de bens eleito pelo casal. Considerando o regime legal (da comunhão parcial) no caso do exemplo exposto acima, a forma de participação sucessória do cônjuge sobrevivente garantiria o recebimento da metade dos bens adquiridos pelo casal a título oneroso durante o casamento pela meação e não concorreria com o filho na outra metade do patrimônio parcela de bens que compõem a herança já que pela regra legal o cônjuge não participação da herança composta por bens comuns do casal, recebendo ao final a metade do total de bens do casal.

Nesse sentido, é oportuna a manifestação da PGR:

Ressalte-se, neste aspecto, que a Constituição não faz qualquer distinção hierárquica entre famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável: ambas entidades familiares que, embora distintas na sua forma de constituição, não se posicionam hierarquicamente em graus de superioridade ou inferioridade.

10 Conf. Central de Dados do Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB/CF) “Mais de 1/3 dos casais optou por viver uma união estável ao invés de um casamento civil, ou seja, 36,4% do total dos relacionamentos no Brasil (IBGE, 2012) [...] Os tabelionatos de notas de todo o Brasil registraram um aumento de 57% no número de formalizações de uniões estáveis de 2011 (87.085) a 2015 (136.941), enquanto os casamentos cresceram aproximadamente 10% no mesmo período, segundo o Sistema IBGE [...]” Disponível em: <https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTc3MDY=&filtro=&Data=>. Acesso em: 4 maio 2020.

Pensar que a Constituição pudesse criar diferentes graus hierárquicos de família afronta os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e contraria um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

Não obstante a inexistência de distinção hierárquica e a certeza de que ambos os institutos devem ter especial proteção estatal, não houve, é necessário dizer, equiparação entre os dois tipos de família em estudo (BRASIL, 2018, p. 16).

Saliente-se que a diversidade de regimes (de bens e sucessórios), tem sua legitimidade constitucional na própria diferenciação feita pela Carta Política entre, de um lado, o casamento, e de outro, a união estável. Tanto que, como visto, o constituinte determina à lei facilitar a conversão da união estável em casamento, expondo, ostensivamente, a diferença entre os institutos. Esse argumento foi pontuado pela PGR:

Diante de tudo isso, tem-se que a união estável e o casamento são regidos pelo princípio da autonomia privada. Se inexistente impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável é por que (sic) a entendem mais adequada às suas conveniências, necessidades e anseios, afastando-se das rígidas regras decorrentes do casamento.

Assim, ainda que as disposições legais aplicáveis à união estável sejam ora mais ora menos vantajosas em relação ao casamento, não se pode negar a inviolabilidade à autonomia da vontade das partes na escolha de regime jurídico que lhes pareça mais adequado.

Aliás, haverá situações em que a sucessão decorrente da união estável será mais vantajosa para o convivente do que o casamento o seria para o cônjuge, a depender do regime de bens adotado. (BRASIL, 2018, p. 19)

Este tratamento constitucionalmente assimétrico de ambos os institutos, reflete-se não só no aspecto patrimonial ou sucessório: o casamento difere da união estável quanto à formalidade, invalidação, eficácia, dissolução, regime patrimonial e sucessório.

Nesse sentido foi inclusive o parecer da PGR a propósito do caso:

Conclui-se, portanto, que as diferenças estabelecidas entre os regimes de bens, e os regimes sucessórios deles decorrentes, ser vem aos mais variados interesses pessoais, os quais são regidos pela autonomia da vontade, garantida no Estado Democrático de Direito.

Saliente-se que a diversidade de regimes (de bens e sucessórios), tem sua legitimidade constitucional na própria diferenciação feita pela Carta Política entre, de um lado, o casamento, e de outro, a união estável. Tanto que, como visto, o constituinte determina à lei facilitar a conversão da união estável em casamento, expondo, ostensivamente, a diferença entre os institutos.

[...]

Assim, demonstrado que a diferenciação feita pelo diploma civil em relação às regras sucessórias para o cônjuge e o companheiro tem respaldo na assimetria estabelecida pela própria Constituição Federal, bem como compreendido que o tipo de núcleo familiar a ser constituído tem fundamento na autonomia da vontade das partes, forçoso concluir-se pela constitucionalidade do art. art. 1790, III, do Código Civil. (BRASIL, 2018, p. 23-24)

Esse entendimento, assim como aquele expresso por ocasião do julgamento da ADI 4277/2011 e ADPF 132/2011, é imposto de forma vinculante ao Poder Judiciário como um todo, consoante o que se infere da expressa disposição normativa constante dos artigos 332; 927, incisos I e III; 932, incisos IV e V; do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Isso porque a forma como os tribunais de vértice da organização judiciária (notadamente o Supremo Tribunal Federal) decidem casos como os que foram apresentados deve ser adotado por todas as instâncias inferiores (o que inclui os Tribunais de Justiça e Juízos representados pelos magistrados que julgam os casos concretos) já que a legislação brasileira determina a sistemática da vinculação do funcionamento do Poder Judiciário com os entendimentos uniformizados em certos casos julgados pelas cortes superiores.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece óbvia a percepção segundo a qual no Estado Moderno as funções de criação, interpretação e de aplicação das normas jurídicas (sentido do enunciado normativo expresso nas leis) são monopolizadas pelo Poder Judiciário. Este problema contamina a percepção dos cidadãos sobre a solução de seus conflitos ao projetar naquele Poder a função de decidir a destino de suas vidas.

Com o crescente número de processos gerados com a insistência dos cidadãos pelo Poder Judiciário como forma de gerir suas relações privadas familiares e com o desprezo até então do próprio sistema jurídico pela adoção e fomento de outros métodos, de solução consensual, privados (não-estatais) com a releitura atual de práticas que no passado eram valorizadas.

Assim é objeto deste trabalho analisar a forma com que o Poder Judiciário resolve os conflitos se colocando como monopolizador e como última voz na solução das questões de Justiça (notadamente quando considerados os julgamentos de casos emblemáticos envolvendo relações familiares e que foram analisados no item 3 deste texto), mesmo quando já existe uma solução diferente prevista pelo Poder Legislativo, quando analisados os casos que foram decididos pelo Supremo Tribunal Federal e mencionados anteriormente.

Por todo o exposto, percebe-se a influência deletéria da atuação do Supremo Tribunal Federal quando extrapola o limite legalmente imposto pelo sistema jurídico, conforme destacado em análise dos casos explicitados no item 3, o que atrai a crítica feita por Ingenborg Maus, destacada nos itens 1 e 2 deste artigo, ao Poder Judiciário brasileiro.

Com base na análise dos dois casos expostos no item 3 (reconhecimento da união homoafetiva e equiparação do regime sucessório do companheiro ao do cônjuge) se percebe que a solução final apresentada, por meios discutíveis no contexto hipotética do Direito, não se mostrou satisfatória a resolver o problema posto pelos cidadãos interessados (parte da relação processual dos casos que geraram a uniformização de entendimento perante o STF).

Além disso, em razão da repercussão geral e do sistema de vinculação de precedentes (previsto na Lei n.º 13.105/15 – Código de Processo Civil), existe impacto do entendimento malformado pelo STF em relação a todos os cidadãos sujeitos à atividade jurisdicional no país.

No caso específico da equiparação do regime sucessório do companheiro ao do cônjuge, inclusive, esta questão foi problematizada pela Procuradoria Geral da República, conforme destacado no item 3.

Assim, percebe-se a pertinência da crítica de Ingeborg Maus à realidade brasileira, o que é agravado pela sistemática processual atual que vincula os entendimentos formados pela corte superior em regime de julgamento de recurso repetitivo de controvérsia, sendo, então, totalmente vinculantes os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos apresentados.

## REFERÊNCIAS

- AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: UFMG, 1984.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, [S. l], v. 23, n. 2, p. 167-182, jun. 2010.
- ALEXY, Robert. Two or Three? In: BOROWSKI, Martin (ed.). *On the Nature of Legal Principles*. [S. l]: Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH, 2010. p. 9-18.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALEXY, R.; TRIVISONNO, Alexandre T. G. (Org.). *Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. v. 1.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. *R. CEJ*, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343. Relator: Min. Roberto Barroso, 3 de dezembro de 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Relator: Min. Ayres Brito, 14 de outubro de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 64672. Relator Min. Roberto Barroso, 8 de setembro de 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 878694. Relator Min. Roberto Barroso, 5 de fevereiro de 2018. *Diário de Justiça Eletrônico*.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 17 maio 2020.
- BRASIL. [Lei 10406/2002]. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 17 maio 2020.
- BRASIL. [Lei 13.105/2015]. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17 maio 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014.

- FOUCAULT, Michel. The Subject and Power. *Critical Inquiry*, Chicago, v. 8, n. 4, p. 777-795, 1982. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1343197>. Acesso em: 8 jul. 2019.
- FREITAS, Verlaïne. Subjetividade esclarecida: do mito como racionalização à ciência como mitologia. In: CADERNO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS. Belo Horizonte: Unicentro Newton Paiva, 1999, p. 52-58.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfaassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005a.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2005b.
- KANT, Immanuel. Answer to the Question: "What is Enlightenment?". Toward perpetual peace and other writings on politics, peace, and history. Binghamton: Vail-Vallou Press, 2006. p. 17-23.
- KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclams Universal-Bibliothek, 2008.
- KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence. *Harvard Law Review*, [S. l.], v. 55, n. 1, p. 44-70, nov. 1941.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Was ist Gerechtigkeit?* Stuttgart: Reclams Universal-Bibliothek, 2016.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019
- NUNES, Dierle; PEDRON, Flavio Quinaud; BAHIA, Alexandre. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre T. G. *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2013.
- PAULSON, Stanley. Reflexões sobre a Periodização da Teoria do Direito de Hans Kelsen – Com Pós-Escrito Inédito. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre T. G. (Org.) *Hans Kelsen: teoria jurídica e política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.
- TARTUCE, F. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.
- VILLELA, João Baptista. *Direito, Coerção & Responsabilidade: Por uma Ordem Social Não-Violenta*. Belo Horizonte: Fac. Direito UFMG, 1982. 38 p.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano 27, n. 21, p. 401-419, maio 1979.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 07/06/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 12/06/2020
- Avaliação 1: 11/11/2020
- Avaliação 2: 19/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 29/05/2021



- Retorno rodada de correções:

**/06/2021**

- Decisão editorial/aprovado: 08/07/2021

**Equipe editorial envolvida**

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

# RESPONSABILIDADE CIVIL “EX DELICTO” DECORRENTE DO USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA: REFLEXÕES SOBRE A PRÁTICA DO INSIDER TRADING

“EX DELICTO” CIVIL LIABILITY FOR THE  
MISUSE OF PRIVILEGED INFORMATION: SOME  
THOUGHTS ON THE INSIDER TRADING PRACTICE

LUCIANO SANTOS LOPES<sup>1</sup>  
JOSÉ LUIZ MOURA FALEIROS<sup>2</sup>

## RESUMO

A infração penal acarreta ao agente, considerado culpado, uma das modalidades de sanção penal, via de regra, a pena cominada em lei. Ademais, há pretensão distinta, materializada na reparação do dano causado pela prática do injusto. Conjugam-se previsões legais de natureza civil e penal, haja vista que um dos efeitos automáticos da condenação é o de tornar certa a obrigação de reparar o dano decorrente do crime. A responsabilidade civil, salvaguarda dos bens jurídicos impõe uma leitura contemporânea da ética, notadamente quando gestor de empresas e de grandes conglomerados que negociam as suas ações nas bolsas de valores mobiliários, com características próprias que consubstanciam o problema ora investigado. Trabalhar-se-á com a hipótese de que, hodiernamente, exige-se observância de parâmetros éticos, pois a responsabilização da pessoa que se vale de informação privilegiada, integra o regramento jurídico trazido pela lei que veda essa prática no mercado de capitais, a qual criou o tipo penal decorrente da prática designada pela expressão inglesa insider trading, decorrente da utilização de “informação relevante, ainda não divulgada ao mercado”, angariando lucro no mercado de ações através de negociação com valores mobiliários. Será utilizado o método dedutivo, com aporte em substratos bibliográficos e em pesquisa qualitativa.

**Palavras-chave:** insider trading; responsabilidade civil “ex delicto”; mercado de capitais; ação civil “ex delicto”; compliance.

- 1 Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FDUFMG). Professor Adjunto (graduação, especialização e mestrado) da Faculdade de Direito Milton Campos - MG, com grupo de pesquisa científica registrado no CNPQ. Pesquisador convidado na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie - SP e na Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS (FESMP/RS). Conselheiro Seccional Efetivo da OAB-MG, Membro da Comissão Especial de Direito Penal Econômico do Conselho Federal da OAB, Ex-Presidente e Membro do Conselho de Honra do Instituto de Ciências Penais (ICP), e Membro da Comissão de Seleção do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Advogado. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3868466550046504>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2577-4884>.
- 2 Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos (FDMC). Especialista em Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Processual Civil. Possui MBA Executivo. Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal (licenciado) do Centro Universitário do Triângulo - Unitri. Magistrado, atuando, como Desembargador Substituto, na 7ª Câmara Criminal do TJMG. Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2570087181006968>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7819-7139>.

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

LOPES, Luciano Santos; FALEIROS, José Luiz Moura. Responsabilidade civil “ex delicto” decorrente do uso indevido de informação privilegiada: reflexões sobre a prática do insider trading. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 265-281, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8611>.

## ABSTRACT

*The criminal offense generates sanctions to the guilty-declared offender, usually as a legally defined sanction. Furthermore, there is a distinct consequence that is materialized in civil liability for the damages derived from the criminal offense. Tort law, in such sense, reveals the existence of both civil and criminal provisions as a means to repair the damage caused by and infraction. Thus, civil liability holds forth legal provisions that impose a contemporary analysis of ethics, mainly for company administrators in large corporations that deal in stock markets, and its specific characteristics reveal the problem that this paper aims to investigate. The hypothesis is that, currently, ethical parameters must not be overlooked, as one might be held accountable for the misuse of privileged information, which is part of the legal system that, in Brazilian law, forbids such practices in stock markets, thus having created a criminal offense regarding the so-called insider trading designation for the specific crime, which is derived from the misuse of "relevant information, not yet divulged to the market" that generates profit in stock exchanges through market deals. The deductive method will be implemented in this research, with bibliographical and qualitative substrates.*

**Keywords:** *insider trading; "ex delicto" civil liability; stock markets; "ex delicto" civil lawsuit; compliance.*

## 1. INTRODUÇÃO

A infração penal atribui ao agente duas consequências jurídicas, sendo uma de natureza punitiva, consubstanciada na sanção penal, e outra de natureza indenizatória, que viabiliza a reparação do dano causado a determinada pessoa. Ante a prática de um crime, surge para o Estado o exercício do *jus perseguendi in judicio* e, após a tramitação de toda a persecução penal, havendo provas da materialidade e da autoria delitiva, no exercício do *jus puniendi*, cumpre-lhe a imposição da reprimenda, via de regra, de uma pena privativa de liberdade, que poderá ou não, dependendo das circunstâncias e dos requisitos penais aplicáveis ao caso concreto, ser substituída por outra menos gravosa, comumente uma ou duas penas restritivas de direitos ou uma desta e multa, a qual poderá ser aplicada cumulativamente, se previsto na lei penal que descreve o fato típico, em ambas as hipóteses, sendo de natureza essencialmente pecuniária.

Contudo, esgotada a fase persecutória e tornada concreta a sanção aflitiva ao autor do injusto penal, outra consequência jurídica se apresenta, aliás, como decorrência da anterior, mas revestida de automatismo, porquanto não se exige fundamentação do exteriorizador da vontade soberana do Estado, ou seja, o juiz que profere a sentença de mérito. Trata-se, sabidamente, da fase de adimplemento da obrigação reparatória em que o credor pode fazer valer o seu direito através da execução do título judicial, a sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

O tema-problema investigado no presente artigo decorre das inobservâncias éticas do agente que se utiliza das informações às quais tem acesso privilegiado e, indevidamente, se lança no mercado de ações delas se valendo para obter vantagem indevida. Tal conduta é revestida de relevância jurídica porquanto a informação não conhecida pelo mercado se torna meio para a obtenção de grandes lucros pelo agente que realiza negociação de valores mobiliários irregularmente, ocasionando insegurança e vantagem desproporcional em mercados altamente voláteis.

Cumpra ao Estado ditar as regras para o aprimoramento desta forma de negociação e outra coisa não se fez, senão alterar o texto do artigo 27 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que “[d]ispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários”, através de reforma levada a efeito pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, que adicionou o tipo penal cujo *nomen juris* é “Uso Indevido de Informação Privilegiada” (art. 27-D). Posteriormente, a Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, se incumbiu de expandir o contexto de aplicação do tipo penal, nele inserindo os §§1º e 2º (BRASIL, 2017).

Na hipótese, reconhecendo que a criminalização dessa prática é fruto de evidente influência estrangeira, haja vista a adoção da denominação usual cunhada pela expressão inglesa *insider trading*, deve-se investigá-la em toda a sua complexidade e sofisticação, que desvelam um contexto jurisprudencial ainda em construção. A partir da introjeção da ética no chanfro conceitual que se materializa para além do labor regulatório, impõe-se reconhecer que investigações mais detidas sobre o tipo penal e suas particularidades, inclusive para que se possa examinar suas consequências com a profundidade necessária, conduzem a um desafio que ultrapassa os contornos penais e processuais penais, ou mesmo a análise dos pressupostos específicos da responsabilidade civil “ex delicto”.

Pelo método dedutivo, procurar-se-á explorar como a responsabilidade civil “ex delicto” pode ser aplicada nesse contexto, para a reparação do dano que, via de regra, se apresenta como sendo de difícil quantificação, apesar da ofensa a bem jurídico e do veemente ataque a princípios democráticos, causadores de grandes abalos ao mercado financeiro e à credibilidade do sistema de ações. Para tanto, será utilizada pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo. Ao final, buscar-se-á apresentar uma conclusão assertiva sobre o tema.

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE CRIME

A prática de crime sempre atinge bem jurídico de sujeito passivo constante, o Estado e de sujeito passivo específico, o titular do bem ou interesse jurídico ofendido, podendo o próprio Estado sê-lo, quando este lhe pertence<sup>3</sup>. Ademais, em diversas oportunidades há produção de efeitos no âmbito privado por decorrência de prejuízos produzidos, apesar da independência jurídica das esferas penal e civil. Não é por outra razão que o próprio Código de Processo Penal determina ao magistrado que fixe, por ocasião da prolação da sentença condenatória, o “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido” (art. 387, IV).<sup>4</sup>

3 Segundo Antônio Scarance Fernandes (1995, p. 167), “pelo sistema da independência a reparação deve ser pleiteada no juízo civil, ficando assim separadas as ações civil e penal. Numa posição mais extremada, inexistiria qualquer vinculação entre os processos civil e criminal, sendo total a independência entre eles, o que, contudo, é praticamente impossível de suceder.”

4 Sobre o tema, a doutrina registra o seguinte: “A necessidade de se repensar o modelo predominantemente adotado na esfera processual penal – repita-se, focado quase que exclusivamente na tutela dos direitos e garantias do acusado – é inegavelmente uma maneira de se tentar evitar a chamada vitimização secundária, impedindo assim que aquele que já sofreu os danos em razão da prática da infração penal seja novamente vitimizado ao buscar as instâncias formais de controle social. A preocupação com a vítima é fundamental para que se tenha uma política criminal mais efetiva, que consiga produzir resultados práticos positivos, obedecendo aos mandados das novas cartas constitucionais dirigentes e dos tratados internacionais, os quais analisam a dignidade humana também em relação ao ofendido, mitigando a noção clássica de que o processo penal é uma relação dialética firmada exclusivamente entre Estado e autor do delito.” (MORAES; IULIANELLO, 2018, p. 55).

Todavia, a sentença penal nem sempre provê a reparação civil do dano causado ao vitimado, de forma completa, obrigando-o a executar (AMORIM, 1999, p. 16) o montante fixado na sentença penal condenatória transitada em julgado ou o decorrente de eventual liquidação que apure o seu valor. Ressalte-se que a ação civil *ex delicto*, não se distingue das demais ações cíveis indenizatórias, pois o injusto – delito penal – e o ilícito civil praticados se consubstanciam no mesmo fato gerador da causa de pedir das duas ações, propiciando o ressarcimento do dano patrimonial, tanto emergente quanto cessante, e do dano moral.

Extrai-se, portanto, do Código de Processo Penal, artigo 63, tratar-se de “ação proposta no juízo cível pelo ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros para obter a reparação do dano provocado pela infração penal”. (BRASIL, 1940) Há, ainda, permissão legal para que a ação seja proposta contra o autor do crime ou o responsável civil. (FARIAS; QUEIROGA, 1996, p. 23)

Doutrinariamente, são destacados alguns princípios aplicáveis à reparação do dano decorrente de infração penal, tais sejam: a) Sistema da livre escolha, pelo qual o ofendido poderá deduzir a pretensão reparatória em um único pedido, no processo penal, ou em outro processo de natureza civil; b) Sistema da confusão, nesta hipótese, os pedidos se confundem, cabendo ao juízo que decidir pela condenação criminal, dosar a reprimenda e quantificar a reparação civil; c) Sistema da solidariedade. Nesse sistema, em que há tramitação de ações distintas, penal e civil, há julgamento unificado, conjunto em uma mesma sentença; d) Sistema da separação ou da independência é o adotado pelo Brasil, onde os juízos penal e civil se distinguem, devendo tramitar ações separadas em cada um deles. Contudo, o juízo criminal decide a lide de natureza essencialmente penal, aplicando a pena no caso de haver condenação e fixando o *quantum* mínimo para ressarcimento dos danos causados ao ofendido pelo cometimento do injusto. (BONFIM, 2012, p. 483-484)

Considerado o princípio sistêmico juridicamente adotado nestas plagas, tal seja o da separação ou da independência entre os juízos penal e civil, inegável a manifesta forma mitigada, porquanto a independência torna-se relativa ante os efeitos transcendentais entre as decisões dos juízos distintos, pois a alusão nos Códigos Penal e de Processo Penal, no tocante às decorrências da coisa julgada na esfera cível e da fixação do montante mínimo para a indenização na hipótese de condenação. Extrai-se do disposto no artigo 935 do Código Civil<sup>5</sup> a vedação de nova discussão acerca da existência de fato ou de sua autoria, após ter afirmado que a responsabilidade civil independe da penal, quando as mesmas já tiverem sido alvo de decisão no juízo criminal, reforçando a imperatividade da coisa julgada de *decisum* jurisdicional de natureza cível.

Ressalte-se, pedagogicamente, que a disposição genérica da lei processual penal impõe cautela ao intérprete, pois existem situações que não ensejam o direito de indenização ao vitimado de prática infracional penal se este não se constituir em ilícito civil por não atingir negativamente o seu patrimônio jurídico, como ocorre ao se praticar ato obsceno, por exemplo, em que o agente mesmo sendo processado e condenado, a sentença não se constituirá em título executivo perante o juízo cível.

5 “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.” (BRASIL, 2002)

Importante frisar que o reconhecimento dos fatos atribuídos ao agente no juízo penal, será tido como verdadeiros perante o juízo cível, não havendo reciprocidade, isto é, a decisão do deste não produzirá efeitos perante aquele, de tal forma que a legislação pátria impõe o sobrestamento da ação civil proposta antes da inauguração da ação penal, o que se coaduna com as disposições processualísticas cíveis, que impõem a suspensão do processo, que perdurará pelo tempo máximo de um ano, que vencido, a tramitação prosseguirá, quando o mérito da causa cível "depende do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente", estatuído no Código de Processo Civil, artigo 313, inciso V, "a". (BRASIL, 2015)

Neste trabalho, não se pretende aprofundar no estudo das circunstâncias que envolvem todas as consequências da ação penal na seara cível, como as decisões conflitantes oriundas do processo civil que julga procedente o pedido e posteriormente o processo penal absolve o agente, por exemplo, por ter praticado o injusto sob o pálio de uma causa justificante do crime, impondo-se a interposição de ação de repetição de indébito ou, no caso inverso, em que a ação civil se resulta improcedente e a penal procedente, obrigando-se a interposição de ação rescisória observando-se o prazo de dois anos, como estatuído nos Códigos Civil e de Processo Civil. No presente artigo, analisar-se-á a responsabilidade civil "ex delicto" decorrente da comprovada prática do *insider trading* mediante utilização de informação privilegiada por parte do agente.

### 3. INSIDER TRADING COMO INJUSTO DECORRENTE DO USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA

As sociedades empresárias que integram o mercado de capitais evoluem constantemente, notadamente ao se constituírem por grandes conglomerados organizacionais que se dedicam às operações do mercado de capitais, especialmente quanto às negociações envolvendo valores mobiliários. Segundo Assaf Neto:

O mercado de capitais assume papel dos mais relevantes no processo de desenvolvimento econômico. É o grande municiador de recursos permanentes para a economia, em virtude da ligação que efetua entre os que têm capacidade de poupança, ou seja, os investidores, e aqueles carentes de recursos de longo prazo, ou seja, que apresentam déficit de investimento. O mercado de capitais está estruturado de forma a suprir as necessidades de investimentos dos agentes econômicos, por meio de diversas modalidades de financiamento a médio e longo prazos para capital de giro e capital fixos. (ASSAF NETO, 2006, p. 75)

Destacam-se dois períodos nesta evolução: (i) no primeiro, os empresários e as gestões aplicadas se confundiam com as empresas e o capital que as constituía, e o idealizador e os acionistas controladores se imiscuíam na gestão da companhia; (ii) no período ulterior, surgiram os administradores de carreira, transferindo-se as atribuições de gestão, dos empresários para os administradores das corporações, os quais não possuíam qualquer vínculo com a fundação e nem sequer colocado capital de risco para a constituição da empresa.



Nesse segundo momento, o próprio mercado passou a se sofisticar, envolvendo a captação de valores mobiliários para gerar a circulação de riquezas, potencializando o valor de grandes companhias (KÜMPEL, 2007, p. 44). Surgiu, ademais, a necessidade de que gestores se capacitassem tecnicamente para assumir funções de grande responsabilidade – usualmente identificadas nas cúpulas e na alta gestão – precipuamente direcionadas à obtenção de significativos lucros para a companhia administrada e seus acionistas. Isso propiciou grandes ganhos através de negociações de valores mobiliários (SZTAJN, 2002, p. 12)<sup>6</sup> e pelos dividendos atribuídos.

Entretanto, preocupações surgiram quanto a práticas desleais relevantes, praticadas em prejuízo dos acionistas, pois “quando uma companhia emite publicamente uma ação, apesar de ser obrigatória a participação de uma instituição financeira na operação, do ponto de vista jurídico, o subscritor adquire a ação diretamente da companhia.” (CHEDIAK, 2002, p. 531)

Por possuírem informações privilegiadas e relevantes no contexto da atuação de gestão e operacionalização da companhia, os infratores são, em geral, pessoas de grande proeminência social, como executivos, membros de *boards* e grandes investidores.<sup>7</sup> As informações que circulam nas altas cúpulas corporativas são extremamente sensíveis exatamente porque representam interesses econômicos de grande vulto, que podem ser exploradas em detrimentos das pretensões dos acionistas e até do mercado.

É por esse motivo que aspectos éticos passaram a permear a apuração das condutas dos administradores que, potencialmente, podem se desviar dos caminhos escorregios e praticar atos negociais irregulares no mercado de valores mobiliários, gerando danos variados. Nesses casos, o acesso privilegiado que possuem é determinante para que, na apuração concreta, se possa designar esses agentes como *insiders* (SALINGER, 2013, v. 1, p. 6)<sup>8</sup> que praticam fraudes mais sofisticadas do que o estelionato tradicional.

Em outro contexto, para que se possa traçar uma comparação, seriam considerados *outsiders* os agentes sem acesso privilegiado, que obtenham informações sensíveis pela prática de crimes-meio – imagine-se, no contexto dos cibercrimes<sup>9</sup>, a invasão de dispositivos informáticos por *hackers* (no Brasil, tipificada no art. 154-A do Código Penal) (BRASIL, 1940) – direcionados à concretização, como crime-fim, da fraude, inclusive em mercados.

De fato, sendo detentores de informações privilegiadas e que são utilizadas para burlar o mercado de ações, tipicamente vulnerável a oscilações e à volatilidade especulativa<sup>10</sup>, obje-

6 A autora descreve o mercado de valores mobiliários como sendo “aquele em que o conjunto de operações nele contratadas tem como bens objeto, ações, debêntures ou outros títulos admitidos à negociação em bolsa ou balcão organizado.” (SZTAIN, 2002, p. 12)

7 A doutrina indica, exatamente em razão disso, o fato de se considerar apatriótica a punição dessas figuras, além de ser difícil a obtenção de repercussão midiática para crimes que os envolvem: “It also is regarded by some as unpatriotic to consider those prominent in their Community as lawbreakers. And, besides, the media often find it difficult to set out the details of a white-collar conspiracy in a way that will engage readers and, especially, television viewers who respond to visual imagery. (...) [E]ntrepreneurship and market forces provide inherent hurdles that those seeking information must overcome to learn the details of white-collar crime.” (VAN SLYKE; BENSON; CULLEN, 2016, p. 43).

8 Anota o autor: “Fraud schemes and methods are varied, but knowledge by insiders and auditors of prior known fraud schemes and fraud risk factors can serve as deterrents.” (SALINGER, 2013, v. 1, p. 6)

9 A Internet ampliou as possibilidades para a prática criminosa, como ressalta a doutrina: “The internet has facilitated the ability to engage in a vast array of new crimes from identity theft to impersonation. The perpetration of fraud in online environments is now manifested in a very broad range of activities that have increasing levels of sophistication.” (COLLINS, 2019, p. 67).

10 Não é por outra razão que a repressão criminal às práticas relativas ao *insider* envolvem razões econômicas e éticas. Em síntese, como anota Luiz Gastão Leães, o que se almeja é prover os investidores de mecanismos para colocarem-se em patamar

tivando ganhos financeiros (*trading*), constata-se que os *insiders* são figuras centrais para a ocorrência de desvios delituosos que, peculiarmente, independem do poder diretivo desses agentes, embora a doutrina sinalize que um terço de infrações dessa espécie – nos Estados Unidos da América – envolva ocupantes de cargos de alto escalão corporativo ou com atuação no mercado de seguros, mas também uma parcela menor (cerca de 18%) de empregados que atuam com subordinação.<sup>11</sup> É crime formal e, por isso, para que ocorra a infração, basta que o agente tenha contato com a informação privilegiada e a explore, não sendo necessário que, para isso, exerça funções diretivas e de gestão empresarial<sup>12</sup>, tampouco que logre êxito na obtenção da vantagem financeira, considerada etapa de exaurimento do delito. Basta a exploração de informação privilegiada no mercado, com dolo de obtenção da benesse.

Para que fique ainda mais claro, incorre na tipificação penal de *insider trading* o agente que, pela prática de negociações de valores mobiliários da empresa ou de conglomerados, tendo conhecimento de fato relevante desconhecido pelos demais investidores do mercado de capitais, se valendo de tal fato, antevê o comportamento do mercado e transaciona valores da companhia com vantagem desleal, objetivando auferir benefício financeiro indevido para si ou para outrem. (EIZIRIK *et al*, 2011, p. 554)

Tal operação pode ser a venda precoce de valores mobiliários que sofrerão desvalorização antevista pelo agente em razão do fato relevante, ou, ainda, pode ser a compra precoce, por valor estável, de valores mobiliários que sofrerão acentuada valorização após a divulgação do fato relevante. A vantagem auferida, portanto, por sofrer desvalorização ou valorização após o fato relevante ser levado ao conhecimento geral, ou por estar atrelada à perspectiva de que se sofra prejuízo iminente, impedindo-o, através da sua alienação ou aquisição, porquanto possuidor da informação que lhe auferir privilégio antecipado.

Dentre os sistemas que dão sustentação ao ordenamento jurídico pátrio, destacam-se o da isonomia, da equidade, do não enriquecimento sem causa e o da boa-fé, sem os quais não há integridade ética na exteriorização de qualquer conduta por parte de gestores das corporações que, violando-os, também violam dispositivos jurídicos vigentes. Ao praticar *insider trading*, o violador da norma abandona os princípios da ética empresarial que, como assevera Newton De Lucca:

[...] desempenha papel de extremo relevo no que se refere aos fundamentos do próprio instituto da governança corporativa. Pode-se dizer, em certo sentido, que governança corporativa e ética são ideias interativas e complementares, na medida em que não se pode imaginar a primeira sem o conteúdo de natureza axiológica que lhe é fornecido pela segunda. (DE LUCCA, 2009, p. 384)

---

de igualdade em suas posições negociais e para que possam realizar juízos adequadamente informado de suas transações no mercado. (LEÃES, 1982, p. 171).

11 Os dados são apontados por Gilbert Geis: "Almost half of the insiders did not seek to help themselves; instead, they transmitted the information they had to others. (...) Approximately a third of all defendants came from the business sector, while about 20 percent were associated with the securities industry. In the business sector, most insider traders were high-level company officials; only 18 percent were underling employees. In the securities industry, on the other hand, defendants were unlikely to be executives. Some of the lower-level securities personnel acquired the insider information as a result of illegal trades by their clients." (GEIS, 2011, p. 146).

12 Bernard Bouloc explica que é despicienda a análise do cargo diretivo do agente para a apuração de certos delitos, mas ressalta que, a depender da influência exercida sobre uma equipe ou algum subordinado, a apuração delitiva poderá demandar a análise da (ir)resistibilidade do comando: "Dans un certain nombre de cas, l'agent n'ignore pas la loi pénale, mais il a du mal à en comprendre la portée, la loi étant difficilement compréhensible. (...) Ainsi, elle a admis l'irresponsabilité du chef d'entreprise qui s'était conformé aux instructions de l'inspecteur du travail. N'avait-il pas été dans l'impossibilité d'agir autrement? Mais, par la suite, la jurisprudence s'était montrée moins généreuse." (BOULOC, 2017, p. 402).

Então, quem pratica o *insider trading* é o indivíduo que atua em uma empresa listada na bolsa, excluindo-se o intermediário financeiro ou corretor, que pratica o denominado *front running*, tal seja, aquele que também pode atuar de forma ilícita, porém, para obter informações prévias sobre determinadas operações nas bolsas ou balcão de operações para influenciar a composição de preços de produtos de investimento (FERREIRA, 2014, p. 54).

Cumprido ao Estado editar as regras para o aprimoramento desta forma de negociação e outra coisa não se fez no Brasil, senão alterar o texto do artigo 27 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que “[d]ispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários”<sup>13</sup>, através da Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, que adicionou os tipos penais contidos no capítulo “Dos Crimes contra o Mercado de Capitais”: são os arts. 27-C (“Manipulação do Mercado”), 27-D (“Uso de Informação Privilegiada”, ou *insider trading*), 27-E (“Exercício Irregular de Cargo, Profissão, Atividade ou Função”). Posteriormente, a Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, que expandiu o contexto de aplicação do delito definido no art. 27-D, nele inserindo os §§1º e 2º.

Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor. (Incluído pela Lei nº 13.506, de 2017)

§ 2º. A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no caput deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo. (Incluído pela Lei nº 13.506, de 2017) (BRASIL, 2001)

Hodiernamente, se discute o enquadramento dos tipos penais no âmbito das organizações criminosas, especialmente sobre lavagem de dinheiro, terrorismo, dentre outros que causam grandes repercussões nos limites do território brasileiro e em terras estrangeiras, sem abandono daqueles que atingem o sistema financeiro e a ordem tributária.

Com isso, o sistema penal passou a receber atualizações que refletem a complexidade das relações sociais, o que envolve o aprimoramento das técnicas utilizadas pelos infratores penais na realização das mais sofisticadas formas de injustos.<sup>14</sup> Chegou-se ao que se deno-

13 A própria Comissão de Valores Mobiliários, aliás, já apresentou interessante relatório sobre os impactos dos crimes praticados por *insiders*, registrando, com aportes em investigação comparada, que “A legislação canadense, por exemplo, optou pela forma de enumerar expressamente as pessoas que considera “insiders”. Já na legislação francesa, os “insiders” são enumerados em dispositivo cujo fim precípua não é o de definir o “insider”, mas sim o de estabelecer obrigações para as pessoas que têm “status” de “insider”. Da mesma forma, nos EUA, não há expressamente uma definição legal do “insider”, mas o art. 16 do “Securities Exchange Act” igualmente, estabelece, para as pessoas que indica (as quais têm a condição de “insiders”), obrigações especiais que por sua natureza se destinam a estes.” (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 1978)

14 Anota a doutrina: “Inserido na concreta dinâmica da vida em sociedade, o crime, desde Durkheim, já não está mais limitado à compreensão do comportamento do homem delinquente, nem mesmo circunscrito à imposição de limites metafísicos à violência de Estado. Didaticamente, é possível identificar ao menos três elementos essenciais para a consolidação do pensamento criminológico: i) a noção de que o crime é “normal” e “funcional”, consagrada em *Da divisão do trabalho social*; ii) o crime como “antecipação da moral futura”, expressando a “moral coletiva”, analisado em *Regras do método sociológico*; iii)

mina direito penal econômico e, dentro deste contexto, se encontra o *insider trading*, pois integrante da criminalidade contemporânea, moderna, globalizada, desafiadora do sistema penal.

Antes da tipificação do *insider trading*, práticas infracionais que envolvessem mercados eram consideradas modalidades de estelionato, o que não se coaduna com a exigência de resultado naturalístico para a consumação, eis que, para realizá-lo, basta a presença da informação relevante e propiciadora de benefício econômico ao agente, independentemente de sua obtenção (VERSIANI; BAPTISTA, 2020, v. I, p. 565-566). Portanto, como já se disse, a natureza formal e não material do estelionato vale também para o novo tipo penal, sendo a vantagem indevida mera etapa de exaurimento do delito.

Extraí-se que a informação privilegiada se constitui em objeto material da ação, só podendo ser elementar integrante do tipo, de forma cumulativa, portanto não alternativa: i) quando não tiver sido tornada pública, ii) quando se referir a uma ou a várias entidades emittentes ou a um ou mais valores mobiliários, que se constitui em informação específica, iii) quanto gozar de caráter preciso; e, por fim, iv) quando estiver eivada de idoneidade, de tal modo que, se lhe fosse concedida publicidade, exerceria sensível influência no preço de mercado dos valores negociados (FERREIRA, 2014, p. 52-55).

A tutela ao bem jurídico, inegavelmente possuidor de natureza transindividual, considera a estabilidade e eficiência do mercado de capitais, sendo que a integridade das informações se apresenta como princípio primordial, porquanto considerado fundamento para a regularidade do mercado, não se olvidando de proteger a confiança e o patrimônio dos investidores que nele atuam (EIZIRIK *et al*, 2011, p. 556).

No tocante ao sujeito ativo do delito, pode-se asseverar que se trata de um crime comum, haja vista que a doutrina classifica os sujeitos ativos como *insiders* primários os que se relacionam com a sociedade emissora dos títulos mobiliários, e como *insiders* secundários aqueles que, apesar de não se relacionarem diretamente com a sociedade, tomam conhecimento de uma informação privilegiada. Constata-se que o delito pode ser praticado por qualquer pessoa que possua a informação privilegiada.

Quanto ao sujeito passivo, a coletividade está diretamente ligada à ofensa do interesse jurídico, pois a norma protege interesse supraindividual do abuso de informação privilegiada. Assim, o sujeito passivo é o próprio Estado, porquanto legítimo interessado na prevalência econômica que se lhe atribui a Carta Magna; igualmente, o próprio mercado é atingido pelo delito, pois os abalos causados pela quebra da confiança depositada pelos demais investidores gera ruptura que os atinge coletivamente. (FERREIRA, 2014, p. 59-70; 78-79)

As condutas típicas que se amoldam ao tipo penal (*insider trading*), além do núcleo "negociação", possuem característica restritiva, ao contrário de alguns países europeus, como Alemanha, Espanha, Portugal e Itália, dentre outros, que admitem condutas mais amplas. (FERREIRA, 2014, p. 79) No Brasil, extraem-se menos extensões ao núcleo do tipo, pois estão previstas outras figuras para condutas laterais que geram abalos ao mercado de valores mobiliários, mas que não se confundem com o *insider trading*. A título de exemplo, pode-se destacar os atos de operações simuladas ou outras manobras fraudulentas de manipulação de mercado, que configuram o tipo específico do artigo 27-C, e não o do artigo 27-D.

---

o conceito de anomia, a partir do qual é possível observar a desintegração da ordem social e a variação de seu referencial valorativo, com extraordinária representação em *O suicídio*." (SAAD-DINIZ, 2019, p. 111-112)

O tipo subjetivo se caracteriza pela vontade, livre e consciente, portanto, através de dolo genérico, sem qualquer aferição da finalidade, do objetivo ou da motivação, senão a existência da informação prévia e privilegiada e da ação típica, além da óbvia vontade de atuar e se amoldar à descrição do injusto. Contudo, ao praticar a conduta, a especificidade do dolo há que estar presente na mesma, pois o *insider*, tendo consciência da ilicitude do fato, mesmo assim o pratica para obter a vantagem indevida para si ou para outrem.

Caracterizado o nexo entre a utilização da informação privilegiada e a ação típica, ao realizar-se o ato negocial, resta consumada a conduta, pois se trata de delito de mera atividade, onde a consumação se imiscui com a tentativa acabada, haja vista que o resultado se produz no momento da ação do agente, amoldando-se ao tipo penal.

A sanção penal é cumulativa, aplicando-se a pena de reclusão de um a cinco anos, e impondo-se a multa de até três vezes o montante da vantagem econômica obtida pelo agente, a qual pode ser aumentada em um terço, se o agente tem o dever de manter sigilo (conforme previsto no §2º do art. 27-D). (BRASIL, 2001)

Na experiência brasileira, após longas digressões sobre a competência para processar e julgar o injusto de *insider trading*, a doutrina ora se posicionava pela competência da Justiça Federal<sup>15</sup>, considerando-se que o bem jurídico tutelado é o Sistema Financeiro Nacional (portanto, bem da União), outrora asseverava que a Carta Magna limita as hipóteses de competência da Justiça Federal e que o Mercado de Capitais não se insere em seu artigo 20, portanto, a sua prática não ofende qualquer bem, serviço ou interesse da União, devendo atribuir-se à Justiça Estadual a competência residual para a realização de todo o processado.

15 No caso envolvendo o empresário Eike Batista e a empresa EBX, o Superior Tribunal de Justiça definiu a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do crime de *insider trading* supostamente praticado contra o mercado de valores mobiliários, com prejuízos à época apurados em cerca de R\$ 70 milhões. O precedente foi o Recurso em Habeas Corpus nº 82.799/RJ, assim ementado: "RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. MANIPULAÇÃO DE MERCADO E INSIDER TRADING. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MAGNITUDE DA LESÃO. INTERESSE DA UNIÃO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. DISTRIBUIÇÃO. VARAS ESPECIALIZADAS. SUPOSTA ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO. 1. Não há dúvidas de que o mercado de capitais – compreendido como o somatório dos diferentes segmentos do mercado de investimentos – integra a ordem econômico-financeira. No ápice do sistema que regula a atividade financeira estatal, está o Conselho Monetário Nacional, cuja estrutura conta com dois outros órgãos: o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários. 2. É inegável a existência de interação entre o mercado de capitais e a economia como um todo, de tal sorte que condutas ilícitas praticadas em seu âmbito podem repercutir não só em relação aos investidores mas também afetar a própria credibilidade e a harmonia do sistema financeiro, com prejuízos econômicos ao país. 3. A regra prevista no art. 109, VI, da CF fixa a competência federal para o processamento e o julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem econômico-financeira, desde que determinados por lei, isto é, conquanto haja previsão expressa acerca dos crimes financeiros quanto à competência federal, como ocorre, por exemplo, com a Lei n. 7.492/1986, em seu art. 26. 4. A Lei n. 6.385/1976, ao dispor sobre os crimes contra o mercado de capitais – os quais, ao menos em tese, poderiam atingir o complexo sistema financeiro –, nada previu a respeito da competência. Logo, sob o prisma do art. 109, VI, da Constituição Federal, não se justificaria a vis atractiva do Juízo Federal; entretanto, mostra-se equivocada concluir nessa direção com base na análise isolada do referido dispositivo. É necessário verificar se o delito, como se depreende na espécie, se enquadra em alguma das hipóteses previstas no art. 109, IV, da CF. Precedentes. 5. Em qualquer caso de delito que repercuta no sistema financeiro ou que faça parte dos crimes contra a ordem econômico-financeira, cuja legislação que os prevê não contenha dispositivo específico que importe na fixação da competência federal, há que se avaliar, no caso concreto, a existência de circunstância de fato que demonstre a existência de efetiva lesão a bens, serviços ou direitos da União, de suas autarquias ou empresas públicas. Assim, nessas hipóteses, mesmo que não haja previsão na legislação infraconstitucional, como é a exigência do art. 109, VI, da Constituição Federal, o delito será processado e julgado perante a Justiça Federal, mas por incidência do disposto no art. 109, IV, da Lei Maior. 6. No caso, a denúncia foi recebida pelos crimes de manipulação de mercado e *insider trading*. A conduta, tal como descrita, foi capaz de movimentar, no mercado, quantia que totalizou um volume de R\$ 33.700.460,00. Segundo o Parquet, pela dimensão das perdas, houve reflexo no sistema financeiro, sobretudo pelo prejuízo suportado pelo mercado investidor, da ordem de R\$ 70.326.802,80. Em razão disso, os crimes imputados ao recorrente tiveram o condão de afetar ou, ao menos, expor concretamente a lesão a própria credibilidade do sistema financeiro, com possíveis prejuízos a um número elevado de investidores, a justificar a competência federal. 7. Inexiste ilegalidade na distribuição do feito a uma das varas especializadas em delitos financeiros da Justiça Federal, em razão da matéria, visto que os crimes contra o mercado de capitais integram a ordem econômico-financeira. 8. Recurso em habeas corpus não provido." (BRASIL, 2018)



Como se verá no tópico seguinte, fixou-se a competência da Justiça Federal para julgamento desses crimes<sup>16</sup> e a quantificação do dano de natureza civil acabou sendo objeto de importante precedente brasileiro, embora tenha havido o reconhecimento de que, por vezes, os danos sofridos pelo próprio mercado de capitais são imensuráveis.

#### 4. RESPONSABILIDADE CIVIL “EX DELICTO” PELA PRÁTICA DO INSIDER TRADING

O injusto *insider trading*, tem alcance subjetivo, mais restrito do que o ilícito civil previsto no art. 155, §4º, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976)<sup>17</sup>, uma vez que, no contexto desse dispositivo, os praticantes do ilícito civil são os administradores das companhias, mediante violação do dever de lealdade, pois a legislação brasileira, como analisado, é mais restrita do que a alienígena.

A legislação exige a presença dos pressupostos tradicionais da responsabilização civil, que são a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade, para a reparação civil de danos decorrentes da prática de *insider trading*.

Ademais, eventuais prejudicados não podem conhecer as informações supostamente omitidas quando se praticou a negociação envolvendo valores mobiliários, nos moldes do art. 155, § 3º, *in fine*, da Lei das Sociedades Anônimas (SILVA; LAGE, 2017, p. 49). Porém, se a informação oriunda de outras formas públicas de fato relevante integra a esfera de conhecimento dos investidores, não se pode asseverar que os mesmos tenham negociado seus títulos sem o conhecimento de fato que influa na cotação das ações e na decisão de negociá-las. (EIZIRIK, 2008, p. 108)

Por essa razão, regulações mais específicas, como a Instrução CVM nº 31/1984, e, mais recentemente, a Instrução CVM nº 358/2002, passaram a tratar do tema, elasticando a compreensão do conceito de *insider* para contemplar a própria companhia, seus acionistas controladores, diretores, membros de conselhos, ou qualquer indivíduo que, por seu cargo, função ou posição na companhia ou em empresa controlada ou coligada, tenha acesso à informação relevante utilizada para a obtenção de vantagem. Sobre isso, anota a doutrina:

Usualmente o combate ao *insider trading* é realizado mediante normas preventivas e repressivas. As normas preventivas são as que: promovem o sistema de ‘*disclosure*’, ou de transparência das informações, de maneira a assegurar a necessária visibilidade às operações do mercado de capitais; e impõem aos *insiders* a obrigação de informar sobre as operações por eles realizadas; já as normas repressivas proíbem a utilização de informação privilegiada, cominando sanções de natureza civil, administrativa e penal. (EIZIRIK *et al*, 2011, p. 556)

16 Com efeito: “Não obstante a discussão doutrinária, no âmbito do julgamento do Caso Sadia, prevaleceu a competência da Justiça Federal para julgar as ações criminais decorrentes de acusações por *insider trading*.” (VERSIANI; BAPTISTA, 2020, p. 568).

17 “Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: (...) § 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)”



Desconsiderando-se a obrigação de tratamento equitativo, os autores se incumbem do ônus de comprovar a existência de efetivo prejuízo na comercialização de seus títulos, levando-se em consideração a similitude entre o preço recebido e a cotação desses papéis desde quando a informação presumidamente omitida se tornou pública.

Considerado o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora do *insider trading*, obviamente se estará diante de bem jurídico diverso quanto à reparação do dano, o qual se consubstancia na proteção dos interesses privados dos investidores prejudicados pela conduta do agente infracional.<sup>18</sup> Noutras palavras, busca-se reparar os danos sofridos pelos que negociaram títulos de valores mobiliários com o sujeito ativo do injusto sem que soubessem que o mesmo possuía informação privilegiada. Portanto, na esfera cível, o bem jurídico protegido é o interesse individual homogêneo, o patrimônio dos vitimados, os quais podem reivindicar o ressarcimento através de ação individual sem, contudo, retirar dos legitimados do rol do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) a possibilidade de discussão do dano moral coletivo no contexto do crime de *insider trading* (LEAL, 2018, p. 353).

Frise-se que a responsabilidade civil do administrador é acentuada em razão da previsão de dever específico quanto ao zelo sobre atos praticados por funcionários e terceiros de sua confiança, que podem agir como “*longa manus*” ou prepostos para a viabilização de eventual infração no mercado de valores mobiliários.

A depender do contexto, não haverá dolo desses funcionários e terceiros, o que caracterizará o elemento subjetivo para fins de responsabilização criminal. E, quanto à responsabilidade civil, por não haver expressa previsão de solidariedade de tais agentes com o administrador, será imperiosa a análise do caso concreto – quando se tratar de responsabilidade extracontratual<sup>19</sup> – para que se aplique o disposto no artigo 942, parágrafo único, do Código Civil.<sup>20</sup> Nesse caso, será preciso analisar a conduta individual de cada partícipe para que seja possível identificar eventual coautoria, inclusive em caso de inobservância ao dever de mitigação (“*duty to mitigate*”):

Na responsabilidade extracontratual, a conduta do lesado que deixa ocorrer um dano tido como evitável com esforços razoáveis e, posteriormente, pleiteia a indenização por tal prejuízo evitável é considerado exercício abusivo de direito, pois “excede manifestamente os limites impostos (...) pela boa fé”, na dicção do art. 187 do Código Civil. Para aplicação da norma de mitigação à responsabilidade civil, o referido dispositivo legal deve ser interpretado como portador de cláusula geral, permitindo ao juiz atribuir a sanção adequada, ou seja, limitar a indenização a que faz jus a vítima aos danos inevitáveis. (LOPES, 2018, p. 149)

18 Sobre o tema, esclarece Enrique Bacigualpo: “Esta noción de perjuicio es explicable desde la perspectiva del concepto económico, jurídico-económico o personal de patrimonio. Gráficamente: es posible decir que los valores patrimoniales en peligro (por ejemplo, afectados por una sentencia no firme) disminuyen el valor (económico) del conjunto del patrimonio. (...) En todo caso, el peligro del perjuicio sólo será suficiente para la consumación cuando sea posible sostener fundadamente que se trata de un peligro equivalente al perjuicio patrimonial.” (BACIGUALPO, 2012, p. 167-168).

19 É importante lembrar que a já mencionada prática do *front running*, que envolve agentes intermediadores das negociações levadas a efeito no mercado de valores mobiliários, poderá resultar em responsabilização civil de natureza contratual, a depender de violação efetiva a dispositivo previsto no instrumento que rege os deveres de aproximação contratados. Imagine-se, por exemplo, uma agência de investimentos que contribui para o “vazamento” de informação que é, posteriormente, utilizada para a obtenção de vantagem por um *insider*. Perante o mercado, essa agência responderá civilmente em razão da cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual do artigo 927, parágrafo único, do CC. Em paralelo, responderá perante seus clientes, por força de violação contratual, caso esses sofram prejuízos decorrentes da distorção de mercado gerada.

20 “Art. 942. (...) Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.” (BRASIL, 2002)

Com estas considerações, pode-se asseverar que ao ser produzida uma sentença penal condenatória por prática de *insider trading*, a mesma poderá se constituir em título de crédito suscetível de execução no juízo cível, para fazer valer o direito ao ressarcimento dos prejuízos causados aos ofendidos pela prática do injusto, seguindo-se o rito próprio da ação civil “ex delicto”, sem prejuízo das demais ações que poderão ser intentadas, como amplamente analisado. A título de exemplo, merece menção a recente manifestação do Superior Tribunal de Justiça no caso de suposta prática de *insider trading* na aquisição do Banco Real pelo grupo Santander (MUNIZ, 2018). Nesse caso específico, não se reconheceu a prática em questão, mas trouxe importantes delineamentos para o assunto.

A primeira condenação por *insider trading* imposta, no Brasil, ao longo dos últimos 20 anos, envolveu o empresário Eike Batista e o grupo empresarial do setor naval OSX. A decisão foi proferida, em primeira instância, por sentença da juíza federal Rosália Monteiro Figueira, da 3ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que compõe o Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Na decisão condenatória, a magistrada impôs ao empresário pena de reclusão de 8 (oito) anos e 7 (sete) meses, em regime inicialmente fechado, sem as benesses da substituição da mesma por pena restritiva de direitos e da suspensão condicional da pena (*sursis*). Ademais, ao fixar a reparação do dano em atendimento ao comando do artigo 387, inciso IV, do CPP, foram reconhecidos como imensuráveis os prejuízos gerados ao mercado de capitais. Não obstante, para fins de quantificação mínima, apurou-se dano da ordem de R\$ 70.326.802,80 (setenta milhões, trezentos e vinte e seis mil, oitocentos e dois reais e oitenta centavos). (BRASIL, 2019)

Percebe-se que a dificuldade de aferição dos prejuízos causados ao mercado, descritos como imensuráveis na sentença<sup>21</sup>, apenas reforça a necessidade de parametrização de deveres éticos para administradores de alto escalão empresarial. Sem dúvidas, a governança corporativa continuará sendo imprescindível para que se possa apurar eventual violação. Nesse cenário, seus efeitos – no desejável *compliance* –, poderão ser considerados para a avaliação de condutas em eventual responsabilização civil por decorrência da prática de ilícito (no caso do *insider trading*, a violação ao art. 155, §4º, da Lei das S.A.'s) e, paralelamente, pela violação às regras de governança e boas práticas.

Nesse contexto, é valiosa a proposta de Brent Fisse e John Braithwaite (1993, p. 238) quanto à criação de um modelo baseado em *accountability* (“*Accountability Model*”) que certamente contribui para o desejável reforço ético das ações de gestores corporativos. Significa dizer que, na dimensão específica da função preventiva da responsabilidade civil, os deveres impostos àqueles que ocupam cargos e funções de maior relevo poderão ser analisados para aferir o agravamento de eventual situação geradora de dano.<sup>22</sup>

21 Segundo Romualdo Baptista dos Santos (2018, p. 166), todos esses riscos, conjuntamente considerados, “estão relacionados ao processo de modernização da vida em sociedade, seja em razão da interferência do homem na natureza, seja em razão do desempenho de atividades necessárias ao modo de vida, seja ainda em consequência da exclusão das grandes massas populacionais em relação ao processo civilizatório.”

22 Explicam Brent Fisse e John Braithwaite (1993, p. 238): “It should also be realised that the Accountability Model is itself a selflearning device. The more that the Accountability Model is put into practice, the richer the legal system’s understanding of corporate behaviour and the role of responsibility as a mechanism of social control. Where non-compliance occurs, the corporations and persons responsible are subject to escalated and more intrusive responses, thereby providing courts and enforcement agencies with a further range of experience. Moreover, self-learning and adaptive change are inherent in the Accountability Model’s strategy of trying to hold all responsible who are responsible. Thus, courts, legislators, or enforcement agencies who fail to take corrective action to repair breakdowns in the operation of the Accountability Model would thereby implicate themselves in the crimes they allow off the hook. In the world of accountability, the perpetually re-examined proposition is that no-one passes the buck.”

Sabidamente, “o conceito, a tipologia e a gravidade dos danos que inspiram a formatação dos sistemas de responsabilidade civil ao longo dos tempos variaram sob uma perspectiva proporcional à própria transformação da sociedade.” (VENTURI, 2014, p. 248) Em um ecossistema baseado em *compliance*, medidas especialmente direcionadas à prevenção de eventos como o *insider trading* podem ser implementadas para mitigar riscos. É o caso do chamado “chinese wall”, compreendido como o conjunto de medidas que uma instituição adota para separar a gestão dos seus próprios recursos em relação aos recursos e interesses de terceiros, fazendo alusão à histórica Muralha da China, verdadeira “barreira” interna para garantir que duas áreas diferentes não tenham nenhum contato (LEÃES, 2010).

Isso vale para as relações interempresariais, mas também para ambientes internos da corporação (como setores, departamentos e equipes). Sem dúvidas, se a complexidade do mercado de valores mobiliários propicia a prática de delitos sofisticados como o *insider trading*, também os deveres de prevenção desses delitos envolverão a adoção de mecanismos igualmente sofisticados. Para isso, é necessário que se fomente o *compliance* em todos os níveis, ampliando as frentes de atuação voltada ao controle do fluxo de informações potencialmente causadoras de injustos com repercussões criminais e cíveis e de impactos de enormes proporções.

## 5. CONCLUSÃO

Pelo exposto, nota-se que a hipótese de pesquisa foi confirmada no curso do desenvolvimento do texto, pois eventos adversos relacionados à exploração espúria de informação privilegiada, a configurar o evento designado pela expressão inglesa *insider trading*, encontram tipificação penal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, além de representarem afronta a parâmetros éticos que, hoje, são esperados da atuação de gestores e outros *stakeholders*. Portanto, algumas das constatações colhidas neste brevíssimo ensaio podem ser assim sintetizadas:

a) A influência que a utilização de informação privilegiada causa no mercado de valores mobiliários se consubstancia em ato que causa abalos, primeiramente, à sociedade amplamente considerada, gerando distorções de proporção imensurável, além de causar danos a grupos específicos de investidores que sofrem as consequências diretas da valorização ou desvalorização dos ativos negociados antecipadamente à revelação do fato relevante do qual se beneficiou o *insider*;

b) Inconteste a necessidade de se reprimir condutas que utilizam informação privilegiada para a obtenção de vantagens nos âmbitos desses mercados, seja na seara criminal, pela imposição das reprimendas previstas no art. 27-D da Lei nº 6.385/1976, seja pela responsabilização civil “*ex delicto*”, que ainda poderá gerar repercussões convoladas em dano moral coletivo;

c) Sendo o direito penal a *ultima ratio* do sistema jurídico, a ele incumbe proteger bens jurídicos de ataques de condutas socialmente nocivas, porquanto outros ramos do direito não podem tutelá-los, justificando-se a incriminação do *insider trader* para que a confiança dos investidores e o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários sejam pre-

servados, objetivando igualdade de competição aos que a ele se dirigem com similitude de informações para lhes propiciar sucesso e segurança nas negociações;

e) A prática do injusto impõe, além da imposição da reprimenda penal própria, a observância do seu efeito reparatório em face do dano causado aos investidores do mercado de capitais e à sociedade, admitindo-se, então, que aqueles e o Estado utilizem-se da ação civil “ex delicto”;

f) Em festejo ao desejável *compliance*, espera-se que os atores do mercado de valores mobiliários, especialmente quando tenham contato constante com informações relevantes, assumam deveres alinhados à função preventiva que se espera da responsabilidade civil, em verdadeira *accountability*, que se impõe para reforçar a implementação de mecanismos de governança e boas práticas empresariais para coibir delitos e ilícitos.

Conclui-se, portanto, ser imprescindível uma ampla repressão ao *insider trading* para que o mercado de capitais possa se desenvolver de forma eficiente e cumpra com sua função essencial que é o financiamento dos projetos das sociedades que lhe integra. Um mercado de capitais que não seja dotado de mecanismos de prevenção e repressão a tal conduta está fadado ao insucesso, tendo em vista a insegurança dela decorrente. Nesse sentido, o legislador brasileiro deu um grande passo ao acrescentar o §4º ao art. 155 da Lei das S.A.’s, mas é importante que haja ainda maior incentivo à adoção de *compliance* no meio corporativo com vistas ao recrudescimento dos mecanismos de prevenção mencionados.

## REFERÊNCIAS

- AMORIM, Manoel Carpena. Responsabilidade civil ex delicto no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p. 13-20, jan./dez. 1999.
- ASSAF NETO, Alexandre. *Mercado financeiro*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BACIGUALPO, Enrique. “*Compliance*” y *derecho penal*: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOULOC, Bernard. *Droit penal general*. 25. ed. Paris: Dalloz, 2017.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em: 12 set. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm) Acesso em: 12 set. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) Acesso em: 12 set. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. *Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10303.htm) . Acesso em: 12 set. 2021.
- BBRASIL. Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; altera a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, a Lei nº 6.024, de

13 de março de 1974, a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, a Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, a Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, o Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946, e a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001; revoga o Decreto-Lei nº 448, de 3 de fevereiro de 1969, e dispositivos da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm). Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 82.799*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 6 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90380472&num\\_registro=201700747620&data=20181206&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90380472&num_registro=201700747620&data=20181206&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 3ª Vara Federal Criminal. *Ação Penal nº 0042650-05.2014.4.02.5101*. Julgado em 24 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiza-condena-eike-batista-oito-anos.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

CHEDIAK, Julian Fonseca Peña. A reforma do mercado de valores mobiliários. In: LOBO, Jorge (Org.). *A reforma da Lei de Sociedades Anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COLLINS, Caroline; McGUIRK, Noel. Fraud in the Twenty-First Century: is the criminal law fit for purpose? In: MONAGHAN, Chris; MONAGHAN, Nicola (Ed.). *Financial crime and corporate misconduct: a critical evaluation of fraud legislation*. Londres: Routledge, 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Aspectos Jurídicos do "insider trading"*. Relatório de autoria de Norma Jonsen Parente. junho de 1978. Disponível em: [http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/aceso\\_informacao/serieshistoricas/estudos/anexos/Aspectos-Juridicos-do-insider-trading-NJP.pdf](http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/aceso_informacao/serieshistoricas/estudos/anexos/Aspectos-Juridicos-do-insider-trading-NJP.pdf). Acesso em: 30 abr. 2021.

DE LUCCA, Newton. *Dá ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

EIZIRIK, Nelson. *Insider trading e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de capitais: regime jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FARIAS, Paulo José Leite; QUEIROGA, Alessandra Elias de. Os efeitos civis da sentença penal condenatória irrecorrível na tutela dos interesses difusos. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, v. 52, p. 20-29, set./dez. 1996.

FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu. *Insider trading: a repressão penal do uso de informação privilegiada no mercado de valores mobiliários*. 2014. 117 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. *Corporations, crime and accountability*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

GEIS, Gilbert. *White-collar and corporate crimes*. Denver: Greenwood Press, 2011.

KÜMPPEL, Siegfried. *Direito do mercado de capitais: do ponto de vista do direito europeu, alemão e brasileiro; uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LAMONT, Christopher. *International criminal justice and the politics of compliance*. Farnham: Ashgate Publishing, 2010.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A adoção do Chinese Wall e a repressão ao insider trading. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 13, n. 47, p. 227-145, jan./mar. 2010.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Mercado de capitais & 'insider trading'*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LEAL, Adisson. A legitimidade para postular a reparação do dano moral coletivo. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018.



LOPES, Christian Sahb Batista. O chamado "duty to mitigate" na responsabilidade civil extracontratual. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2018.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; IULIANELLO, Annunziata Alves. A indenização civil ex delicto prevista no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal e a necessidade de maior preocupação com as vítimas. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 69, p. 35-58, jul./set. 2018.

MUNIZ, Mariana. STJ conclui que Santander não cometeu insider trading na compra do Real. *Jota*, 6 fev. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-conclui-que-santander-nao-cometeu-insider-trading-na-compra-do-real-06022018>. Acesso em: 30 abr. 2021.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SALINGER, Lawrence M. *Encyclopedia of white-collar & corporate crime*. 2. ed. Londres: Sage Publications, 2013. v. 1.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Responsabilidade civil por dano enorme*. Curitiba: Juruá, 2018.

SILVA, Cristian Kiefer da; LAGE, Telder Andrade. Insider trading: uma realidade à luz do direito brasileiro e a responsabilidade civil e criminal do insider. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, São Luís, v. 3, n. 2, p. 40-59, jul./dez. 2017.

SZTAJN, Rachel. Conceito de liquidez na disciplina do mercado de valores mobiliários. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, n. 126, p. 7-30, abr./jun. 2002.

VAN SLYKE, Shanna R.; BENSON, Michael; CULLEN, Francis. *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

VERSIANI, Fernanda Valle; BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Novos contornos do insider trading no Brasil e a tecnologia como instrumento de combate. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.); GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Org.). *Direito, tecnologia e inovação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. v. I.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 16/07/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/08/2021
- Avaliação 1: 18/08/2021
- Avaliação 2: 23/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 23/08/2021
- Retorno rodada de correções: 31/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 31/08/2021

#### Equipe editorial envolvida

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



# NOVOS PANORAMAS AO REGIME PRISIONAL ABERTO

NEW PANORAMAS TO THE OPEN PRISON REGIME

RICARDO GAGLIARDI<sup>1</sup>

## RESUMO

O estudo objetiva analisar a relação entre os critérios para a aplicação do regime aberto da pena privativa de liberdade e das penas alternativas, e suas consequências jurídicas, especialmente depois do precedente da Corte Suprema brasileira (Recurso Extraordinário 641.320). Como meio exploratório, foram realizadas revisões sistemáticas de literatura e de jurisprudência, buscas em obras consagradas, inclusive em pesquisas empíricas nacionais. Conclui-se haver interpretações judiciais equivocadas e falta de legislação coerente, o que tem gerado contradições no sistema e a violação de vários princípios e regras. Evidencia-se irrefutável similitude entre os critérios dos referidos institutos e que seria viável uma interpretação judicial que os transformasse em um modelo único e uniforme. As consequências jurídicas são a possibilidade de substituição à pena alternativa sempre que for fixado o regime aberto, a aplicação da pena alternativa ao tramitar do regime aberto e o fortalecimento dos princípios da preponderância da pena alternativa e da obrigatoriedade do cumprimento de pena.

**Palavras-chave:** execução penal; penas alternativas; regime aberto; interpretação judicial.

## ABSTRACT

*The study aims to analyze the relationship between the criteria for applying the open regime of custodial sentences and alternative sentences, and their legal consequences, especially after the precedent of the Brazilian Supreme Court (Extraordinary Appeal 641.320). As an exploratory means, systematic reviews of literature and jurisprudence were carried out, searches in consecrated works, including national empirical research. It concludes that there are erroneous judicial interpretations and lack of coherent legislation, which implies in contradictions in the system and the violation of several principles and rules. There is an irrefutable similarity between the criteria of the referred institutes and that a judicial interpretation that would transform them into a single and uniform model feasible. The legal consequences are the possibility of substituting the alternative sentence whenever the open regime is fixed, the application of the alternative sentence when processing the open regime and the strengthening of the principles of alternative sentence's preponderance and the obligation to serve the sentence.*

**Keywords:** penal execution; alternative sanctions; open prison regime; judicial interpretation.

1 Doutorando em Teoria de Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2020). Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (2018). Especialista em Criminologia pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (2014). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru, Instituição Toledo de Ensino (2001). Graduado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (1996). Vínculo e principal atividade profissional: Juiz de Direito e Gestor Público, membro do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Professor da Escola Superior da Magistratura Tocantinense. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6382-925X>.

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

GAGLIARDI, Ricardo. Novos panoramas ao regime prisional aberto. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 282-306, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8253>.

## 1. INTRODUÇÃO

Há grande celeuma entre os operadores do direito penal no Brasil, especialmente diante da ausência de estrutura necessária ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto. Não há casas do albergado ou estabelecimentos congêneres suficientes para atender os condenados que cumprem penas ou progrediram ao regime aberto. Segundo o voto do Ministro Mendes, da Corte Suprema brasileira (BRASIL, STF, RE 641320, 2016) (BRASIL, 2016e), retratando a situação brasileira, ainda atual:

No regime aberto, temos 15.036 (quinze mil e trinta e seis) pessoas presas, para 6.952 (seis mil, novecentas e cinquenta e duas) vagas.

Esses números do Ministério da Justiça não levam em conta as pessoas submetidas à prisão domiciliar. Levantamento do CNJ – Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, Processo 2014.02.00.000639-2 –, datado de junho de 2014, apontou 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentas e trinta e sete) pessoas em prisão domiciliar no país.

Ou seja, em junho de 2014, eram 104.675 (cento e quatro mil, seiscentas e setenta e cinco) pessoas institucionalizadas nos regimes semiaberto e aberto, ao passo que, na metade de 2014, temos mais do que o dobro desse número – 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentas e trinta e sete) – em prisão domiciliar.

É certo que alguns dos presos estão em prisão domiciliar por razões humanitárias – art. 117 da Lei 7.210/84 ou art. 318 do CPP.

Além disso, o regime aberto é simplesmente desprezado por várias unidades da federação.

Dezessete unidades da federação – Acre, Alagoas, Amapá, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, São Paulo, Sergipe e Tocantins – simplesmente não adotam o regime aberto.

Ou seja, a lei prevê os três degraus da progressão, mas o último simplesmente não existe em mais da metade do país.

No entanto, na prática, esses modelos de estabelecimento foram abandonados.

Os números do Departamento Penitenciário Nacional, relativos a dezembro de 2013, apontam apenas 73 (setenta e três) colônias agrícolas ou industriais e 65 (sessenta e cinco) casas de albergado. Não tenho números exatos da capacidade dessas casas, mas existe a premissa operacional de que esses estabelecimentos precisam ser pequenos. Ou seja, a massa de atendidos é irrisória. A maior parte dos estados nem sequer conta com estabelecimentos dessa ordem.

[...] O programa estabelecido pela legislação para execução das penas em tais regimes está longe de uma implementação satisfatória.

De forma decrescente em rigor de pena, alguns julgados impõem regime de prisão domiciliar. Outros substituem por penas alternativas. Um terceiro grupo mantém pessoas condenadas em liberdade, com algumas condições interditivas de direitos, sem ou com monitoramento eletrônico, porém, sem quaisquer meios de orientação, acompanhamento e fiscalização, ou

que gerem de alguma forma meios de inclusão social ou perspectiva de integração social, como determina o artigo 1º da Lei de Execuções Penais.

O modo divergente de tratar o mesmo resultado jurídico, no entanto, contraria o ordenamento jurídico no aspecto da igualdade de aplicação da norma (RAWLS, 2003) e pode gerar efeitos nefastos ao sistema penal. Isso não poderia ser diferente diante da tão conhecida diferenciação entre igualdade formal e material (SILVA, 2006, p. 211-229).

Nesse aspecto, a Corte Suprema brasileira, de forma inovadora, baseado em interpretação constitucional principiológica, por meio do RE 641.320, definiu que, em não havendo vaga em estabelecimento adequado, a decisão do juiz deve se basear nos parâmetros fixados, não sendo possível legalmente a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. Elencou hipóteses que poderiam contemplar a forma de cumprimento do regime aberto: saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; ou o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.

A importância do trabalho traduz-se especialmente no alto percentual de casos em que é aplicado o regime aberto em detrimento dos demais regimes prisionais, especialmente quando a pena aplicada tem patamar de até quatro anos. Em trabalho empírico realizado por este pesquisador (GAGLIARDI, 2018, p. 222), foi demonstrado que, em um dos Estados da Federação, das 840 ações penais baixadas, considerando a condenação definitiva em penas de até quatro anos, em período de dois anos recentes, 2,9% das penas privativas de liberdade se deram no regime fechado, 13,3% no semiaberto, e a maior parte, 83,8%, aplicado o regime aberto.

Tendo como ponto inicial a dogmática penal e o precedente da Corte Suprema brasileira (BRASIL, STF, 2016) (BRASIL, 2016), o estudo pode ser caracterizado como descritivo e analítico, fundamentado em revisão de literatura e de jurisprudência. A pesquisa bibliográfica abarcou a produção científica constante das bases dos seguintes bancos de dados: Google Scholar, Portal de Periódicos Capes, e Scielo, a partir dos descritores, “regime aberto e pena alternativa”. Engendrou-se buscas em obras consagradas, inclusive em pesquisas empíricas nacionais (ILANUD, 2006; IPEA, 2015). Recorreu-se à jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O método consistiu em realizar breve análise da evolução histórica e da legislação acerca do regime de pena criminal aberto e das penas restritivas de direitos (penas alternativas à prisão), a partir dos elementos da natureza dos delitos, requisitos para a concessão, formas de cumprimento e aspectos subjetivos; e um mapeamento das consequências jurídicas nas perspectivas que relacionam os institutos e envolvendo aspectos da pessoa condenada, alicerçado em paradigma da Corte Suprema brasileira, para se desenvolver a reflexão sobre a reinterpretação dos referidos institutos.

O presente artigo objetiva analisar a relação entre os critérios para a aplicação do regime aberto da pena privativa de liberdade e das penas alternativas, e suas consequências jurídicas, com lastro na doutrina e jurisprudência especializadas.

## 2. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS LEGAIS DOS INSTITUTOS INVESTIGADOS

Há forte relação entre os institutos do regime de pena aberto e das penas alternativas. Há semelhanças intrínsecas baseadas: na natureza dos delitos, nos requisitos para concessão, na forma de cumprimento e nos aspectos subjetivos envolvendo a pessoa condenada. Ambos são destinados aos casos envolvendo delitos de natureza leve, são cumpridas em liberdade limitada ou condicionada, sem ou com vigilância reduzida, baseado no senso de responsabilidade e autodisciplina da pessoa condenada.

No aspecto histórico acerca da elaboração das leis penais, pode-se verificar certa intromissão de um instituto no outro, muitas vezes gerando antinomias ou aparentes contradições e, por outras, equiparando os fundamentos. E mais, foram criados institutos consensuais e instrumentos despenalizadores que delimitaram e reconheceram a menor gravidade dos delitos apenados até quatro anos.

A Lei 6.416/77 (BRASIL, 1977), alterou o Código Penal e instituiu o sistema progressivo em três regimes: fechado, semiaberto e aberto, além do livramento condicional. Seria aplicado regime aberto se a pena fixada fosse de até quatro anos, progredindo para este regime depois de cumprir um terço do regime anterior.

Com a reforma do Código Penal pela Lei 7.209/84 (BRASIL, 1984a) e com a publicação da Lei de Execução Penal (BRASIL, Lei 7.210, 1984) (BRASIL, 1984b), foi mantido o sistema progressivo de forma ainda mais moderada, mantendo-se os mesmos parâmetros do tempo de pena privativa de liberdade fixada em relação aos regimes de pena, e reduzindo-se o tempo para progressão depois de cumprido um sexto do tempo da pena. Regulou-se o regime aberto vigente nos moldes atuais.

Pode-se asseverar que o sistema progressivo instituído no Brasil veio a carrear uma forma de desencarceramento mais rápido, com a previsão de acompanhamento e fiscalização das pessoas condenadas durante o regime aberto, porém, fora das mazelas do cárcere, até o adimplemento dos requisitos subjetivos e objetivos para a concessão do livramento condicional.

O processo de produção de alternativas penais ao encarceramento se aprofundou com a inserção das penas alternativas no Código Penal pela Lei 7.209/84 (BRASIL, 1984a), no entanto, limitada a aplicação de pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposo a qualquer tempo.

As inovações do sistema jurídico nacional foram crescentes nos anos seguintes, principalmente nos anos de 1988, 1995, 1998, 1999, 2002, 2006 e 2019, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil e posteriores emendas constitucionais, e das Leis 9.099, 9.714, 10.259, 11.313, 11.343 e 13.964, respectivamente.

As medidas não privativas de liberdade em geral foram encorajadas pelas Regras de Tóquio (regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990) (BRASIL, CNJ, 2016) (BRASIL, 2016a), e podem ser empregadas antes ou após iniciado o processo penal.

As medidas aplicadas antes de iniciada a ação penal, na forma do art. 98, I, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), e art. 76, da Lei 9.099 (BRASIL, 1995), nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo<sup>2</sup>, referem-se às composições civis por danos e às transações penais. Estas são medidas despenalizadoras e descarcerizadoras devidamente autorizadas pelo texto constitucional, pois afastadas de plano as pretensões punitivas estatais originais, quais sejam, a imposição de um juízo de culpabilidade<sup>3</sup> e a consequência das penas de prisão e de multa, e também, sem a possibilidade de substituição ou conversão para penas privativas de liberdade (GRINOVER *et al.*, 1996, p. 18-20; CAPEZ, 2014, p. 428-429).

As medidas ainda são aplicadas após iniciada a ação penal e antes da instrução processual e da sentença, na hipótese da suspensão condicional do processo (BRASIL, Lei 9.099, art. 89, 1995) (BRASIL, 1995). São estabelecidas condições e algumas delas são verdadeiras medidas restritivas de direitos, como a proibição de frequentar determinados lugares.

A Lei 9.714/98 (BRASIL, 1998) impôs nova reforma ao Código Penal, inserindo novas hipóteses de penas alternativas e ainda ampliando de forma substancial as condições de tempo para a substituição da pena privativa de liberdade, na forma dos artigos 43 a 48 do Código Penal, ampliando para as penas aplicadas de até quatro anos, ao crime que não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo.

A Lei 13.964 (BRASIL, 2019) instituiu o acordo de não persecução penal, incluindo o art. 28-A ao Código de Processo Penal, às hipóteses de não arquivamento das peças de investigação formal, em moldes assemelhados à transação penal, sem análise de juízo de culpabilidade, porém, de maneira mais ampla, e se cumprir, entre seus requisitos, os seguintes: investigado ter confessado os fatos circunstancialmente; infração penal sem violência ou grave ameaça; pena mínima cominada inferior a quatro anos, consideradas as causas de aumento e de diminuição, e com exceção dos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Regra geral, portanto, observando-se as normas acima, todas as contravenções penais e os crimes cominados com pena de até dois anos são considerados infrações de menor potencial ofensivo, e por isso, tendem a se resolver antes de iniciada a ação penal, por meio consensual. Os casos que envolvem crimes sem violência ou grave ameaça com pena mínima cominada em menos de quatro anos, poderão ser resolvidos antes de iniciada a ação penal, por meio de acordo de não persecução penal e aplicação de medidas alternativas. Os crimes que têm a pena mínima cominada em até um ano, depois de iniciada a ação penal, por meio de acordo e cumprimento de condições e medidas restritivas de direitos, resolvem-se sem a necessidade de uma sentença de mérito.

Por sua vez, os crimes com a aplicação da pena em concreto de até quatro anos, em julgamento de mérito da ação penal, podem ter as penas substituídas para penas alternativas, presentes os demais requisitos legais. Essa hipótese aplica-se, inclusive, aos casos que envolvem infrações de menor potencial ofensivo, acordo de não persecução penal, e depois

2 Art. 61, da lei 9.099/1995. "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".

3 A aplicação da sanção não importa reincidência (art. 76, parágrafo 4º, da L. 9.099/1995), e não constará dos registros criminais, exceto para o efeito de impedir nova transação penal no prazo de 05 anos (art. 76, parágrafos 4º e 6º, da L. 9.099/1995).

de instaurada a ação penal, na suspensão condicional do processo, quando não houve acordo prévio ou no caso de o acusado não ter se apresentado ou ainda de não terem sido cumpridas e nem justificadas devidamente as condições. As condenações apenadas com até dois anos, envolvendo crime com violência ou grave ameaça, não substituída para pena alternativa, podem ser suspensas, por meio do instituto do *sursis* se presentes os demais requisitos, na forma do art. 77, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Assim, dadas as similaridades dos institutos discutidos, no contexto histórico da produção da norma, envolvendo a natureza dos delitos, os requisitos para concessão, e a forma de cumprimento, interpreta Gomes:

[...] o legislador, certamente, inspirou-se nos parâmetros do regime aberto para adotar o limite (de quatro anos) para a substituição. Antes, em relação aos crimes dolosos, o limite era “pena inferior a um ano”; depois da Lei 9.714/1998, “a pena não superior a quatro anos”. No fundo e muito singelamente o raciocínio foi certamente o seguinte: a pena de prisão até quatro anos, no Brasil, em geral, admite regime aberto, isto é, em regra não implica a prisão. Logo, antes de chegar na fase executiva da pena, preferível é a sua substituição. (GOMES, 2007, p. 783-784)

No regime aberto é traçado “um pacto de confiança recíproca ao estimular o binômio: responsabilidade-disciplina” (COSTA, 2016, p. 238). Baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (BRASIL, CÓDIGO PENAL, art. 36, *caput*, 1940) (BRASIL, 1940).

A execução do regime aberto se dá na casa do albergado ou em outro estabelecimento adequado (BRASIL, CÓDIGO PENAL, art. 33, parágrafo 1º, “c”, 1940) (BRASIL, 1940), mesmo que não se qualifique como casa do albergado, conforme aresto destacado mais abaixo, ou até em residência particular, nas hipóteses legais, quando se tratar de condenado nas seguintes condições: condenado maior de setenta anos, condenado acometido de doença grave, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, e condenada gestante (BRASIL, LEI 7.210, art. 117, 1984) (BRASIL, 1984b).

São condições principais do regime aberto: o condenado trabalhar sem vigilância fora do estabelecimento penal, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e dias de folga (BRASIL, CÓDIGO PENAL, art. 36, parágrafo 1º, 1940) (BRASIL, 1940). São ainda condições gerais e obrigatórias: permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

A lei expõe que outras condições especiais poderão ser fixadas pelo juiz (BRASIL, LEI 7.210, art. 115, 1984) (BRASIL, 1984b), porém, precedente do Superior Tribunal de Justiça, não tem admitido a aplicação de penas alternativas com tal intuito (BRASIL, STJ, Súmula 493, 2012) (BRASIL, 2012b), com o fundamento de que tem naturezas autônomas, sendo que a pena alternativa visa substituir a pena privativa de liberdade e não se cumular. Deve-se atentar para um detalhe em tal aresto: todos seus precedentes referem-se à hipótese de cumulação de condições do regime aberto e cumulação com a pena alternativa específica da prestação de serviços à comunidade. Além disso, a interpretação foca nos conceitos formais, o que, como se mostrará mais adiante, tende a se alterar.



Por sua vez, as penas alternativas substitutivas, por todo o asseverado, são as que se prestam a proporcionar melhores condições para a harmônica integração social do condenado (BITENCOURT, 2007), pois “[...] busca humanizar o direito penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento; que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado [...]” (REALE JÚNIOR, 2013).

Dessa forma, também gera uma relação de confiança entre a pessoa condenada e o Estado, e baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade. É aplicada nas infrações penais de menor gravidade e considera obrigatoriamente a natureza do delito e as circunstâncias judiciais. Muitas interdições de direitos, o recolhimento domiciliar dos crimes ambientais e a limitação de fim de semana para fins de realização de cursos e estudos se assemelham às condições do regime aberto.

No entanto, as penas alternativas não impõem pernoite em estabelecimento específico, ou ainda prisão domiciliar nas hipóteses legais excepcionais (BRASIL, Lei 7.210, art. 117, 1984) (BRASIL, 1984b). Ainda, podem ser cumpridas em tempo menor que a pena privativa de liberdade aplicada, baseado no princípio do encerramento antecipado da pena, aplicável às hipóteses de substituição para pena pecuniária e/ou prestação de serviços à comunidade (BRASIL, CNJ, 2016, p. 19; BRASIL, CP, art. 46, parágrafo 4º, 1940; BRASIL, Lei 7.210, art. 148, 1984) (BRASIL, 1940, 1984b, 2016a, p. 19). De qualquer forma, ambas as medidas são mais brandas que o encarceramento, conforme exposto acima, e se baseiam em semelhantes fundamentos principiológicos, como supra esclarecido.

Os institutos divergem em relação ao tratamento no aspecto formal. O único elemento que a fez caracterizar pena privativa de liberdade no Brasil foi a necessária custódia da pessoa ao Estado, porém, apenas de forma parcial, durante a noite e nos dias de folga, como uma restritiva de liberdade, em um estabelecimento não semelhante ao cárcere, pois não constituído por celas. Tem regime próprio, pois deve estar separado dos demais estabelecimentos penitenciários, e caracteriza-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (BRASIL, Lei 7.210, art. 94, 1984) (BRASIL, 1984b). Durante as atividades fora do estabelecimento, não há vigilância. Dessa forma, encontra-se distante de sofrer os efeitos nefastos da prisão, conforme tratados pela doutrina (BARATTA, 2011, p. 178-180; FOUCAULT, 2009, p. 250-277; SHECAIRA, 2013, p. 302-303).

Outra relação intrigante nesse ponto é do estabelecimento do regime inicial de pena e do critério da suficiência para a substituição. Seus requisitos. O juiz utiliza dos dispositivos previstos no art. 33 e seus parágrafos e do art. 59, ambos do Código Penal, para estipular o regime inicial. Da mesma forma, utiliza dos artigos 44 e 59 da mesma lei e de suas bases principiológicas para analisar a possibilidade de substituição à pena alternativa. Em ambas as situações, substituindo-se a pena para alternativa ou fixando-se regime aberto, à pessoa condenada são esperadas senso de responsabilidade e autodisciplina (BRASIL, LEI 7.210, art. 114, II, 1984) (BRASIL, 1984b).

A primeira aparente contradição que pode ocorrer evidencia-se quando esse intérprete, nas hipóteses de penas aplicadas em até quatro anos, justifica a não substituição da pena diante do não cumprimento do critério da suficiência, ou seja, baseado nas circunstâncias judiciais desfavoráveis, e, no entanto, fixa o regime inicial aberto, sem observar o mesmo dis-

positivo, violando-se o disposto no parágrafo 3º, do art. 33, bem como o próprio *caput* do art. 59, do estatuto penal brasileiro.

A segunda aparente contradição na interpretação da norma que pode ocorrer se dá na hipótese em inverso. Trata-se da situação em que foi aplicado regime de pena mais gravoso, semiaberto ou fechado, considerando-se a regra geral prevista nas alíneas do parágrafo 2º, do art. 33, do Código Penal e a regra específica presente no mesmo dispositivo legal, agora no parágrafo 3º, e mesmo assim foi substituída a pena para alternativa. Segundo a alínea “c”, do referido dispositivo, “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”.

Essas contradições ocorrem frequentemente nos Tribunais. Em pesquisa empírica sob a coordenação deste autor em um dos Estados da Federação (GAGLIARDI, 2018, p. 223), demonstrou-se que em 59,4% das sentenças houve substituição da pena privativa de liberdade para pena alternativa; em 31,1% não houve a substituição, sendo mantida a pena privativa de liberdade; em 6,9% a pena foi suspensa (*sursis penal*); em 2,2% foi aplicada a pena alternativa como pena principal; e em 0,5% dos casos foi aplicada unicamente a pena de multa.

E mais. Analisando-se os regimes de penas aplicadas de acordo com as substituições para pena alternativa ou não e a aplicação de outras medidas ou penas alternativas ao cárcere, das penas não substituídas, em 58,4% o regime aplicado foi o aberto (aqui se encontra a primeira contradição), em 33,2% o semiaberto, e em 8,4% o regime fechado. Das penas suspensas (*sursis*), em 96,7% o regime fixado foi o aberto, e em 3,3% foi fixado o semiaberto (outra incoerência).

Atinentes às penas substituídas, em 95,6% o regime aplicado foi o aberto, em 4% o semiaberto (segunda contradição), e em 0,4% houve a aplicação de regime fechado (segunda contradição) (GAGLIARDI, 2018, p. 224). É que, regra geral, se o juiz considerou as circunstâncias judiciais negativas ou desfavoráveis ao condenado, e por isso aplicou regime de pena mais gravoso, seria pela mesma medida, imprópria a substituição à pena alternativa.

Assevere-se que algumas leis em vigor, desde o ano de 1990, no entanto, favoreciam essas contradições. A Lei 8.072/1990 determinava, a partir da alteração legislativa em 2007, em seu art. 2º, parágrafo 1º, que a pena por crime hediondo ou equiparado, seria cumprida inicialmente em regime fechado. Essa normatização abstrata poderia dar azo à segunda situação demonstrada contraditória, que representa a substituição de pena e a fixação de regime de pena inicialmente fechado. A lei 11.343/2006, por sua vez, por seus artigos 44 e 33, parágrafo 4º, vedava a conversão de suas penas em penas alternativas. Essa, por sua vez, compatibiliza-se com a hipótese colocada como primeira contradição, que representa a não substituição de pena e a fixação de regime aberto.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, HC nº 111.840/ES, 2012; BRASIL, STF, HC nº 97.256/RS, 2010) (BRASIL, 2010b, 2012f) reconheceu a inconstitucionalidade difusa, e com efeitos *ex nunc*, dos dispositivos cominados em leis que determinavam, diante da gravidade do delito cominado abstratamente, a aplicação do regime inicial de pena sempre fechado, como ocorria com os crimes considerados hediondos, por descrição ou equiparação, como o tráfico de drogas, e ainda proibia a substituição para penas alternativas. A segunda hipótese teve a inconstitucionalidade concebida pelo Senado com relação ao tráfico de drogas privilegiado (BRASIL, SENADO, Resolução n. 5, 2012) (BRASIL, 2012a).

A Corte Suprema brasileira (BRASIL, STF, RHC 114865, 2013) (BRASIL, 2013) reconheceu que os requisitos de concessão de ambos os institutos são os mesmos: “[...] considerando que os requisitos para a conversão são os mesmos exigidos para a imposição do regime inicial de cumprimento, ou seja, a não reincidência e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o recorrente faz jus à benesse.” Ou seja, regra geral, pode-se dizer que em todas as hipóteses em que não couber a substituição para a pena alternativa, também não possibilitará a aplicação do regime aberto, e vice-versa. Isso abrange o tempo da pena e o critério da suficiência.

Uma situação, no entanto, de cunho excepcional, ocorre em dois patamares de interpretação da norma, com suporte na visão tradicional ou fundamentado na releitura dos requisitos legais para a substituição. Esta segunda visão está lastreada em interpretação sistemática constitucional, detalhadas em nosso estudo anterior (GAGLIARDI, 2019, p. 163-166), ao concluir pelo direito à substituição à pena alternativa em caso de condenações em crimes em que forem cominados institutos despenalizadores, independentemente dos requisitos limitadores previstos no Código Penal, inclusive da violência e grave ameaça à pessoa, gerando menor grau de encarceramento e privilegiando resoluções mais éticas e dignas.

O cenário que pode acarretar a maior discussão interpretativa ocorre exatamente quando há crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Considera-se significativo nesse quesito o *desvalor da ação* que gera o resultado material, traduzido em violência física (BITENCOURT, 2007, p. 482).

Na visão tradicional, em interpretação gramatical, o reconhecimento desse elemento gera a não substituição da pena, mas não influencia o regime de pena, que, se não houver outra influência, deve ser o aberto. E isso foi notado quando da análise de pesquisa empírica (GAGLIARDI, 2018, p. 228-229). O motivo técnico de maior incidência para os juízes não substituírem a pena privativa de liberdade para pena alternativa foi o critério da violência ou grave ameaça contra pessoa (44%).

Em nova leitura, segunda posição, por outro lado, a partir de todo o contexto histórico e de análise sistemática e interpretação conforme a Constituição, especialmente diante das demais alternativas penais supracitadas, tal contradição somente iria permanecer na hipótese de condenações com pena fixada entre mais de dois e até quatro anos, considerados crimes de rigor leve ou vistos como crimes comuns ou denominados de médio potencial ofensivo (CAPEZ, 2014, p. 431), e desde que a pena mínima cominada fosse superior a um ano, e em qualquer situação, os casos envolvendo crimes de lesão corporal praticada com violência doméstica contra a mulher.

Na pesquisa empírica já externada (GAGLIARDI, 2018, p. 233-234) verificou-se que em 38,2% das hipóteses de penas privativas de liberdade não substituídas por restritivas de direitos poderiam ser aplicadas alguma das medidas despenalizadoras previstas especialmente na L. 9.099/1995.

Realizando-se mais um esforço hermenêutico, defende-se que, excetuando a última hipótese (crimes de lesão corporal praticada com violência doméstica contra a mulher), em todas as demais, se estiverem presentes os requisitos para a substituição da pena privativa ou da imposição do regime aberto, o resultado deveria ser o mesmo. Ou as duas situações estão presentes ou nenhuma delas está. Não há sentido algum diferenciá-los quando da aplicação da pena.

A exceção, por sua vez, relacionada aos crimes de violência doméstica contra mulher, deve ter uma interpretação específica, a partir de todo o conjunto normativo. Neste aspecto, a Corte Suprema, em 09.02.2012, ao reconhecer a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41, da Lei 11.340/06, destacou “as particularidades que lhe são inerentes” e a “desigualdade de gênero”, merecendo a proteção diferenciada (STF, ADI 4.424 e da ADC 19, 2012) (BRASIL, 2012d). Nos casos envolvendo violência doméstica contra mulher, há um preceito expresso (art. 41, da Lei 11.340/2006) que afasta a aplicação da Lei 9.099/1995 aos crimes, desenhado por rigorosos estudos científicos, que tornaram sólida a referida política criminal, sobretudo, baseado em seus princípios moduladores próprios (Lei 11.340/2006, artigos 1º. a 3º). A referida lei não afasta, por si só, por outro lado, a possibilidade de substituição da pena para restritiva de direito, embora, o STF realize a interpretação extensiva para proibir a referida substituição (BRASIL, STF, HC 137888/MS, 2017) (BRASIL, 2017). Impõe, conforme o art. 17 da Lei 11.340/2006, a vedação de aplicação de certas penas restritivas de direito, como a prestação pecuniária, a prestação inominada consistente em cestas básicas, e a multa isolada. Entendimento contrário é do STJ (BRASIL, Súmula 588, 2017) (BRASIL, 2017e).

Nessa situação, pode ser cabível na hipótese a suspensão condicional da pena, se a pena aplicada na sentença for de até dois anos. Esse instituto demonstra ser mais gravoso que a aplicação de penas alternativas, já que não se pode antecipar o seu fim, embora seus requisitos de aplicação quanto ao tempo sejam mais brandos, com exceção ao elemento violência ou grave ameaça. Se a pena tiver sido superior a dois anos ou a pessoa condenada não cumprir as condições, voltaria a cumprir a pena em regime aberto. E assim remanesce aberta a dicotomia.

O cumprimento da pena alternativa, ainda assim, é considerado mais brando e de menor caráter coercitivo quanto à restrição da liberdade e de direito do que as penas privativas de liberdade em regime aberto. Por outro prisma, analisando-se do ponto de vista pragmático, tendo em vista a notória falta de estruturação do Estado ao não criar e instalar as casas do albergado (NUCCI, 2008, p. 395), a fim de alojar a restrição da liberdade proposta, tornou-se de pouca eficácia no sentido do cumprimento dos fins da pena.

Diante de tal situação, para Reale Júnior (2013, p. 413) cabe ao juiz a tarefa de “verificar quais as exigências para a concessão da prisão albergue e a realidade de sua transformação em prisão domiciliar, e sopesar se seria o caso de optar pela aplicação das penas restritivas [...]”.

Sendo esta a realidade na maior parte das Comarcas, não havendo vaga em estabelecimento adequado, segundo precedente do plenário em repercussão geral da Corte Suprema (BRASIL, RE 641320, STF, 2016), deve basilar a decisão do juiz os seguintes parâmetros fixados, não sendo possível legalmente a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso:

[...] (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (BRASIL, 2016e)

Referida decisão tem fundamento em interpretação conforme a Constituição, com base no princípio da legalidade e da proporcionalidade, e baseando suas disposições do art. 59 do

Código Penal, no sentido de que as penas não estejam tão aquém do *necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*. Vejam-se os fundamentos do aresto:

(iii) Penas restritivas de direito e/ou estudo. A princípio, a liberdade eletronicamente monitorada poderia ser aplicada aos regimes semiaberto e aberto. No entanto, seja para evitar a sobrecarga, seja para assegurar uma medida que melhor permita o cumprimento da pena e a ressocialização, podemos pensar em medidas alternativas mais eficientes para os sentenciados em regime aberto. Via de regra, se não há estabelecimentos adequados ao regime aberto, a melhor alternativa não é a prisão domiciliar, mas a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito.

Atualmente, as penas restritivas de direito são aplicáveis apenas de forma autônoma – art. 44 do CP. Não há progressão, no curso da execução penal, de uma pena privativa de liberdade para penas restritivas de direito.

No entanto, ao condenado que progride ao regime aberto, seria muito mais proveitoso aplicar penas restritivas de direito, observando-se as condições dos parágrafos do art. 44 do CP, do que aplicar a prisão domiciliar.

De modo geral, não vislumbro boas razões para preferir manter o sentenciado que progride ao regime aberto em prisão domiciliar, em vez de impô-lhe penas alternativas. Se o sentenciado que já demonstrou ter condições para o regime aberto está disposto a prestar serviços a comunidade, por exemplo, não há razões para mantê-lo preso em casa.

As penas restritivas de direito são menos gravosas do que a pena privativa de liberdade, mesmo em regime aberto. Além disso, as penas alternativas dependem sempre de adesão do sentenciado que, recusando, poderá ser submetido ao encarceramento. Assim, a substituição não é vedada pela reserva de legalidade – art. 5º, XXXIX. Por outro lado, não será possível encaminhar todos os sentenciados para penas alternativas. O sentenciado ao regime aberto inicial que tem negada a substituição pelo juiz da ação penal, por não satisfazer os requisitos legais, não poderá ser beneficiado com a medida. (grifo nosso)

Dessa forma, foi reconhecida pela Suprema Corte brasileira certa equiparação das penas, medidas ou condições impostas no regime aberto com relação às penas alternativas, especialmente diante da evidente falta de estrutura de cumprimento de pena em regime aberto. Se tal execução deve ocorrer em estabelecimento tal, aparelhado de equipamentos suficientes, e gerido por profissionais habilitados, e nada disso há, faz-se necessário, com base na lei, buscar soluções ao cumprimento da pena.

O precedente gerou a súmula vinculante de enunciado 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.” (BRASIL, STF, 2016) (BRASIL, 2016f).

Este entendimento, de uma forma ou outra, acabou por se destoar do enunciado da súmula de jurisprudência nº 493 do STJ (BRASIL, STJ, 2012) (BRASIL, 2012b), que entende inadmissível a fixação de pena alternativa substitutiva como condição especial ao regime aberto, por suposto *bis in idem* entre a pena privativa de liberdade e a restritiva de direito. Essa posição foi criticada por gerar um antagonismo com a própria função da integração social (BREGA FILHO; BROOCKE, 2015, p. 650-653).



Embora os argumentos jurídicos sejam outros, baseado na falta de estrutura para o cumprimento da pena, originalmente prevista em lei, e de ser o recolhimento domiciliar apenas mais uma opção e mais gravosa, o que se propugna é o cumprimento de pena em regime aberto com a aplicação de penas alternativas, sem duplas penalizações, sem cumulação, como se fosse uma só pena, um só instrumento ou instituto.

Portanto, segundo a Corte Constitucional, não tendo a estrutura adequada, pode o juiz competente autorizar o cumprimento do regime aberto, impondo penas alternativas, inclusive da pena de prestação de serviços à comunidade, e, somente em último caso, compelindo a restrição ou ao recolhimento domiciliar com ou sem monitoramento eletrônico.

Essa última possibilidade com o uso de monitoramento eletrônico, embora possa ser um meio de cumprimento de pena, ou mais propriamente, de fiscalização (controle social), além da provável estigmatização pelo uso da tornozeleira, não introduz, por si só, a pessoa condenada ao processo de inclusão social (SOUZA; CORREA; RESENDE, 2015, p. 226-231). Na verdade, pode ser um incentivo a sua exclusão (VASCONCELLOS, 2018, p. 413). Necessárias, portanto, em conjunto ou exclusivamente, o estabelecimento de medidas impostas ou dialogadas que possam encaminhar à inclusão social, (SÁ, 2015, p. 295-298).

Mais uma vez, interpreta-se por meio da regra de coerência e pela aplicação do critério da hierarquia, a fim de resolver as antinomias (BOBBIO, 2014, p. 94-95, p. 108-111), mesma aquelas que se traduzem em aparente antinomia imprópria teleológica (DINIZ, 2011, p. 503) por omissão legislativa, por revelar contradição da lei com a realidade e com a própria função da pena exposta pela lei de execução penal brasileira e com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal baseou-se na ausência de estrutura para o cumprimento da pena em regime aberto. Frise-se que essa omissão do Poder Executivo perdura há mais de quarenta anos.

Da conjuntura atual do que é regime prisional aberto, não há custódia pelo Estado da pessoa condenada. Não há privação de liberdade, o que gera evidente equívoco na nomenclatura. As condições e medidas impostas são assemelhadas às penas alternativas de interdições temporárias de direitos, limitação de fim de semana e recolhimento domiciliar.

A Lei 20.603/2012 do Chile, por exemplo, entende todas as medidas em que a pessoa condenada cumpre pena em liberdade, mesmo que parcial ou restrita, e não esteja em uma prisão ou custódia estatal, como penas substitutas ou penas alternativas ao cárcere, como, a remissão condicionada (espécie de suspensão condicional da pena), a reclusão parcial (espécie de recolhimento domiciliar parcial com monitoramento eletrônico), a liberdade vigiada e a liberdade vigiada intensiva (espécie de interdição de direitos de frequência a locais e horários, obrigatoriedade de participação de reabilitação clínica, de cumprir determinados programas de estudos ou trabalho, e ainda controlado por monitoramento eletrônico) (ECHEVERRÍA; PEILLARD, 2019).

Com os meios tecnológicos de acompanhamento e fiscalização, como o monitoramento eletrônico, e com a possibilidade de aplicação ou substituição para penas alternativas, o antigo e em desuso regime prisional aberto tornou-se totalmente inviável, seja do ponto de vista econômico e político seja como de qualquer outra função que a pena criminal possa conter, especialmente, a integração social.



De outra vertente, assevera-se que a substituição às penas alternativas demonstra mais vantagens à pessoa condenada, à vítima e à sociedade, pois além de ser pena mais humana (ECHEVERRÍA; PEILLARD; MORALES, 2017; REALE JÚNIOR, 2013), pois pensada nos adjetivos da integração e da pacificação social (SICA, 2002; ILANUD, 2006), inverte a responsabilidade do Estado para a pessoa condenada em satisfazer uma obrigação, dando-lhe oportunidade de praticar atos que possam demonstrar sua responsabilidade, em um processo proximal de interação recíproca (DINIZ; KOLLER, 2010, p. 68).

Seu uso é recomendado por significar menor reincidência frente àqueles que cumprem pena privativa de liberdade e trazem maior custo-benefício, frente a uma perspectiva de eficiência econômica com mais ou pelo menos iguais benefícios sociais (ECHEVERRÍA; PEILLARD; MORALES, 2017).

Daqui ressoa a proposta, por meio de alteração legislativa, de se extirpar o regime aberto das penas privativas de liberdade, pois não se trata de pena que priva a liberdade, diante da evidente ineficiência gerencial e ineficácia normativa. As penas restritivas de direitos passariam a ter a função do regime aberto, não mais substituindo a pena privativa de liberdade e sim sendo aplicada de forma direta, principal, como meio para o cumprimento das penas, nos casos mais brandos, conforme preceitos legais atuais, e também nas hipóteses de progressão, em novo modelo de regime aberto. Nesse espírito, por meio de alteração legislativa, um dispositivo poderia prever que aos crimes em que há grave ameaça e/ou violência contra a pessoa e que não se aplicassem os institutos despenalizadores e nem a suspensão condicional do processo, sejam fixados pelo menos o regime semiaberto, ou que penas alternativas mais rigorosas sejam impostas nesses casos.

Dessas interpretações, independente de inovação legislativa, várias consequências jurídicas necessariamente são geradas, nos momentos da aplicação da pena privativa de liberdade e sua substituição ou não à pena alternativa; da aplicação da pena alternativa ao cárcere, como pena principal e direta, na forma aplicada da atual pena privativa de liberdade em regime aberto; da progressão da pena; da conversão da pena alternativa em pena privativa de liberdade; da hipótese de regressão de pena privativa de liberdade; e ainda voltada à pessoa do condenado.

### 3. ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA NOVA EXEGESE

As consequências jurídicas dessa nova interpretação são analisadas em duas perspectivas: envolvendo a junção dos institutos investigados e sua relação com a pessoa do condenado.

Na primeira perspectiva, muitas consequências jurídicas seriam recorrentes na hipótese de se compreender os institutos da pena privativa em regime aberto e das penas restritivas de direito como semelhantes, integrados ou justapostos um ao outro, porém, sem complementaridade. A análise que se propõe funda-se nos aspectos legais atualmente estabelecidos, e conforme duas lógicas na aplicação da pena alternativa. A primeira, como a própria pena em

regime aberto, sem cumulação e sem substituição (nova lógica), e a segunda, como meio de substituição da pena privativa de liberdade (lógica tradicional).

Como preceito primário, no momento da aplicação da pena, o intérprete deveria sempre relacionar os requisitos da aplicação do regime aberto e da substituição à pena alternativa. Somente haveria substituição se o regime de pena fosse o aberto.

Na hipótese de crimes praticados com grave ameaça ou violência à pessoa, em que não se apliquem institutos despenalizadores, especialmente os previstos na Lei 9.099/1995, enquanto não advém mudança legislativa a fim de corrigir as incoerências do sistema penal, e se apliquem penas de até quatro anos e presentes os demais requisitos, deve ser imposto à pessoa condenada o regime aberto, aplicando-se diretamente penas alternativas mais rigorosas, conforme decisão da Corte Suprema com efeito de repercussão geral aos demais Tribunais e juízos. Mesma situação sucede se houver progressão de pena de regime mais rigoroso ao regime aberto, independente das demais condições próprias para a substituição às penas alternativas (BRASIL, CÓDIGO PENAL, art. 44, 1940) (BRASIL, 1940).

Se houver o descumprimento das penas alternativas, não justificados razoavelmente, duas situações poderiam ocorrer. Se advier de substituição de pena privativa de liberdade em regime aberto para pena alternativa, sobrevém o instituto da conversão de penas (BRASIL, CP, art. 44, parágrafo 4º, 1940) (BRASIL, 1940). Se for decorrente de descumprimento não justificado de pena alternativa aplicada como o próprio regime aberto, poderá haver a regressão de regime de pena (BRASIL, LEI 7.210, art. 118, 1984) (BRASIL, 1984b).

A Lei de Execução Penal traz alguns exemplos que configuram motivos para a conversão: não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido; ou desatender a intimação por edital nas hipóteses em que foi julgado à revelia, conforme precedente do STJ (BRASIL, RHC 58023/MG, 2015) (BRASIL, 2015); não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço ou cumprir as atividades determinadas; recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; praticar falta grave, na forma dos artigos 51 e 52 da Lei 7.210 (BRASIL, 1984b); sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa (BRASIL, Lei 7.210, art. 181, 1984) (BRASIL, 1984b), sendo as penas incompatíveis (BRASIL, CP, art. 44, parágrafo 5º, 1940; BRASIL, HC 317181/DF, 2016) (BRASIL, 1940, 2016b).

A conversão da pena alternativa substituída se dá para o regime fixado na sentença, o aberto, e, por falta de estrutura, gera a possibilidade da imposição de novas penas alternativas, por força do precedente com repercussão geral da Corte Suprema, agora dentro da nova lógica, como próprio regime aberto, no entanto, com a imposição de penas alternativas mais gravosas, a fim de privilegiar a coercibilidade mínima (princípio da suficiência), também reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina. Essa alteração de cumprimento de pena não ocorre mais por regra de conversão (substituição) e sim como meio de cumprimento de pena mais branda que a referida privativa de liberdade, executada como pena substitutiva, diante das escassas condições materiais do Estado.

Se assim não se entender, há a possibilidade de cada vez mais haver juízos artificiais na fixação de regime inicial de pena, gerando contradições, como já explanado, e de se estabelecer um sistema de penas sem coesão, e sem força coativa suficiente, em total dissonância à inteligência do art. 44, parágrafo 4º, do Código Penal (BRASIL, 1940).

De qualquer forma, a conversão ao regime aberto ou sua posterior regressão ao regime mais gravoso (semiaberto ou fechado) deve observar os adágios dos princípios da preponderância e da alterabilidade das penas alternativas (GAGLIARDI, 2018, p. 74-77), de acordo com os itens 14.3 e 14.4 das Regras de Tóquio (BRASIL, CNJ, 2016, p. 20) (BRASIL, 2016a), e observando-se o disposto no art. 148 da Lei 7.210 (BRASIL, 1984b) em conjunto com o art. 59 do Código Penal, em sua parte final.

Em outras palavras, deve-se entender a conversão da pena alternativa como última alternativa, ou seja, somente se não existirem outra solução alternativa e adequada para o fim de reprovação e prevenção do delito. Gomes (2007, p. 798) entende que o legislador deveria ter previsto outras medidas alternativas, a fim de garantir que a prisão fosse à última a ser utilizada.

Quer dizer que mesmo que haja a violação e descumprimento injustificado da pena alternativa anteriormente fixada, ao juiz competente cabe avaliar se caberia a aplicação de outra pena alternativa, com tendência mais rigorosa, a fim de garantir acatados os princípios da preponderância e da necessidade e suficiência da pena alternativa, com a qualidade de ser possível de ser satisfeita pela pessoa condenada, considerando as justificativas por ele apresentadas.

Acerca da segunda perspectiva, há certa celeuma doutrinária e jurisprudencial de ser ou não direito subjetivo da pessoa condenada ou de ser ato discricionário do juiz a substituição de pena privativa de liberdade para pena alternativa, e demais questões correlacionadas.

Parte da doutrina e a jurisprudência, regra geral, não tratam esse instrumento alternativo à prisão como direito subjetivo da pessoa condenada, mas sim dentro do campo da discricionariedade judicial vinculada. O antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por exemplo, decidiu que “inexiste direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade pela pecuniária, devendo o Juiz examinar, em cada caso, a possibilidade de operar-se ou não essa troca, pois inequívoco o benefício conferido ao réu quando ela se mostra viável” (SÃO PAULO, TACRIM, RJDTACRIM 21/251 apud MIRABETE, 2002). Mirabete (2002, p. 557), no mesmo sentido, defende que a substituição não é um direito subjetivo do sentenciado e sim uma faculdade de aplicação do magistrado, pois, além de *cabível*, na forma do art. 44, do Código Penal, *necessário ser suficiente* para os critérios de reprovação e de prevenção, como expõe o art. 59, do mesmo estatuto legal. Mesma posição tem Prado (2013, p. 691). Reale Júnior (2013, p. 378) defende que o juiz tem poder discricionário para substituir a pena, bem como na escolha das penas alternativas a serem aplicadas.

Por outro lado, o próprio STJ (BRASIL, HC 108930/RJ, 2010) (BRASIL, 2010a) reconheceu como direito subjetivo do condenado a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, desde que preencha os requisitos do art. 44 do Código Penal, esclarecendo, no entanto, que o tipo de sanção alternativa a ser cumprida depende da avaliação do juízo, não sendo faculdade do réu. Ambos os Tribunais Superiores brasileiros reconheceram que, satisfeitos os critérios legais objetivos e subjetivos, na hipótese da figura típica do tráfico de drogas privilegiado, deve ser substituída a pena para alternativa, estando reconhecido, portanto, que há um direito subjetivo (BRASIL, STF, HC 110248/MS, 2012; HC 138160/SP, 2016; STJ, AgRg no REsp 1365150 / MG, 2017) (BRASIL, 2012e, 2016d, 2017b).

Precedentes jurisprudenciais não reconheceram como direitos subjetivos da pessoa condenada às seguintes disposições: a escolha de regime de pena (BRASIL, STF, RHC 80919/

SP, 2001) (BRASIL, 2001b), a possibilidade de escolher entre a manutenção da pena privativa de liberdade em regime aberto e a pena alternativa (BRASIL, STJ, REsp 1524484/PE, 2016) (BRASIL, 2016c), e a escolha entre as espécies de penas alternativas (TOCANTINS, TJTO, AP 0012747-67.2014.827.0000, 2015) (TOCANTINS, 2015).

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca em seu voto no Recurso Especial nº. 1.524.484/PE, descreveu:

O art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal apenas estabelece que o condenado não reincidente, condenado a pena igual ou inferior a 4 anos poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. Referido dispositivo legal não traça qualquer direito subjetivo do condenado quanto à escolha entre a sanção alternativa e a pena privativa de liberdade, que é a tese sustentada no recurso. [...]. A escolha da pena e do regime prisional, bem como do preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal insere-se no campo da discricionariedade vinculada do magistrado. (BRASIL, STJ, 2016, p. 4-5) (BRASIL, 2016c).

Esse esforço intelectual do juiz à individualização à sanção penal é reconhecido como “discricionariedade juridicamente vinculada” (JESCHECK apud PRADO, 2013, p. 728; NUCCI, 2008, p. 428). A jurisprudência também comumente utiliza o mesmo termo.

Mas o que são os direitos públicos subjetivos?

Ferraz Jr. (2015, p. 119-120) caracteriza o direito subjetivo como “a posição de um sujeito numa situação comunicativa, que se vê dotado de faculdades jurídicas (modos de interagir) que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas”.

Caracteriza-se o direito subjetivo por ser um atributo da pessoa, um poder, faculdade ou domínio da vontade de forma juridicamente protegida. A teoria eclética que fundiu as teorias da vontade (teorias do sujeito) e do interesse jurídico estabelece que além da vontade do sujeito reconhecida pelo ordenamento jurídico importa o interesse jurídico dele (FERRAZ JR., 2015, p. 106, 114-115). No mesmo sentido:

Jellinek achou que havia um antagonismo aparente entre a teoria da vontade e a do interesse, porque, na realidade, uma abrange a outra. Nem o interesse só, tampouco apenas a vontade, nos dão o critério para o entendimento do que seja direito subjetivo. O conceito de direito subjetivo implica a conjugação desses dois elementos, motivo pelo qual ele dizia: direito subjetivo é o interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir. É, portanto, o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer (REALE, 2002, p. 255).

Portanto, requer a presença de alguns elementos estruturais: o agente (sujeito titular de um direito, capacidade e competência), o conteúdo (obrigação e responsabilidade), o objeto do direito (bem protegido), e a relação jurídica (normas de conduta e normas de competência). (FERRAZ JR., 2015, p. 116-120, 129-134).

Sobre as perspectivas das relações jurídicas, normas de conduta “estabelecem obrigações, proibições, faculdades e impõem sanções”. Tratam de relações de coordenação entre os agentes, baseadas na igualdade. “Normas de competência configuram poderes, os delimitam, limitam seu exercício e preveem nulidade quando descumpridas.” Nestas, as relações são de subordinação, de diferença entre os agentes (FERRAZ JR., 2015, p. 132-134). As relações jurídicas que circundam a aplicação da pena alternativa desenvolvem-se por normas de competência e relações de subordinação.

O direito público subjetivo envolve o Estado e suas relações com os cidadãos. Define-se como um mecanismo de defesa contra abusos do poder estatal na esfera individual e social, e se constitui um meio de proteção. Essa defesa deve abranger todas as formas de Poder, religioso, político ou econômico, ainda mais potencializadas pelo progresso tecnológico (BOBBIO, 2004, p. 58, 209-210).

Para Bobbio (2004, p. 58), “no Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos”. Ou seja, o sujeito passivo, representante estatal, em uma situação inversa, na hipótese o juiz, tem o dever de cumprir a norma jurídica, como direito de seu titular, o cidadão, mesmo que seja o direito de lhe ser imposto uma pena menos rigorosa.

O direito público subjetivo, portanto, consiste em instituto que põe o seu titular (cidadão) em situação dotada de determinadas “faculdades jurídicas” que são garantidas através de normas.

Porém, esse direito discutido que ora se coloca em análise é limitado pela própria norma de execução penal. A *faculdade* que é garantida a pessoa condenada não significa *opção* de não querer essa pena ou *direito de dispor* dela, no sentido de *capacidade de decidir ou escolher* ou *poder de efetuar ou não*, pois, como se detalhou acima, trata-se de norma de competência.

A sanção negativa e a pena como consequência dela é uma obrigação, uma imposição estatal. Não se trata de direito e sim de dever. O fato de haver um direito subjetivo à pessoa condenada seria controverso, pois se para a teoria eclética há a necessidade de conjugação da vontade do titular do direito e de seu interesse jurídico, uma coisa não existe sem a outra. Explica-se. Como pode existir um direito subjetivo a uma pena? Daí a contradição. O que se pode entender, concluindo, é que não há direito subjetivo do réu em certa pena ou condição, pois isso lhe é um dever imposto, como consequência por um ato anterior (sanção).

Há direito público subjetivo à substituição de uma pena mais gravosa e abusiva, encarceradora para uma pena alternativa, não diante apenas da vontade do sujeito, mas também de seu interesse jurídico e da sociedade. Por isso, na hipótese que se coloca, há um direito da pessoa condenada, mas de uma só via. Não há mão dupla, já que não há o direito de não ter a pena substituída, se presentes os requisitos legais para a substituição (BRASIL, STJ, REsp 1524484/PE, 2016) (BRASIL, 2016c). Tanto é que estando presentes os requisitos legais *deve* o juiz substituir a pena, como obrigação legal da autoridade, sob pena de nulidade do ato. Não há campo para discricionariedade judicial, conforme a conveniência e oportunidade. Em cada caso em concreto deve ser observada a necessidade e suficiência da pena para a reprovação e a prevenção do delito, que envolvem a culpabilidade, a proporcionalidade, a igualdade e a justiça.

Para não fazer a substituição da pena, deve o juiz apresentar os argumentos, em um juízo de interpretação com base nas normas jurídicas postas, fundamentando sua decisão (BRASIL, CF, art. 93, IX). A necessidade da motivação das decisões judiciais é consectário do direito fundamental à garantia do devido processo legal (BRASIL, CF, art. 5º, LIV). Dentro desse contexto, nasce o direito público subjetivo da pessoa condenada em exigir a substituição, caso não tenha ocorrido e se a norma assim descrever.

Por sua vez, dois conceitos sobressaem quando se discute ato discricionário. O primeiro, fruto da tradicional tese de direito administrativo, “é o que o direito concede à Administração,



de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo” (MEIRELLES, 2014, p. 133). O segundo decorre a partir de nova visão de discricionariedade, envolvendo além do mérito administrativo, também, o tema da inteligência dos “conceitos vagos, imprecisos, elásticos, fluidos, indeterminados, práticos”, caracterizados como “plurissignificativos”, “pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade”. (MELLO, 2011, p. 974-976).

Segundo vários autores, processualistas, o fato de o juiz ter certa margem de liberdade em decidir não significa que está livre para realizar escolhas, conforme a conveniência e oportunidade, como as têm o administrador público. O juiz decide dentro de um juízo de interpretação das normas jurídicas (LOPES, 2008, p. 94-97; GÓES, 2008, p. 87-93; GUIMARÃES, 2008, p. 99-101; CRAMER, 2008, p. 107-113).

Mesmo quando há conceito jurídico indeterminado, a sua interpretação não se confunde com ato discricionário. Neste, não há atividade interpretativa. O que há são escolhas livres de qualificação jurídica. Os critérios de escolha extraem-se de “circunstâncias fáticas que denotam a conveniência e oportunidade da situação que se apresenta. [...] A interpretação resulta como consequência na liberdade do intérprete nas escolhas entre as possíveis soluções corretas [...]” (GÓES, 2008, p. 89), dentre as previstas em lei, e mais justas no caso em concreto (LOPES, 2008, p. 95). A interpretação, como enfatiza Lopes, segue critérios e técnicas, mas sempre analisando o próprio sistema normativo.

A discricionariedade judicial em um nível subsidiário, como exceção, pode existir, mas sempre com a autorização legal (GÓES, 2008, p. 90-91; CRAMER, 2008, p. 113).

Na primeira hipótese colocada em discussão, se a pessoa condenada tem o direito de exigir a substituição da pena, satisfeitos os requisitos legais, a resposta deve ser positiva. Não há, no caso, poder discricionário judicial ou opção livre. O que há, é uma ação interpretativa do juiz e não “espaços para escolhas não qualificadas no mundo jurídico”, como juízo de oportunidade e conveniência (GÓES, 2008, p. 92).

Mesmo diante de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, como “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (CP, art. 59, *caput*, 1940) (BRASIL, 1940), e “harmônica integração social do condenado” (Lei 7.210, art. 1º, 1984) (BRASIL, 1984b), deve o juiz socorrer-se de princípios e regras jurídicos em um exercício de interpretação. A própria lei determina no *caput* do art. 59, primeira parte, assim como o fez no art. 44, III, ambos do Código Penal, quando descreveu como um dos requisitos para a substituição, quais os fundamentos que o juiz deve ter para realizar a substituição e ainda para escolher as penas mais aptas dentre as opções legais. E eles devem se basear no juízo de subsunção da norma com o caso em concreto, relacionado à avaliação das circunstâncias judiciais previstas em lei.

Com relação à hipótese concernente à fixação do regime de pena, como exemplo, da mesma forma, está presente o direito público subjetivo da pessoa condenada. Embora a jurisprudência, regra geral, possa não reconhecer expressamente (BRASIL, STF, RHC 80919/SP, 2001) (BRASIL, 2001b), são muitos os casos de reforma de sentença alterando o regime de pena (BRASIL, STJ, REsp 1687995/TO, 2017) (BRASIL, 2017d).

Por fim, relativo aos casos de possibilidade de a pessoa condenada escolher entre a manutenção da pena privativa de liberdade em regime aberto para excluir a pena alternativa, e na escolha entre as espécies de penas alternativas a serem aplicadas, conclui-se que não há



direito público subjetivo da pessoa condenada, pois se trata de um aspecto da sanção como dever imposto, que ainda assim deve ser motivada, a partir das opções legais, conforme precedentes (BRASIL, STJ, REsp 1524484/PE, 2016) (BRASIL, 2016c) e (BRASIL, STJ, HC 108930/RJ, 2010; STJ, HC 386785/SC, 2017; STJ, AREsp 977656/SP, 2017) (BRASIL, 2010a, 2017c, 2017a), respectivamente, bem como ancorado nas lições dos autores acima citados.

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As leis brasileiras editadas em momentos diversos sobre medidas e penas criminais em liberdade parcial ou restrita, sem a custódia estatal, alternativas ao cárcere, a partir de políticas desconformes, impuseram várias incoerências ao sistema penal, que geram ineficiência gerencial e ineficácia normativa, com consequências jurídicas desastrosas e efeitos desiguais na aplicação da norma na seara pragmática, conforme se demonstrou quando das análises da dogmática penal, de suas consequências jurídicas e fáticas.

Como resposta a esta situação e decorrente de omissão executiva e depois legislativa, a partir de uma interpretação lógica, sistemática e especialmente conforme a Constituição, da decisão paradigmática exarada pela Corte Suprema, em 2016, e das várias contradições visualizadas nos achados teóricos e pragmáticos, compreende-se que a pena privativa de liberdade em regime aberto deveria ser extirpada do sistema jurídico nacional, por ter se demonstrado inviável e contraditória em si.

Por sua vez, preservar-se-ia a pena restritiva de direito, na categoria de pena principal, não mais substitutiva, como meio para o cumprimento da pena criminal nos casos mais brandos, conforme preceitos legais atuais, e também nas hipóteses de progressão de regime de pena, em novo modelo lógico de regime aberto, melhor denominado modelo de pena criminal em liberdade e sem a custódia estatal. Restariam dois regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade: fechado e semiaberto. Nesse diapasão, um dispositivo legal poderia prever que ao condenado por crime em que há grave ameaça e/ou violência contra a pessoa e que não se aplicasse os institutos despenalizadores, fosse fixado pelo menos o regime semiaberto, ou que penas alternativas mais rigorosas sejam impostas nesses casos.

Enquanto isso não desponta no horizonte legislativo, no campo da hermenêutica jurídica, em uma primeira perspectiva, cabe reconhecer a similaridade entre os institutos do regime aberto da pena privativa de liberdade e da substituição da pena privativa de liberdade à pena restritiva de direito, baseados na natureza dos delitos, nos requisitos para concessão, na forma de cumprimento e nos aspectos subjetivos envolvendo a pessoa condenada, e a necessidade de integração entre eles.

A aplicação da pena restritiva de direito, por sua vez, deve ser privilegiada sobre aquela, especialmente pela falta de total estrutura, mas também, diante da inviabilidade política e financeira do desenvolvimento de tal arranjo. Além disso, a pena restritiva de direito compreende-se como espécie de penalização que está mais próxima de resolver conflitos, de gerar um processo de interação recíproca entre os envolvidos e, diversamente da pena priva-

tiva de liberdade, pensada em teoria própria, distinta da racionalidade do cárcere e da violência punitiva.

Como consequência desta interpretação, caberia ao operador do direito sempre relacionar os requisitos da aplicação do regime aberto e da substituição à pena restritiva de direito. Nestes termos, como preceito essencial, sempre haveria substituição se o regime de pena fosse o aberto, exceto nas hipóteses de crimes praticados com grave ameaça ou violência à pessoa em que não se apliquem institutos despenalizadores, especialmente os previstos na Lei 9.099/1995. Ainda assim, na atual dogmática, o regime fixado seria o aberto se a pena definitiva for de até quatro anos e presentes os demais requisitos legais.

Por conseguinte, conviria se compreender as duas formas lógicas da aplicação da pena alternativa: a primeira consideraria a pena restritiva de direito não mais como uma alternativa à pena privativa de liberdade, uma substituição, mas como a pena principal; e a segunda, como tradicionalmente é aplicada, como meio de substituição da pena privativa de liberdade. Como resultado disso, em todas as hipóteses em que for fixado inicialmente o regime aberto e não for caso de substituição à pena restritiva de direito, e nas hipóteses de progressão de pena privativa de liberdade ao regime aberto, caberia a primeira forma.

Decorrente do descumprimento das penas restritivas de direito, conforme as regras atuais, as consequências seriam, no primeiro caso, a regressão de regime de pena para um mais gravoso, e no segundo, a conversão da pena para o regime aberto, passando-se a funcionar como a primeira forma lógica. Em qualquer caso, conversão ou regressão, pressupõe-se antes avaliar se caberia a aplicação de outra pena restritiva de direito, com tendência mais rigorosa, a fim de garantir o acatamento dos princípios da preponderância e da necessidade e suficiência da pena alternativa.

Em uma segunda perspectiva como consequência jurídica desta análise, relativo à possibilidade de a pessoa condenada escolher entre a manutenção da pena privativa de liberdade em regime aberto para excluir a pena restritiva de direito, e na escolha entre as espécies de penas restritivas de direito a serem aplicadas, entende-se que não há esse direito público subjetivo, pois se trata de um aspecto da sanção como dever imposto, que ainda assim deve ser motivada, a partir das opções legais, conforme precedentes. O que se pode entender, concluindo, é que há direito público subjetivo à substituição de uma pena mais gravosa e abusiva, encarceradora para penas restritivas de direito, não diante apenas da vontade do sujeito, mas também de seu interesse jurídico e da sociedade. Presentes os requisitos legais, deve o juiz substituir a pena, como obrigação legal da autoridade, sob pena de nulidade do ato. Não há campo para discricionariedade judicial, conforme a conveniência e oportunidade. Para não fazer a substituição da pena, deve o juiz apresentar os argumentos, em um juízo de interpretação, com base nas normas jurídicas postas, fundamentando sua decisão.

De forma derradeira, ao dispor sobre os novos caminhos do regime prisional denominado aberto, o texto deixa de transpassar a linguagem de encarceramento transmudando-se para um conceito em que as penas criminais para os casos mais brandos passam a se reger por outro paradigma, da restrição de direitos, sem a custódia estatal. Cabe ao legislador e depois ao juiz e demais operadores do direito refletirem sobre a possibilidade de assegurar um sistema criminal coerente, de linguagem tangível aos cidadãos e que pressuponha dignidade e igualdade na aplicação de penas, evitando, de um lado, a impunidade e, de outro, a banalização.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídica*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Tóquio* - regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, DF: CNJ, 2016a. 24 p. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. Constituição, 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2848, 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 6416, 24 de maio de 1977*. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6416.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6416.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 7.209, 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1984a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm). Acesso em: 1 fev. 2020.

BRASIL. *Lei 7.210, 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 9.099, 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 9714, 25 de novembro de 1998*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9714.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 10259, 12 de julho de 2001*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2001a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 11313, 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11313.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11313.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 11340, 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da CF, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência

da República, 2006b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 11343, 28 de junho de 2006*. Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2006c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 13.964, 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm). Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução nº 5, 15 de fevereiro de 2012*. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da CF, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília, DF: Senado Federal, 2012a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm). Acesso em 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 977656/SP (2016/0233252-3)*. Relator: Min. Sebastião Reis Junior, 3 de fevereiro de 2017a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?processo=977656.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1365150/MG*. Relator: Min. Jorge Mussi, 8 de agosto de 2017b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1365150&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *HC nº 108930*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 13 de abril de 2010a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=108930&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 386785*. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro, 4 de agosto de 2017c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?processo=386785.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). *Habeas Corpus nº 317181/DF*. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro, 27 de setembro de 2016b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000052240%27>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *Recurso Ordinário de Habeas Corpus nº 58023/MG*. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000079971%27>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *Recurso Especial nº 1524484/PE*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 17 de maio de 2016c. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1524484&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1524484&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). *Recurso Especial nº 1687955/TO*. Relator: Min. Sebastião Reis Junior, 7 de novembro de 2017d. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1687955&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1687955&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Seção). *Súmula nº 493*. É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto. 8 de agosto de 2012b. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27493%27\)](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27493%27)). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 588*. A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 13 de setembro de 2017e. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=588&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de fevereiro de 2012c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000232843&base=baseAcordaos>. Acesso em: 22 nov. 2019.





DINIZ, Eva; KOLLER, Silvia Helena. O afeto como um processo de desenvolvimento ecológico. *Educar*, Curitiba, n. 36, p. 65-76, 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-40602010000100006&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40602010000100006&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 11 dez. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ECHEVERRÍA, Sebastián Salinero; PEILLARD, Ana María Morales. Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 52, jul. 2019.

ECHEVERRÍA, Sebastián Salinero; PEILLARD, Ana María Morales; MORALES, Álvaro Castro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Revista Política Criminal*, Santiago, v. 12, n. 24, dez. 2017.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GAGLIARDI, Ricardo. *Microsistema de penas criminais alternativas nas comarcas de menor porte do Estado do Tocantins*: diagnóstico, tendências e proposições. 2018. 402 f. Dissertação (Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) - Universidade Federal do Tocantins, 2018.

GAGLIARDI, Ricardo. Penas restritivas de direito: reinterpretação jurídica dos requisitos para a sua aplicação. In: XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 28., 2019, Belém. *Anais [...]*. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2019. p. 151-171.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Ed.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008. p. 87-93.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. A (im)possibilidade de discricionariedade judicial na inscrição do Magistrado no sistema *Bacen-Jud*. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Ed.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008. p. 99-106.

ILANUD. Instituto Latino Americano das Nações Unidas Para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas*: Relatório Final de Pesquisa. 2006. 286 p. Disponível em: <file:///C:/Users/Tribunal/Downloads/PenasAlternativasILANUDcompleto.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de penas e medidas alternativas*: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: Secretaria de Assuntos Estratégicos: Livraria do Ipea, 2015. 100 p. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7517>. Acesso em: 26 nov. 2019.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Ed.). *Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008. p. 94-98.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Execução penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral - parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Fabiana Costa et al. Medidas alternativas: estrutura necessária para aplicação, fiscalização e avaliação. *Boletim Científico*, [S. l.], p. 53-67, jan./mar. 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso de. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Rafaelle Lopes; CORREA, Marina A. P. da C.; RESENDE, Juliana Marques. A monitoração eletrônica de presos no regime aberto e a inclusão no mercado de trabalho. *Argumentum*. Vitória, v. 7, n. 1, p. 221-233, jan./jun. 2015.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça. (1. Turma). *Apelação nº 0012747-67.2014.827.0000*. Relatora: Juíza Adelina Gurak, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/consulta?q=001274767.2014.827.0000>. Acesso em: 20 abr. 2018.

VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo. *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 01, p. 394-416, 2018.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 26/09/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 26/09/2020
- Avaliação 1: 13/10/2020
- Avaliação 2: 25/04/2021
- Decisão editorial preliminar: 26/04/2021
- Retorno rodada de correções: 04/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 04/06/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

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

# A CRIMINALIZAÇÃO DO FEMINICÍDIO NO BRASIL: UM ESTUDO DE CASOS DE BOLETINS DE OCORRÊNCIA NA CIDADE DE PIRACICABA – SP

FEMINICIDE CRIMINALIZATION IN BRAZIL: CASES STUDIES OF POLICES REPORTS IN PIRACICABA CITY – SP

FERNANDA CAROLINA DE IFANGER<sup>1</sup>

OLÍVIA DOS SANTOS FONSECA<sup>2</sup>

JOÃO PAULO GHIRALDELLI DAL POGGETTO<sup>3</sup>

## RESUMO

A violência contra as mulheres, especialmente a mais brutal que é o feminicídio, reflexo de um sistema de opressão de gênero, tem aumentado mesmo após a sua tipificação, o que torna cada vez mais importante a discussão acerca do assunto. Em vista disso, o artigo pretendeu compreender como acontecem os casos de violência letal contra as mulheres, para além dos números sobre o fenômeno. Dessa forma, a presente pesquisa parte de um estudo de caso acerca dos boletins de ocorrência sobre o feminicídio instaurados na cidade de Piracicaba nos anos de 2018 e 2019 para, em seguida, à luz da identificação da dinâmica dessas situações, analisar os dados nacionais que retratam a realidade brasileira e, por fim, refletir acerca da implementação de lei punitiva do feminicídio e a variabilidade do alcance jurídico-normativo deste termo. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica de livros e artigos, a análise de dados quantitativos de fontes oficiais e externas, bem como o estudo de caso de boletins de ocorrência. Ao compreender como ocorreram esses crimes, foi possível identificar características comuns a todos eles, as quais também foram encontra-

1 Professora titular categoria A1 da PUC-Campinas. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito (PPGD) da PUC-Campinas. Orientadora de mestrado. Professora da disciplina Direito Penal na Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (2014), mestre em Direito Pela Universidade de São Paulo (2010), Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2006). Foi professora assistente (voluntária) na Graduação em Direito da USP, trabalhando com o Professor Sérgio Salomão Shecaira (PAE-CAPES), nas disciplinas Direito Penal III (Parte Especial) e Criminologia I e II. Membro do grupo de pesquisa "Direito e Realidade Social" (CNPq/PUC-Campinas), com atuação na linha de pesquisa "Direitos Humanos e Políticas Públicas", principalmente em temas envolvendo Direito Penal, Criminologia, Direitos Humanos e Legislação Juvenil. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/5457771059463212>; Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-1072-5545>.

2 Delegada de Polícia na Delegacia da Mulher. Mestranda no Programa de mestrado em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social na PUC-Campinas. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/3448313020237972>; Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-8562-1276>.

3 Advogado criminal e membro docente da Universidade Anhanguera, Faculdade Anhanguera de Campinas, unidade 4, no curso de Direito. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2019-2021), com área de concentração em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social. Integrei a linha de pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas e o grupo de pesquisa Direito e Realidade Social (2019-2021). Bolsista pela Fundação CAPES, com dedicação exclusiva (2019-2021). Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017-2019). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2011-2015). Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/1368355161260236>; Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-9778-3774>.

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

IFANGER, Fernanda Carolina de; FONSECA, Olívia Dos Santos; POGGETTO, João Paulo Ghiraldelli Dal. A criminalização do feminicídio no Brasil: um estudo de casos de boletins de ocorrência na cidade de Piracicaba – SP. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 307-324, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8352>.

das nos estudos quantitativos realizados no país sobre a temática. Como resultado, identificou-se que em todos os boletins de ocorrência analisados os feminicídios foram praticados pelos companheiros da vítima, grande parte na residência de um ou ambos, executados de modo bastante cruel, sendo comum o suicídio ou tentativa de suicídio do autor do crime.

**Palavras-chave:** feminicídio; feminicídio íntimo; violência doméstica; violência de gênero.

## ABSTRACT

*Violence against women, especially in its most brutal form, which is femicide, reflex of a gender oppression system, has been increasing even after its typification, which makes the discussion of such subject even more important. In view of this, the paper intended to understand how the cases of lethal violence against women happen beyond the numbers on the phenomenon. Hence, the current research stems from a case study on femicide police reports opened in the city of Piracicaba in the years of 2018 and 2019 in order to, followingly, in light of the identification of the dynamic between those situations, analyze national data that depict the Brazilian reality and, finally, reflect on the implementation of the femicide's punitive law and on the variability of the term's legal and normative reach. The methodology employed was the bibliographic revision of books and papers, the analysis of quantitative data from official and external sources, as well as the case study of police reports. Through the understanding of how these crimes occurred, it was possible to identify common characteristics among all of them, which were also found on the quantitative studies held in the country on such theme. As a result, it was possible to identify that, in every police report analyzed the femicides were committed by the victim's companions, mostly on the victim's or the companion's households, or even both, executed in very cruel ways, followed by the suicide or suicide attempt of the author of the crime.*

**Keywords:** femicide; intimate femicide; domestic violence; gender violence.

## 1. INTRODUÇÃO

No Brasil foram mortas 4.936 mulheres no ano de 2017, com aproximadamente 13 assassinatos por dia (IPEA, 2019, p. 35), dos quais 1.151 puderam ser categorizados como feminicídios (ANUÁRIO..., 2019, p. 109).

Esses números, por si só, chamam a atenção para a magnitude do fenômeno e para a necessidade de reflexão sobre a temática.

O estudo proposto no presente artigo tem como objetivo precípuo, identificar como ocorrem os casos de violência letal contra as mulheres, a partir do estudo de casos de boletins de ocorrência de feminicídio instaurados na cidade de Piracicaba entre os anos de 2018 e 2019, que descrevem como aconteceu o crime que culminou na morte da mulher.

A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica de livros e artigos, a análise de dados quantitativos de fontes oficiais e externas, bem como o estudo de caso de boletins de ocorrência.

Com o objetivo de discutir a questão apresentada, esta pesquisa se divide em três itens.

No primeiro item realizou-se um estudo de casos de boletins de ocorrência da cidade de Piracicaba – SP, em que foram tipificadas as condutas informadas à Polícia como feminicídio, durante os anos de 2018 e 2019. Para isso, narrou-se a história de três mulheres assassinadas em 2018 e cinco mulheres em 2019, que apesar de terem características, vidas e companhei-

ros completamente diferentes reuniam um fato imprescindível para que aquela violência brutal e extrema fosse perpetrada – serem mulheres, o que demonstra que tal violência é produto de um sistema estrutural de opressão.

Já no segundo item, revelam-se os dados atuais acerca da violência letal contra as mulheres no Brasil, a partir da análise do Atlas da Violência (IPEA, 2019) e outros estudos, que demonstram o crescimento da violência e do feminicídio tanto em relação as mulheres brancas quanto as mulheres negras, todavia, sendo alarmantemente maior em relação a essas. Estabelece-se, ainda, as dificuldades do levantamento de dados, especialmente em relação a mulheres que não tem o sexo biológico feminino, bem como apresenta-se uma comparação com os feminicídios praticados na cidade de Piracicaba analisados no excerto anterior.

Por fim, no último item, discorreu-se sobre a diferença entre femicídio e feminicídio, apontando a primeira vez que essas palavras foram utilizadas e, também, apresentando a forma como essa discussão foi elaborada no Brasil. A partir de então, faz-se uma análise da Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015, discutindo o seu alcance normativo, em razão da lei tratar como feminicídio a morte de mulheres em razão da “condição do sexo feminino”.

## **2. ESTUDO DE CASOS EM PIRACICABA: ANÁLISE DE BOLETINS DE OCORRÊNCIA COM TIPIIFICAÇÃO DE FEMINICÍDIO NOS ANOS DE 2018 E 2019**

Os feminicídios não são somente números. Por detrás deles, existem histórias de sofrimento das mulheres e dinâmicas familiares complementemente afetadas pela violência.

Assim, com o objetivo de compreender como aconteceram as situações de violência que acabaram por vitimar de maneira fatal as mulheres e acessar uma realidade que os números não são capazes de demonstrar, a presente pesquisa combinou metodologias de pesquisa de levantamento documental com estudo de caso.

Em primeiro lugar, por meio do levantamento documental, foram identificados todos os boletins de ocorrência lavrados pela Delegacia da Mulher da cidade de Piracicaba – SP<sup>4</sup>, nos anos de 2018 e 2019, referentes ao crime de feminicídio, sendo que o material de pesquisa encontrado é composto por três boletins de ocorrência do ano de 2018 e cinco do ano de 2019.

Na sequência, realizou-se o estudo de caso de cada uma das situações narradas nos respectivos boletins de ocorrência, visando demonstrar a forma que ocorreram as mortes das mulheres no período considerado.

A pesquisa qualitativa, em que se insere o estudo de caso, autoriza a realização de uma análise profunda de processos ou relações sociais, permitindo entender o objeto estudado em sua complexidade, características e relações. Nesse sentido, “rompe com as categoriza-

4 A cidade de Piracicaba está localizada no interior do Estado de São Paulo, a aproximadamente 150 quilômetros da capital. Sua população é estimada em 407 mil pessoas; 35,2 % da população empregada recebendo um salário médio mensal em 2018 de 3,4 salários mínimos; 97,8% dos domicílios com esgotamento adequado e com o 92º melhor IDH do país. (IBGE, 2020).

ções estatísticas homogêneas, ao trazer uma pluralidade de vozes e de situações diferentes” (IGREJA, 2017, p. 16).

Nas histórias narradas apresentou-se dados acerca da idade, cor de pele, trabalho e escolaridade das vítimas. Contudo justifica-se que esses dados não foram sistematizados e nem comparados com outros em razão de não constarem de todos os boletins de ocorrência.

Não se pretendeu, pois, elaborar generalizações acerca do feminicídio nem mesmo representar o aspecto distributivo do fenômeno perquirido (PAULILO, 1999), o que já foi feito em pesquisas de identificação numérica do problema, tais quais o Mapa da Violência, o Atlas da Violência e o SIM, mas sim entender as histórias escondidas por detrás dos números do feminicídio e as relações sociais que evidenciam.

O primeiro caso do ano de 2018 ocorreu em uma terça-feira, pela manhã, na residência do casal. A vítima tinha 56 anos, 1º grau incompleto, era parda e foi morta pelo seu marido de 57 anos, ajudante de pedreiro, analfabeto, de cor branca.

A vítima foi encontrada morta, no sofá da sala de sua casa, com uma chave de fenda cravada em seu pescoço e com golpes de martelo em sua cabeça. O marido foi encontrado na cozinha da residência e, de acordo com seu relato, ele e a esposa conversavam sobre a separação do casal quando ela cochilou no sofá e ele a agrediu com os mencionados instrumentos – chave de fenda e martelo – após o que ingeriu remédios e tentou se cortar com uma faca.

O segundo caso de 2018 ocorreu em uma quarta-feira, 13:30 horas, em via pública. O autor dos fatos tinha 52 anos, era branco e divorciado. A vítima tinha 51 anos, era branca e vivia em união estável com o autor.

A polícia foi acionada pela cunhada do autor que recebeu uma ligação dele dizendo que havia matado sua amásia e iria se suicidar. Ao chegarem ao local dos fatos, a polícia visualizou a vítima já sem vida no banco do passageiro do veículo, alvejada por tiros. Do lado de fora do carro estava seu amásio, com um revólver mirado para o seu próprio peito, anunciando que iria cometer suicídio. Durante as tratativas para rendição do autor ele atirou contra os policiais e acabou sendo morto por um deles. Ao ser ouvida, uma ex-companheira do autor disse que ele era uma boa pessoa, mas muito ciumento e possessivo.

O terceiro caso de feminicídio do ano de 2018 ocorreu em uma sexta-feira, por volta da 1:30 horas, em via pública. O autor contava com 37 anos, 1º grau incompleto, era solteiro, branco e estava desempregado. A vítima era solteira, de 21 anos, estudante, de pele parda.

O autor foi encontrado pelos policiais com as roupas sujas de sangue, momento em que admitiu ter matado a namorada por motivo passional, traição, ciúme e indicou o local do corpo. A vítima foi morta golpeada por uma pedra em sua cabeça.

O primeiro caso do ano de 2019 aconteceu em uma quarta-feira, no período da tarde, e vitimou uma estudante, parda, de 16 anos, solteira. O autor do crime era pardo e mantinha um relacionamento amoroso com a vítima. A vítima foi encontrada morta, no quarto de sua residência, com uma corda envolta em seu pescoço, pelo irmão do autor dos fatos, que havia telefonado para ele contando que havia matado a companheira.

Ao ser ouvida, a mãe da vítima relatou que no dia dos fatos o autor havia passado em sua residência, deixado com ela uma quantidade em dinheiro, as chaves de sua casa e pedido para que ela cuidasse de seu filho caso a companheira não voltasse.

O segundo caso do ano ocorreu em um domingo, por volta das 16 horas, em via pública. Policiais faziam ronda pelo local quando foram abordados por populares que relataram que havia uma mulher sangrando nas proximidades. A vítima foi encontrada toda ensanguentada e com dificuldade informou que havia sido esfaqueada pelo seu marido. No boletim de ocorrência consta a informação de que a vítima foi atingida por, pelo menos, cinco facadas. A vítima tinha 47 anos, era branca, 1º grau completo e casada com o autor dos fatos. O autor dos fatos, branco, 46 anos, encarregado de manutenção, fugiu do local de carro.

O terceiro caso de 2019 ocorreu em uma quinta-feira, por volta das 10 horas, na residência da vítima. A vítima tinha 32 anos, 2º grau completo, era branca, gerente e casada com o autor dos fatos. O autor, de pele branca, 28 anos e corretor de imóveis. A vítima foi descoberta pelos policiais caída na área externa de sua residência, coberta por sangue e com o rosto deformado em razão de ter sido agredida, pelo seu marido, com golpes de marreta. A mãe da vítima, que morava no mesmo local, contou que quando a agressão começou, ela saiu correndo com os dois filhos do casal para se abrigar na casa de vizinhos e chamar a polícia. O autor foi encontrado em frente à residência, sujo de sangue e afirmou que não se lembrava do que havia ocorrido.

O quarto caso registrado no ano de 2019 ocorreu em uma sexta-feira, por volta das 9 horas, na residência da vítima. A vítima era branca, solteira, 36 anos, com 1º grau completo e mantinha um relacionamento amoroso com o autor dos fatos, de 35 anos, 1º grau completo, preto, guardador de carros e morador de rua. A vítima foi encontrada morta no chão da cozinha de sua residência, com diversos hematomas. Vários utensílios da cozinha estavam danificados, o que fazia parecer que houve uma briga no local. A filmagem de um estabelecimento comercial próximo à residência da vítima captou ambos juntos momentos antes do crime.

No quinto caso, o acontecimento se deu em uma segunda-feira, 8:30 horas, em um estabelecimento comercial, a vítima tinha 33 anos, era solteira, branca, 2º grau completo e trabalhava como autônoma. Por sua vez, o autor tinha pele branca, 49 anos, 2º grau completo, trabalhava como gerente e solteiro. Na data mencionada, a vítima havia levado seu veículo a uma oficina e lá o autor dos fatos apareceu querendo conversar com ela. Eles conversaram um pouco no interior da oficina, mas o autor insistia para que o diálogo continuasse do lado de fora do estabelecimento, o que não foi atendido pela vítima. Em dado momento, o autor pegou uma arma de fogo e aproximou-se da vítima, que pediu socorro a um dos funcionários da oficina, mas não conseguiu atendê-la, tendo em vista que o autor dos fatos apontou a arma para ele. O autor disparou três vezes em direção à vítima, que foi atingida na cabeça e braço, e na sequência tirou sua própria vida.

A despeito da lógica individualizante, característica do Direito Penal (LIMA, 2018), muitas semelhanças podem ser identificadas nos casos relatados.

Chama atenção, em primeiro lugar, que a integralidade dos casos ocorridos no período pesquisado foi praticada pelo companheiro ou ex-companheiro da vítima e se enquadram, portanto, no estabelecido no artigo 121, §2º, inciso VI e §2º-A, inciso I, do Código Penal, ao se referir à violência letal praticada com “violência doméstica e familiar”. De acordo com as informações contida nos boletins de ocorrência, em 3 casos as vítimas e os autores eram casados; em 2 viviam em “relacionamento amoroso”, sem maiores descrições sobre a relação entre ambos; em 1 caso viviam em união estável, em 1 eram namorados e 1 eram ex-companheiros.



Essa realidade já foi revelada em diversas pesquisas<sup>5</sup>, realizadas em diferentes localidades, que demonstraram que a maioria dos assassinatos de mulheres tem envolvimento de seus parceiros ou ex-parceiros (GARCIA; SILVA, 2016), o que explica o fato de praticamente todas as legislações que tipificaram o feminicídio incluírem dentre as suas modalidades o praticado pelo companheiro ou ex-companheiro da mulher (PÉREZ MANZANO, 2018).

Não se trata, pois, de uma violência esporádica e pontual, mas sim de uma forma de discriminação contra a mulher integrante do sistema de opressão de gênero.

Esta espécie de crime é identificada como feminicídio íntimo. Os feminicídios podem ser agrupados em três categorias: íntimos, não íntimos e por conexão. Os primeiros são praticados por companheiros, ex-companheiros ou familiares das vítimas, em oposição aos feminicídios não íntimos, em que essa relação de proximidade não existe. Por sua vez, quando uma mulher, ao tentar defender outra de um feminicídio, acaba perdendo sua vida, trata-se de feminicídio por conexão (CARCEDO; SAGOT, 2000).

Note-se que que o feminicídio íntimo, por ser praticado por alguém que faz parte das relações mais próximas da vítima, evidencia a cruel realidade de que a mulher, majoritariamente, é morta por pessoas com as quais divide sua intimidade.

Para Pérez Manzano, o crime praticado pelo companheiro ou ex-companheiro se difere das demais espécies de feminicídio porque o “problema” do homem não é com todas as mulheres, não tem por base a misoginia, mas somente com aquela com quem vive o relacionamento afetivo, razão pela qual a autora entende que ela se ampara no machismo. A autora ainda afirma que se trata de uma violência instrumental, uma vez que objetiva manter ou restabelecer as relações desiguais de poder no âmbito da família, que garantem a supremacia do homem e a subordinação da mulher (PÉREZ MANZANO, 2018).

No mesmo sentido, defendem Carcedo e Sagot que essas mortes não são produtos de casos inexplicáveis, de condutas desviadas ou patológicas, mas produto de um sistema estrutural de opressão contra as mulheres (CARCEDO; SAGOT, 2000). Nas palavras de Lima, “uma das consequências do regime de gênero é a compreensão de que mulheres são propriedades de seus companheiros, maridos, namorados e demais figuras masculinas. Isso autoriza e justifica o tratamento violento nas relações familiares e interpessoais” (LIMA, 2018).

Em pesquisa realizada na Costa Rica chegou-se a conclusão que a maior parte dos feminicidas não tem antecedentes criminais, especialmente os autores de feminicídios íntimos e não são vistos como perigosos pelos familiares das mulheres mortas (CARCEDO; SAGOT, 2000). Isto demonstra quanto o comportamento dos homens são naturalizados pelos estereótipos de gênero.

Decorrente da relação amorosa entre autor e vítima, não é de ser estranho que metade das mortes ocorreram na residência do casal ou de um deles.

Em comum entre os casos também está a crueldade das mortes praticadas que se evidencia pelas dinâmicas já narradas, assim como pelos instrumentos utilizados na execução

5 Estudo realizado em Campinas -SP constatou que 63% dos feminicídios perpetrados na cidade foram praticados por parceiros íntimos das vítimas (CAICEDO-ROA; CORDEIRO; MARTINS; FARIA, 2019). Também, investigação realizada em Ceilândia-DF com processos relativos a mortes de mulheres no período de 2012 a 2016 identificou que, em todos os casos, os agressores eram conhecidos das mulheres, sendo que em 60% dos casos eram seus maridos ou companheiros, 28% ex-maridos ou ex-companheiros, 8% ex-namorado e 4% namorado (LIMA, 2018).

dos crimes, o que parece evidenciar a vontade de dominação por parte do homem. Em dois casos os autores se valeram de armas de fogo e, nos outros seis, os instrumentos utilizados foram chave de fenda, pedra, faca, corda, marreta e utensílios de cozinha.

Há ainda que se ressaltar o impacto que essas mortes causam na família dos envolvidos, especialmente quando o casal ou ex-casal tem filhos menores.

Pela leitura dos boletins de ocorrência selecionados foi possível identificar que em 2 casos o casal tinha filho ou filhos menores e em 2 deles o casal tinha filhos maiores de idade, que funcionaram como testemunhas não presenciais das agressões. Há que se destacar, inclusive, que no terceiro caso do ano de 2019 as agressões se iniciaram na frente da avó materna e dos filhos do casal, que saíram correndo em busca de ajuda.

Verificou-se também pela análise dos boletins de ocorrência que em 1 caso o autor dos fatos suicidou-se e em 1 caso o agente ameaçou suicidar-se, mas acabou sendo morto pela polícia. Tais situações evidenciam que, em muitos casos, existe uma relação de dependência material, funcional e/ou material entre os agressores e as mulheres das quais abusam. Consoante asseveram Carcedo e Sagot:

existe una clara relación entre el suicidio de los asesinos y el femicidio íntimo. Sin embargo, esta no pareciera la reacción esperada en alguien que consigue lo que se propone. Hay algunas hipótesis que pueden plantearse para tratar de explicar esta relación. La más obvia es que los feminicidas eluden de esa manera la responsabilidad de lo que han hecho, pues saben que se enfrentan a un castigo inevitable. Es posible, además, que dentro de la falta de recursos emocionales que estos hombres tienen para enfrentar positivamente situaciones adversas, una vez más recurran a los métodos violentos, esta vez en contra de ellos mismos. (CARCEDO; SAGOT, 2000, p. 65)

Portanto, a pesquisa revelou as tristes histórias das mortes de mulheres, vítimas de seus companheiros ou ex-companheiros, muitas vezes pais dos seus filhos, realidade que afeta todo o núcleo familiar que convive tão próximo da violência.

### 3. A DIMENSÃO DA VIOLÊNCIA LETAL CONTRA AS MULHERES NO BRASIL

Para compreender a violência letal contra as mulheres no Brasil, é fundamental analisar os números, que dão uma dimensão da magnitude do problema e sua persistência espaço-temporal, ainda que se saiba que a subnotificação dos casos leva a crer que a ocorrência dessa violência é ainda maior do que os dados demonstram.

De início cabe assinalar a dificuldade em diferenciar a morte de mulheres do feminicídio.

Quando o registro de ocorrência envolve violência letal contra a mulher, cabe ao Delegado de Polícia tipificar a natureza penal a qual o fato tido como ilícito se adequa e caso a qualificadora “feminicídio” não seja introduzida nesse momento, as estatísticas podem restar prejudicadas, sendo que será contabilizado para fins estatísticos um homicídio de mulher e não o crime específico de feminicídio (morte da mulher em razão do sexo feminino, conforme

previsto no artigo 121, inciso VI, do Código Penal), o que pode prejudicar de sobremaneira a quantificação do fenômeno.

O 13º Anuário Brasileiro de Segurança aponta como dificuldades para tal diferenciação a recenticidade da lei do feminicídio e processo de aprendizagem dos agentes de segurança pública para que registrem adequadamente o ocorrido. Soma-se o fato de, muitas vezes, somente a investigação policial posterior esclarecer a causa da morte como sendo feminicídio e não proceder a respectiva retificação nos dados, que deve se dar por processos internos (ANUÁRIO..., 2019, p. 109).

Em razão dessa dificuldade, serão apresentados neste excerto dados sobre ambos os fenômenos, levando em conta que ainda que não seja possível assinalar exatamente qual o crime praticado, importa mensurar o problema da morte intencional de mulheres.

Ademais, ainda que as pesquisas que serão apresentadas terem métodos e objetivos diversos da apresentada nesse artigo em razão, principalmente, de se ocuparem de análises numéricas sobre a magnitude e características mais recorrentes do problema pesquisado, é possível vislumbrar nelas semelhanças com o que se identificou nos casos praticados na cidade de Piracicaba, referentes à existência de relacionamento amoroso entre autor e vítima, ao local da prática do crime, à crueldade das mortes, ao impacto que as mortes causam nas famílias das vítimas, bem como à intenção do homem tirar a sua própria vida após a prática do crime.

De acordo com o Atlas da Violência (IPEA, 2019), houve um crescimento dos homicídios contra mulheres no Brasil em 2017, com cerca de 13 assassinatos por dia, totalizando 4.936 mortes femininas – o maior número registrado desde 2007. Verificou-se um crescimento expressivo de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país durante a década em análise (2007-2017).

Nesse mesmo período, analisando a magnitude do fenômeno em termos da taxa de homicídios por grupo de 100 mil mulheres, observou-se um aumento de 20,7% na taxa nacional, quando a mesma passou de 3,9 para 4,7 mulheres assassinadas por grupo de 100 mil mulheres. O Estado que apresentou maior crescimento dos números nesse decênio foi o Rio Grande do Norte, com variação de 214,4%, seguido por Ceará (176,9%) e Sergipe (107,0%).

Considerando só o ano de 2017, o Estado de Roraima apresentou a maior taxa, com 10,6 homicídios de mulheres por grupo de 100 mil mulheres, índice duas vezes superior à média nacional (4,7). A lista das unidades federativas onde houve mais violência letal contra as mulheres é seguida por Acre, com taxa de 8,3 para cada 100 mil mulheres, Rio Grande do Norte, também com taxa de 8,3, Ceará, com taxa de 8,1, Goiás, com taxa de 7,6, Pará e Espírito Santo com taxas de 7,5 (IPEA, 2019, p. 35).

Além do gênero, o aspecto racial é fator que exerce grande influência sobre essas mortes. Enquanto a taxa de homicídios de mulheres não negras teve crescimento de 4,5% entre 2007 e 2017, a taxa de homicídios de mulheres negras cresceu 29,9%. Se considerados os números absolutos, a diferença é ainda mais gritante, já que entre as não negras o crescimento é de 1,7% e entre as mulheres negras de 60,5%. Considerados os números de mulheres mortas a cada grupo de 100 mil, a taxa de homicídios de mulheres não negras foi de 3,2, ao passo que entre as mulheres negras a taxa foi de 5,6 (IPEA, 2019, p. 38).

Para Ribeiro (2016, p. 102), o aumento do assassinato de mulheres negras em relação ao de mulheres brancas se deve à ausência de um olhar étnico-racial para as políticas de enfrentamento da violência contra a mulher.

Um número expressivo dessas mortes violentas intencionais ocorre no interior das residências, cuja autoria em grande parte dos casos é atribuída a pessoas íntimas da vítima (tais como parceiros, cônjuges, namorados) ou conhecidos. O Atlas da Violência utilizou dados fornecidos pelo sistema de saúde os quais informam que do total de homicídios contra mulheres 28,5% ocorrem dentro da residência, ressaltando que muito provavelmente estes são casos de feminicídios íntimos (IPEA, 2019, p. 40).

Estes dados estão em consonância com o que se identificou na cidade de Piracicaba, em que metade das mortes ocorreram na residência de um ou ambos os envolvidos e a totalidade delas poderiam ser classificadas como feminicídios íntimos, por terem sido praticadas no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, os feminicídios corresponderam a 29,6% dos homicídios dolosos de mulheres em 2018. Foram 1.151 casos em 2017 e 1.206 em 2018, um crescimento de 4% nos números absolutos. Entre 2015 a 2018, ou seja, desde o período em que a Lei do Feminicídio entrou em vigor, os casos de feminicídio subiram 62,7%. Nesse estudo também foram analisados os perfis de raça e cor das vítimas, revelando, novamente, a maior vulnerabilidade de mulheres negras, que representam 61% das vítimas (contra 38,5% que são brancas, 0,3% indígenas e 0,2% amarelas.), porcentagem que pode ser ainda maior já que o Estado da Bahia, cuja proporção de população negra é a maior no país, não enviou os dados para a análise (ANUÁRIO..., 2019, p. 109).

Visando a corrigir os dados apresentados pelo Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), no período de 2011 a 2013, Garcia e Silva identificaram que no período estima-se terem ocorrido 17.581 mortes de mulheres por agressão, o que representa uma taxa de mortalidade anual de 5,87 óbitos a cada 10 mil mulheres. Ainda, de acordo com o estudo, as vítimas são, principalmente, mulheres jovens, negras, com baixa escolaridade e residem nas regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste. Ademais, a elevada ocorrência dos crimes nos domingos e aos finais de semana, sugere a relação entre as mortes e a violência doméstica e familiar, a despeito do SIM não trazer informações sobre o agressor (GARCIA; SILVA, 2016).

De acordo com a pesquisa “O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha”, realizada pelo CNJ e publicada em 2018, no ano de 2017 proferidas 4.829 sentenças em casos de feminicídio (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

Por sua vez, o estudo “Raio x do feminicídio em SP”, realizado pelo MPSP e publicado no ano de 2018, averiguou, com base em 364 denúncias sobre mortes violentas de mulheres, se a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015) estava sendo aplicada na fase inicial do processo e as circunstâncias em que o crime ocorreu.

Dos 364 casos de feminicídios estudados, 240 tratam de feminicídio praticado em contexto de relação afetiva, cometido por namorados, maridos e amantes. Nesses casos, a principal motivação para o crime foi a separação do casal, representando 45% dos casos em que havia relação de proximidade ou amorosa.

Em 30% dos casos, ciúme, sentimento de posse ou machismo motivaram o crime e em outros 17% tratavam de discussão, 2% por motivo financeiro e 6% dos casos a motivação não constava na denúncia.

Chamou atenção, ainda, a forma cruel escolhida pelo agente para executar o crime: em 58% dos casos, armas brancas foram utilizadas para causar a morte; em 17% dos casos o autor utilizou arma de fogo; em 11% dos casos objetos de uso doméstico, como panela de pressão, cabos e móveis e em 10% a vítima foi asfixiada (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2018).

Essa realidade identificada na pesquisa realizada pelo Ministério Público trouxe informações semelhantes às constatadas no âmbito do estudo realizado na cidade de Piracicaba, sobre a existência de uma relação amorosa anterior entre autor e vítima e a forma cruel pelas quais os autores ceifaram a vida de suas companheiras.

É de extrema relevância ainda apontar a existência das chamadas vítimas indiretas do feminicídio, parentes próximos sobre os quais a conduta do agressor não é diretamente dirigida, mas que sofrem com a perda trágica da filha, da mãe, da neta e têm que lidar com traumas variados, sendo que em alguns casos, a exemplo do que foi relatado, chegam até mesmo a presenciar os atos violentos que resultam efetivamente na morte.

De acordo com relatório elaborado pela UNICEF, estima-se que em todo o mundo uma em cada quatro crianças menores de 5 anos (176 milhões) vive com uma mãe que é vítima de violência por parte de um parceiro íntimo (UNICEF, 2017, p. 02).

O Fórum Brasileiro de Segurança, a pedido da Revista Época, estimou que todos os anos o feminicídio deixa mais de dois mil órfãos no país, acrescentando que em muitos dos casos, além de perder a mãe, a criança ou o adolescente também perde o pai, que acaba preso ou cometendo o suicídio. Em que pese os dados alarmantes, não há no país uma rede de proteção que facilite e ajude os familiares que ficam responsáveis por sustentar e criar os filhos e filhas de mulheres vítimas de feminicídio (OS ÓRFÃOS..., 2020).

Uma pesquisa realizada nas capitais do estado do Nordeste pela Universidade Federal do Ceará (UFC), desenvolvida em parceria com o Instituto Maria da Penha, revelou que cada mulher vitimada pelo feminicídio deixa aproximadamente três filhos/filhas órfãos e que a maioria desses órfãos permanece com a família do assassino (UFC, 2016, p. 43).

Assim, os dados apresentados permitem ter uma dimensão acerca da representatividade e especificidades das mortes de mulheres ocorridas no país e perceber que se trata de um problema social de grandes dimensões e com características bastante marcantes.

## 4. DA GENERALIDADE DO CRIME DE HOMICÍDIO À TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE FEMINICÍDIO

A positivação normativa de crimes contra a mulher passou por processos de reconhecimento da ineficácia da previsão legislativa genérica, que não atendia a demanda dessa população em situação de vulnerabilidade e/ou discriminação.

Antes da Lei Maria da Penha (Lei Federal nº 11.340/2006), o artigo 129, *caput*, do Código Penal abarcava toda ação, comissiva ou omissiva, que gerasse lesão corporal a uma pessoa, contudo algumas características e circunstâncias eram tidas como mais relevantes pelas agências de controle penal, que por meio de seletividade se omitiam de investigar ou responsabilizar penalmente os autores de crimes de lesão corporal contra mulheres. É nesse sentido, então, que o Brasil foi condenado em 13/03/2001 perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, integrante da Organização dos Estados Americanos, recomendando-se a capacitação dos funcionários judiciais e policiais para não tolerarem casos de violência doméstica e adotar recursos necessários para a tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, inclusive com instauração de delegacias especializadas (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001).

Ainda que houvesse posicionamento da Corte Internacional a respeito do assunto, apenas em 2006 é sancionada a Lei Federal nº 11.340/2006, que dispõe sobre os mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevendo, dentre outras coisas, a incrementação do §9º ao artigo 129 do Código Penal em que consta o crime de lesão corporal qualificado pela violência doméstica e familiar.

Esperava-se que uma tipificação específica, além de trazer etapas processuais diferentes e mais rígidas no tratamento da violência doméstica e familiar, formasse um banco de referências para a busca de políticas públicas mais efetivas para enfrentar o problema.

É neste mesmo sentido que ocorre o desenvolvimento da tipificação do feminicídio no Brasil, em consonância das discussões sobre o tema suscitadas em diversos países do mundo. Anteriormente à sua tipificação, o artigo 121 do Código Penal contemplava praticamente toda a plêiade de ações, comissivas ou omissivas, que possibilitava a responsabilização de alguém por tirar a vida de outra pessoa, sem qualquer distinção de origem, raça, cor, idade, sexo, gênero, classe ou outro fator de discriminação.

A expressão *femicide* (femicídio), proveniente do inglês, foi usada pela primeira vez em 1976, pela socióloga Diana Russel, no Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres, em Bruxelas, cuja ideia central era diferenciar a morte intencional de mulheres por homens em razão de serem mulheres, ou seja, motivadas por razões de gênero, do termo “homicídio” (SCHLOTTFELDT, 2017, p. 9).

Russel propõe a utilização do termo “femicídio”, por considerá-lo uma tradução direta da palavra *femicide*, mostrando aversão ao termo “feminicídio”, por julgá-lo assemelhado ao conceito opressivo de “feminilidade”. Já outra corrente sustenta que o termo feminicídio é o correto, pois as duas raízes latinas da palavra são *femina* (mulher) e *caedo* (matar), e assim traduzem a morte de uma mulher, resultando na palavra *feminicidium*, de onde se chegaria a palavra feminicídio (SCHLOTTFELDT, 2017, p. 9).

Alguns autores optam por utilizar essa última nomenclatura, visando diferenciar femicídio, assassinato de mulheres, de feminicídio, assassinato de mulheres pautado em gênero em contextos de negligência do Estado em relação a estas mortes, configurando crime de lesa humanidade (MENEHHEL; PORTELLA, 2017, p. 3).



Na América Latina, o termo feminicídio foi usado pela primeira vez no ano de 2009 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao reconhecer que o Estado Mexicano tinha responsabilidade pelos assassinatos de mulheres ocorridos em Ciudad Juarez, no Estado de Chihuahua, cuja continuidade e impunidade atraíram atenção internacional, especialmente a partir dos anos 2000. No âmbito da ONU, entretanto, o termo foi cunhado pela primeira vez nas Conclusões Acordadas da 57ª Sessão da Comissão sobre o Status da Mulher da ONU, datada de 15 de março de 2013, junto a uma recomendação expressa aos países membros para “reforçar a legislação nacional, onde apropriado, para punir assassinatos violentos de mulheres e meninas relacionados ao gênero (*gender-related*) e integrar mecanismos ou políticas específicos para prevenir, investigar e erradicar essas deploráveis formas de violência de gênero” (BRASIL, 2013).

No Brasil, a opção de utilizar a nomenclatura feminicídio foi do legislador quando da promulgação da lei 13.104, de 09 de março de 2015, tendo sido o 16º país da América Latina a criminalizar a conduta.

Por obra da CPMI de Violência contra a Mulher no Brasil, criada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 2012, e do Projeto de Lei do Senado Federal n.º 292 de 2013, a Lei 13.104, de 09 de março de 2015, passou a dispor do feminicídio como uma qualificadora do tipo penal do homicídio, agregando mais um inciso ao artigo 121 do Código Penal (inciso VI), além de introduzir novas causas especiais de aumento de pena, no patamar de 1/3 até a metade, quando o crime de feminicídio for praticado durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência e na presença de descendente ou de ascendente da vítima. A mesma Lei, ainda, alterou a redação da Lei 8072/1990 para incluir no rol de crimes hediondos o novo crime.

A referida lei teve como escopo, quase uma década depois, suprir uma lacuna deixada quando da aprovação da lei 11.340 de 07 de agosto de 2006 (conhecida como “Lei Maria da Penha”), pois essa, dentre outras normativas de cunho eminentemente social, apenas trouxe previsões pertinentes a alterações ao crime de lesão corporal, já previsto no Código Penal pátrio, não disciplinando acerca do homicídio de mulheres.

Quando se trata da criminalização do feminicídio, não se segue um modelo, uma disciplina específica na sua tipificação, o que evidencia a falta de consenso a respeito do tema e afeta a definição do que consiste a violência fatal contra as mulheres em razão do gênero (PÉREZ MANZANO, 2018).

Em algumas legislações se criminaliza o ato de matar pessoa do sexo feminino e em outros de pessoas do gênero feminino; algumas leis estabelecem que o feminicídio só pode ser praticado por homem, outras por homem ou mulher; em todos os países há a previsão de pena privativa de liberdade para o feminicídio, mais longas ou menos longas, cumuladas com outra ou isoladas.

Entre nós, no referido Projeto de Lei do Senado Federal n.º 292 de 2013, em sua versão inicial, definia o feminicídio como a forma mais extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher, em uma relação íntima entre vítima e agressor e prática de violência sexual e/ou mutilação ou desfiguração da vítima. Após algumas alterações, na versão final do Projeto encaminhada à Câmara dos Deputados, o crime passou a ser descrito como o homicídio praticado contra a mulher por razões de gênero (OLIVEIRA; POSSAS, 2018).

## A violência de gênero pode ser entendida como

[...] uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. Ou seja, não é a natureza responsável pelos padrões e limites sociais que determinam comportamentos agressivos aos homens e dóceis e submissos às mulheres. Os costumes, a educação e os meios de comunicação tratam de criar e preservar estereótipos que reforçam a ideia de que o sexo masculino tem o poder de controlar os desejos, as opiniões e a liberdade de ir e vir das mulheres. (TELES; MELO, 2002, p. 18)

Assim, entender o feminicídio como uma violência baseada no gênero implica compreender que ele não tem relação com a violência mais geral que ocorre na sociedade, mas tem por base a estrutura desigual de poder entre homens e mulheres, permitida pela socialização de gênero que interioriza nas pessoas a superioridade do homem e a subordinação da mulher, e se manifesta nas ordens material, institucional e simbólica (CARCEDO; SAGOT, 2000).

Nesse contexto, a socialização de gênero cumpre um papel fundamental em termos de controle social ao impor uma conceituação de mulheres e homens, ao determinar uma definição de mundo e a posição das mulheres nesse mundo, ao definir as mulheres e estabelecer as relações que elas devem firmar umas com as outras e ao fomentar a aquisição de características que correspondem ao sexo feminino, desencorajando a aquisição de outras próprias dos homens (CARCEDO; SAGOT, 2000).

Contudo, antes da assinatura da lei, na Câmara dos Deputados, a redação foi emendada e suprimiu-se a expressão gênero, já usada na Lei Maria da Penha, que foi substituída por “razões da condição do sexo feminino”.

De acordo com as pesquisas de Oliveira e Possas (2018, p. 28), “essa interdição de gênero foi uma imposição da bancada fundamentalista religiosa no Congresso, representada pelo então presidente da Câmara, o deputado Eduardo Cunha, que havia ameaçado retirar o projeto da pauta caso não houvesse a modificação” e que o grande objetivo da mudança era impedir que a qualificadora fosse aplicada às vítimas transexuais.

Tal modificação fez com que o texto legal se desviasse completamente das discussões das epistemologias feministas sobre o tema e, para Mendes (2017, p. 217), foi “um retrocesso vergonhoso em um Estado pretensamente laico e não discriminatório”.

Mesmo que a intenção do legislador fosse excluir da proteção da lei aquelas que não possuem o sexo biológico feminino, a mais recente doutrina e jurisprudência, ainda que em construção, entende que o conceito abarca todas as pessoas que se identificam como mulheres perante a sociedade (sejam as mulheres cissexuais – pessoas que foram designadas com um gênero ao nascer e com ele se identificam, mulheres transexuais e as travestis).

A Polícia Civil do Estado de São Paulo, inclusive, atendendo às “Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres – Feminicídios” elaboradas pela ONU Mulheres Brasil em parceria com a extinta Secretaria de Políticas para Mulheres, do renomeado Ministério da Mulher, da Igualdade Racial e dos Direi-

tos Humanos, e a Secretaria Nacional de Segurança Pública, do Ministério da Justiça, criou, através da Academia de Polícia (instituição de ensino da polícia paulista, voltada à formação de policiais e aperfeiçoamento das atividades de polícia judiciária), suas próprias diretrizes, nomeadas “Feminicídios – Diretrizes para o Atendimento de Local de Crime e Investigação de Mortes Violentas de Mulheres”.

Como resultado desse primeiro trabalho também foi criado o “Manual de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres sob a Perspectiva de Gênero”, no qual os policiais são orientados, respeitando-se a independência funcional que os delegados de polícia possuem, para incluírem como sujeitos passivos no crime de feminicídio todas as vítimas que se identificam socialmente com o gênero feminino, independentemente do sexo biológico (GUEBERT; MOTA, 2019, p. 25).

No caso de mulheres transexuais e travestis, o mesmo documento ressalta a desnecessidade tanto de alteração legal do nome civil quanto de realização da cirurgia de redesignação sexual, deixando clara a orientação de que não há qualquer óbice para que a qualificadora do feminicídio contemple também os casos de transfeminicídio.

É de suma importância destacar que o Decreto 65.127 de 12 de agosto de 2020, passou a prever expressamente como atribuição das Delegacias de Defesa da Mulher do Estado de São Paulo “investigar infrações penais relativas à violência doméstica ou familiar e infrações contra a dignidade sexual praticadas contra pessoas com identidade de gênero feminino e contra crianças e adolescentes.”

Após definir que o feminicídio é o homicídio praticado contra a mulher por razão da condição do sexo feminino, a legislação vai explicar o significado da expressão, mencionando, em seu artigo 121, § 2º, inciso VI, e §2º-A, incisos I e II, que ela se refere ao crime praticado com “violência doméstica e familiar” ou “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Portanto, a primeira espécie de feminicídio é o praticado em razão de violência doméstica ou familiar, cujos parâmetros para definição estão estabelecidos pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340) desde 2006: qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de orientação sexual.

Mas a palavra feminicídio também foi uma forma de produzir um termo que contemplasse a gravidade da violência contra a mulher, pois é nele que está inserida a morte de uma mulher pela razão de “menosprezo ou discriminação às mulheres ou as relações afetivas, sexuais, ou de dependência entre o homem e a mulher [...]” (DINIZ; GUMIERI, 2018, p. 195-196).

E nesse sentido, de acordo com o art. 1º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW),

[...] a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Para além do simbolismo da nomenclatura:

[...] a qualificação do crime de feminicídio exigirá dos/as operadores/as jurídicos/as mais do que uma elaboração técnica. Cobrará, sim, a construção de uma narrativa que não poderá deixar à margem o fato de que a morte de uma mulher não é somente a morte de “uma” mulher. É a morte de um “sujeito” histórico, social e culturalmente destinado à submissão, e que por tal condição teve ceifada sua própria vida. (MENDES, 2017, p. 218)

Porém, necessário pontuar que para Ifanger e Shecaira, o Poder Público tratou da questão de maneira meramente simbólica ao utilizar, preponderantemente, do direito penal como resposta, demonstrando a ineficiência do Estado em modificar as estruturas sociais com implementação de políticas públicas na Lei Maria da Penha, tendo em vista que:

[...] o problema não tem diminuído com a aprovação de leis visando ao seu enfrentamento (da violência contra a mulher). Isso porque tem se utilizado, preferencialmente, do instrumental repressivo característico do direito penal para buscar atingir essa finalidade, quando, em realidade, o uso do sistema penal não consegue lograr atingir as transformações sociais necessárias para que a violência não mais aconteça. (SHECAIRA; IFANGER, 2019, p. 310)

Há que se ponderar, ainda, que o sistema de justiça – representado pelas forças policiais, pelos membros do Ministério Público e membros da magistratura, bem como pelos agentes penitenciários – refletem a estrutura social que é formada pela obtenção de vantagens e ocorrência de dominações e explorações, atuando seletivamente (BARATTA, 1999, p. 41) e sendo construído por conceitos masculinos, o que dá ao Direito um caráter androcêntrico e reproduzidor de desigualdades de gênero (CASSOL, 2017).

Assim, ainda que se entenda que a morte letal contra as mulheres, ápice da violência praticada contra elas, não possa ser resolvida somente por meio de mudanças legislativas, mormente no âmbito penal, desde 2006 a legislação brasileira incorporou em suas disposições a perspectiva de gênero, o que implica no reconhecimento da história silenciada da violência contra essa parcela específica da população.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto objetivou, a partir do estudo de casos realizados por meio da análise dos boletins de ocorrência de feminicídio na cidade de Piracicaba, nos anos de 2018 e 2019, compreender a dinâmica das situações que culminam na morte de mulheres. Constatou-se que apesar da variabilidade de características das mulheres das histórias analisadas – cor de pele, escolaridade, idade –, todos os casos ocorreram dentro de relacionamentos afetivos/ amorosos, no qual os homens que se relacionavam com essas mulheres foram os autores de terríveis brutalidades que as levaram à morte. Em outras palavras, isso demonstra que a escolha da violência é uma forma de garantir a superioridade do homem sobre a mulher e a existência de sistema estrutural de opressão contra a mulher que limita as suas possibilidades de ser e existir.

Cotejando a realidade identificada com os dados nacionais acerca da morte de mulheres, apontou-se a dificuldade em diferenciar o homicídio de uma mulher do feminicídio e o aumento dessa violência nos últimos anos, não obstante as mudanças legais tendentes a criminalizar a conduta. Em 2017 registrou-se o maior número de mortes de mulheres desde 2007, com 13 assassinatos por dia, totalizando-se 4.936 mulheres mortas, de forma que entre 2007 a 2017 cresceu em 30,7% o número de homicídios femininos. O mais preocupante é o aumento dos feminicídios de mulheres negras, que é significativamente maior do que o crescimento dos feminicídios de mulheres brancas, e o de mulheres travestis e transsexuais, sendo que estas não há sequer produção de dados oficiais revelando o desprezo por essas mulheres.

Também, a despeito das diferenças metodológicas entre os estudos analisados, foi possível perceber que muitas características identificadas nos feminicídios em Piracicaba são demonstradas nos dados nacionais, tais como a prática do crime pelo companheiro da vítima, a residência como *locus* da violência e a maneira cruel utilizada em sua execução.

Por meio da análise da proteção legal conferida à mulher identificou-se que a punição pelo feminicídio se deu tardiamente na América Latina, sendo que a expressão somente foi utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2009 e no Brasil somente passa a integrar a legislação em 2015, sendo que em 1976 o Tribunal Internacional de Crimes contra as Mulheres, em Bruxelas, já utilizava o termo. Historicamente, a construção se deu para entender o feminicídio como a morte de mulheres em virtude do seu gênero, a partir de contextos de negligência estatal e um sistema de opressão feminino pela ordem patriarcal.

Especificamente no Brasil, a Lei nº 13.104/2015 trouxe a criminalização do feminicídio, advindo do projeto de lei do senado, que tramitava desde 2013, visando suprir deficiências da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que não tratava sobre a temática. Todavia, a tramitação envolveu um grande jogo político acerca da formulação do entendimento de feminicídio, trocando-se a proposta inicial que definia o crime como a morte de mulheres em razão do gênero por morte de mulheres em virtude do sexo biológico.

Apesar do texto aprovado revelar o prevalecimento da bancada religiosa fundamentalista, com o termo “sexo feminino”, que exclui as múltiplas existências do gênero feminino, tem-se firmado o entendimento, na atuação das instituições aplicadoras desta normativa, que a proteção não pode se dar apenas às mulheres do sexo biológico feminino, devendo se estender a toda a multidiversidade de gênero feminino.

Não obstante, não se pode olvidar que o Direito e todas as instituições ligadas ao cumprimento da legislação estão inseridas em um contexto de criação e administração de caráter androcêntrico. Portanto, ainda que haja uma luta e uma movimentação da sociedade para que determinadas atitudes sejam legalmente reprováveis, a interpretação e a busca pela reprovabilidade dessas ações se darão a partir de uma ótica de valores e conceitos masculinos, significando que muitas vezes situações repreensíveis poderão ser legitimadas.

Outrossim, notório que a legislação não apresenta uma efetividade cujo custo-benefício seja socialmente proveitoso, tendo em vista que a norma tem um enfoque de caráter repressivo (penal), impulsionando que os órgãos e estruturas de justiça – polícia, ministério público, judiciário e sistema carcerário – ampliem o controle e a punição de pessoas a partir de sua seletividade e administração da exclusão social, sem que, em contrapartida, se tenha o desaparecimento ou, no mínimo, um declínio nos casos de violência e morte de mulheres.



## REFERÊNCIAS

- ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública 2019. ano 13, 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.
- BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal a questão humana. In: BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio; ANDRADE, Vera Regina Pereira; CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito: Relatório Final*. Brasília, DF, 2013. 1045 p. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contras-as-mulheres>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- CAICEDO-ROA, Monica; CORDEIRO, Ricardo Carlos; MARTINS, Ana Cláudia Alves; FARIA, Pedro Henrique de. Feminicídios na cidade de Campinas, São Paulo, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, [S. l. ], v. 35, n. 6, jul. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v35n6/1678-4464-csp-35-06-e00110718.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.
- CARCEDO, Ana; SAGOT, Montserrat. *Feminicidio en Costa Rica 1990-1999*. San José: Instituto Nacional de las Mujeres, 2000.
- CASSOL, Paula Durks. Do gênero para além do gênero: a crítica feminista ao direito e à criminologia. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO, 11.; WOMAN'S WORLDS CONGRESS, 13., 2017, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: UFSC, 2017. Disponível em: [http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1498850694\\_ARQUIVO\\_ArtigoDogeneroparaalemdogenero.pdf](http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1498850694_ARQUIVO_ArtigoDogeneroparaalemdogenero.pdf). Acesso em: 5 jul. 2020.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual nº 54/2001, caso 12.051 Maria da Penha Fernandes x Brasil. 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 8 jun. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. 2018. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/5f271e3f54a853da92749ed051cf3059\\_18ead26dd2ab9cb18f8cb59165b61f27](http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/5f271e3f54a853da92749ed051cf3059_18ead26dd2ab9cb18f8cb59165b61f27). Acesso em: 4 ago. 2020.
- DINIZ, Debora; GUMIERI, Simaria. “Violência do gênero no Brasil: Ambiguidades da política criminal”. In: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; MATA, Jéssica da (Org.). *Questões de gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- GARCIA, Leila Posenato; SILVA, Gabriela Drummond Marques da. *Mortalidade de mulheres por agressões no Brasil: perfil e estimativas corrigidas (2011-2013)*. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2016. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27250&Itemid=406](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27250&Itemid=406). Acesso em: 8 set. 2020.
- GUEBERT, Júlio Gustavo Vieira; MOTA, Juliana Rosa Gonçalves (Coord.). *Feminicídios: Manual de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres sob a Perspectiva de Gênero*. São Paulo: Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, 2019.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Cidades*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/piracicaba/panorama>. Acesso em: 8 set. 2020.
- IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 11-38.
- IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Atlas da violência, 2019*. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- LIMA, Amannda de Sales. “Não vai ter juiz, nem delegado que vai proibir eu de te matar”: uma análise dos processos de feminicídio íntimo do Tribunal do Júri de Ceilândia/DF (2012-2016). 140 f. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2018.
- MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista: novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. Femicídios: conceitos, tipos e cenários. *Ciência e Saúde Coletiva*, [S. l.], v. 22, n. 9, p. 3077-3086, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n9/1413-8123-csc-22-09-3077.pdf>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Raio X do feminicídio em São Paulo: é possível evitar a morte*. 2018. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo\\_de\\_Genero/Femicidio/2018%20-%20RAIOX%20do%20](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Femicidio/2018%20-%20RAIOX%20do%20). Acesso em: 5 ago. 2020.

OLIVEIRA, Clara Flores Seixas de; POSSAS, Mariana Thorstensen. Criação de lei e racionalidade penal moderna: o caso da criação da lei do feminicídio no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 26, n. 150, p. 17-53, dez. 2018.

OS ÓRFÃOS do feminicídio. *Revista Época*. 2020. Disponível em <https://oglobo.globo.com/epoca/brasil/os-orfaos-do-femicidio-24288683>. Acesso em: 7 jun. 2021.

PAULILO, Maria Ângela Silveira. A pesquisa qualitativa e a história de vida. *Serviço Social em Revista*, Londrina, v. 2, n. 1, jul./dez. 1999. Disponível em: [http://www.ssrevista.uel.br/?c\\_v2n1\\_pesquisa.htm](http://www.ssrevista.uel.br/?c_v2n1_pesquisa.htm). Acesso em: 7 dez. 2019.

PESQUISA de Condições Socioeconômicas e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Relatório Executivo I. 16 dez. 2016. Disponível em: [http://www.institutomariadapenha.org.br/assets/downloads/relatorio\\_I.pdf](http://www.institutomariadapenha.org.br/assets/downloads/relatorio_I.pdf). Acesso em: 7 jun. 2021.

PERÉZ MANZANO, Mercedes. En busca de la identidad del feminicidio de la pareja o expareja: entre el odio y la discriminación (1). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, n. 71, p. 91-120, 2018.

PORTELLA, Ana Paula; RATTON, José Luiz. A teoria social feminista e os homicídios: o desafio de pensar a violência letal contra as mulheres. *Contemporânea: revista de sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 5, n. 1, p. 93-118, jan./jun. 2015.

RIBEIRO, Djamilia. Feminismo negro para um novo marco civilizatório. *Revista internacional de direitos humanos*, [S. l.], v. 13, n. 24, p. 99-104, 2016.

SCHLOTTFELDT, Shana. Femicídio, feminicídio e o entendimento dos operadores do direito brasileiro ao tratar a morte de mulheres em razão do gênero. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 291, p. 09-11, fev. 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; IFANGER, Fernanda Carolina Araújo. Uma crítica ao uso do sistema penal no enfrentamento da violência contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 27, n. 161, p. 309-329, nov. 2019.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

UNICEF. Um rosto familiar: a violência na vida de crianças e adolescentes, 2017. Disponível em: [https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/unicef\\_relatorios/violencia\\_na\\_vida\\_de\\_crianças\\_e\\_adolescentes\\_unicef2017\\_resumo\\_port.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/unicef_relatorios/violencia_na_vida_de_crianças_e_adolescentes_unicef2017_resumo_port.pdf). Acesso em: 7 jun. 2021.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 01/02/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/02/2021
- Avaliação 1: 12/04/2021
- Avaliação 2: 18/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 18/05/2021
- Retorno rodada de correções: 15/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 15/06/2021

#### Equipe editorial envolvida

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

# ORDENANDO A DESORDEM: A POLÍTICA DE TOLERÂNCIA ZERO E CRIMINALIZAÇÃO DOS AMBULANTES NA CIDADE DE MACEIÓ

ORDERING DISORDER: THE ZERO TOLERANCE POLICY AND  
CRIMINALIZATION OF STREET VENDERS IN THE CITY OF MACEIÓ

BRUNO CAVALCANTE LEITÁ SANTOS<sup>1</sup>  
RONALDO CARDOSO DOS SANTOS NETO<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo buscou analisar o uso da ideia de tolerância zero em políticas de urbanização na cidade de Maceió (AL), especificamente quanto ao controle de ambulantes. A ideia da tolerância zero é comumente associada a princípios observados pela teoria das janelas quebradas, que preceitua que a desordem social, se não coibida, acaba por acarretar um aumento exponencial dos crimes graves. A associação comumente feita a essa política é da gestão do prefeito Rudolph Giuliani em Nova Iorque, que apresentou altos índices na redução da criminalidade, logo, sendo exportada, geralmente de maneira descontextualizada, para todo o mundo. O presente artigo busca analisar a importação dessa política para a realidade da cidade de Maceió (AL), em especial ao processo de reordenamento do centro comercial da cidade, durante o ano de 2018, processo fundamentado na Lei nº 4.479/96 e que resultou em alterações na vida dos ambulantes e confrontos entre estes e as forças públicas de segurança.

**Palavras-chave:** tolerância zero; ambulantes; criminologia; estigma.

## ABSTRACT

*This article sought to analyze the uses of the zero tolerance policy in the city of Maceió. His idea is linked to principles observed by the broken windows theory, which states that social disorder, if not curbed, ends up causing an exponential increase in serious crimes. The association commonly made to this policy is the administration of Mayor Rudolph Giuliani in New York, in which rates of substantial reduction in crime were presented, therefore, being exported, generally in a decontextualized manner, to everyone. Therefore, this article seeks to analyze the import of this policy to the reality of the city of Maceió (AL), in particular the process of reorganizing the city's commercial center during 2018, a process based on Law n. 4479/96 and that caused changes in the life of street vendors and clashes between them and the public security forces.*

**Keywords:** zero tolerance; street vendors; criminology; stigma.

- 1 Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito Público pela UFAL. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB. Professor de Direito Penal no Centro Universitário CESMAC – Maceió/AL. Líder do Grupo de Pesquisa "Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos" e pesquisador do Grupo de Pesquisa "Direito, contemporaneidade e transformações sociais". Advogado. ORCID Id: <http://orcid.org/0000-0001-7556-2348>.
- 2 Pós Graduando em Advocacia Criminal na Escola Superior de Advocacia (FUMEC/ESA-OAB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Cesmac (2020). Atuou como estagiário no Tribunal de Contas do Estado de Alagoas (2019-2020) e no Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente - CEDECA Zumbi dos Palmares (2018-2019). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-2145-9414>.

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

SANTOS, Bruno Cavalcante Leitá; SANTOS NETO, Ronaldo Cardoso dos. Ordenando a desordem: a política de tolerância zero e criminalização dos ambulantes na cidade de Maceió. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 325-340, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8561>.

## 1. INTRODUÇÃO

A importação de políticas criminais de sucesso nos Estados Unidos não é privilégio do Brasil. A política de tolerância zero associada a preceitos da teoria das janelas quebradas talvez seja o principal caso de importação de políticas americanas que ganharam o imaginário mundial. Ocorre que apesar de sua popularidade, essa teoria se baseia em dados empíricos sem nenhuma comprovação científica, e mesmo em território norte-americano sofre profundas críticas, que apontam que sua popularidade se dá apenas por embasar a oposição entre o Estado de Bem-estar Social<sup>3</sup> e a criminalização dos pobres, sem comprovação direta para a redução das taxas de criminalidade (YOUNG, 2002). Isso ocasionou uma transferência de gastos com políticas sociais para políticas penais. Ao invés de apresentar as reduções que seus defensores apontam, os estudos empíricos demonstram que sua aplicação hipertrofia a criminalização da pobreza.

O texto traz como elemento fundante a necessidade de explicar o contexto de implementação da política de tolerância zero, e como justificativa desmistificar alguns de seus elementos comumente utilizados de maneira descontextualizada, a fim de implantar políticas que recrudescem o controle de determinadas classes, em torno de uma pretensa emergência, e uma falsa comprovação da eficácia de seus métodos.

Portanto, é necessário apresentar o desenvolvimento da teoria das janelas quebradas e a política criminal de tolerância zero nos Estados Unidos, no contexto social de seu surgimento, do desenvolvimento teórico, sua aplicação e os discursos de seus defensores, mas principalmente suas consequências práticas na cidade de Nova Iorque.

Num segundo momento, a pesquisa apresenta uma análise de sua importação para a realidade brasileira e suas consequências. Ao final, apresenta os riscos do uso de práticas adotadas pela sua racionalidade na cidade de Maceió, em especial sua utilização como fundamento para a perseguição da atividade laboral de ambulantes, ocorrida no Centro da cidade no ano de 2018, atingindo pessoas em situação de vulnerabilidade e reforçando estigmas que comumente são interpretados como fatores criminógenos.

Para a demonstração dessa problemática lançou-se mão de uma abordagem qualitativa, traçando um método hipotético-dedutivo que demonstrará as incongruências entre o discurso da tolerância zero e sua contextualização pela Prefeitura de Maceió. Para tal, valeu-se de reportagens e relatos colhidos pela imprensa ao cobrir o conflito, em especial dos agentes públicos que representavam a Prefeitura da cidade. Além disso, intentou-se mensurar a distância entre o local habitualmente ocupado pelos ambulantes e o local para o qual foram realocados, com o intuito de compreender o distanciamento entre o grande fluxo de consumidores e a tentativa de suprimir a decadência moral, atitude típica do discurso da tolerância zero, afastando os ambulantes das áreas mais movimentadas do Centro da capital.

3 O Estado de Bem-estar Social caracteriza-se por priorizar os direitos sociais básicos como saúde, moradia, educação e alimentação. Aumenta-se a esfera de atuação do Estado e seus gastos com direitos de segunda geração. (BONAVIDES, 2007).

## 2. O GIRO PUNITIVO DA DÉCADA DE 80

Em meados da década de 80, um novo discurso punitivista norte-americano surge e acaba por rapidamente se difundir em todo o mundo. Tal discurso adotava propostas de política criminal a agenda neoliberal. As propostas de política criminal advindas daí advogavam a defesa de um giro punitivo na missão estatal, que deveria abrir mão de propostas de *Bem-estar Social* para assumir uma postura punitiva ante qualquer indício de criminalidade (SANTOS, 2015).

Lobo e Goncalves (2017) adotam a terminologia realismo de direita para nomear o giro punitivo ocorrido na década de 80, que surgiu nos Estados Unidos a apregoar a “coibição de grandes delitos com a punição rigorosa dos pequenos delitos” (LOBO; GONCALVES, 2017, p. 184). Esse giro punitivo partiu de dois pressupostos que ajudariam a coibir a criminalidade: o reforço de uma ética conservadora e a ocupação das áreas mais defasadas pelas forças policiais.

Como não raro ocorre em políticas criminais punitivistas, tal política apontava os pobres como os causadores dos maiores problemas do cotidiano social, em especial a criminalidade. A obra que serviu de fundamento para esse projeto de criminalização dos pobres foi *Losing Ground*, escrita por Charles Murray, na qual, em linhas gerais, o autor aponta que as políticas de estado social que continham a pobreza não apresentavam soluções à delinquência (MURRAY, 1984).

A partir de tal premissa, ficou bem clara a ideia de que as classes pobres necessitavam de controle, por meio de restrições e controle inclusive moral – fato que ensejou a negativa da validade e utilidade das políticas sociais (SANTOS, 2015).

Murray, em outra obra intitulada *The Bell Curve*, defende a premissa de que a pobreza era um problema de ordem individual que acometia as pessoas mais estúpidas da sociedade, não devendo o Estado oferecer qualquer auxílio de natureza social, mas intensificar o controle social sobre os pobres, pois esses seriam os causadores da criminalidade (MURRAY; HERNNSTEIN, 1994). A partir da divulgação das crescentes taxas de criminalidade nos Estados Unidos, Charles Murray (1984, 1994, 1996) traçou um plano de combate à criminalidade, em especial a urbana, a partir da premissa de que os crimes perigosos eram praticados pelos pobres.

Tal argumentação só reforça a estigmatização dos pobres e justifica a seletividade intrínseca do sistema penal (ZAFFARONI, 2013). O tal argumento de que apenas os pobres cometem crimes lesivos à sociedade não se sustenta perante as evidências trazidas por Sutherland (2015), que desmascarou a seletividade do sistema penal no fim da década de 40 ao estudar os crimes cometidos pelos *White Collars*, demonstrando que a criminalidade perpassa todas as classes sociais, mas apenas os pobres sofrem a estigmatização e o controle penal (ZAFFARONI, 2013).

Charles Murray utilizou o argumento do aumento da criminalidade urbana para defender a utilização desmesurada do sistema punitivo. O conceito de criminalidade não era indeterminado o bastante para controlar toda a população pobre; assim, as meras incivildades foram abarcadas nas políticas de repressão propostas para englobar atos de menor gravidade, como embriaguez em público, pichação e outros atos que perturbam o sossego e poderiam ensejar crimes mais graves se não fossem punidos com maior rigor (SANTOS, 2015).

Em lapso temporal próximo às formulações de Charles Murray, o professor da Universidade de Stanford, Phillip Zimbardo e sua equipe decidiram realizar um experimento de psico-

logia social para compreender as correlações entre criminalidade e desordem. O experimento consistia em colocar dois carros exatamente iguais, sendo um no bairro periférico do Bronx em Nova Iorque, e o outro no bairro de Palo Alto na Califórnia, um bairro de classe média alta (LOBO; GONCALVES, 2017).

No desenrolar do experimento, o carro colocado no Bronx foi prontamente depredado, e o de Palo Alto manteve-se intacto. “Com base nessa experiência, esses pesquisadores concluíram, inicialmente, que a pobreza seria um fator determinante da criminalidade” (LOBO; GONCALVES, 2017, p. 185).

Dando continuidade ao experimento, os pesquisadores decidiram quebrar as janelas do carro localizado em Palo Alto. Com esse impulso, o carro foi prontamente destruído em situação semelhante à ocorrida no Bronx, o que levou os pesquisadores a concluir que “a pobreza não era a única causa da criminalidade, mas a sensação de impunidade transmitida pelo sentimento de desprezo e despreocupação de regras sociais pela não presença do Estado, podendo gerar atos ilícitos incontrolláveis” (LOBO; GONCALVES, 2017, p. 185).

Tais formulações inspiraram James Q. Wilson e George Kelling (1982) a desenvolver a teoria das janelas quebradas, num artigo intitulado “*The Police and Neighborhood Safety*”, publicado na Revista de Curiosidades *The Atlantic*. Os autores defendem na teoria a relação casual entre desordem e crime, tomando como exemplo uma janela quebrada; afirmam que se esta não for imediatamente reparada, acarretará a destruição de todas as janelas próximas.

A teoria das janelas quebradas também afirma que a atuação policial em pequenas infrações e atos de desordem diminuiria a ocorrência de crimes graves. Ainda, aponta a volta do patrulhamento a pé como medida eficaz para a prevenção da criminalidade (WENDEL; CURTIS, 2002).

Para Shecaira (2009), a teoria das janelas quebradas partiu de algumas premissas. A primeira delas é que a partir da ênfase no controle da desordem e dos que cometem pequenas infrações, a polícia conseguiria obter informações e manter contato com os responsáveis por crimes mais graves. A ênfase na publicidade das ações policiais em áreas de maior desordem serviria de aviso que as infrações não seriam toleradas, além de proteger e confortar os não desordeiros.

A ocupação dos espaços públicos desordenados começaria a ser retomada pela população após a intervenção da polícia, tornando o espaço público democrático. Os problemas eram compartilhados com a comunidade a partir do controle social informal sobre as incivildades, que não restariam como atribuição da força policial (SANTOS, 2015).

Apesar de parecer coerente e sedutora, a teoria das janelas quebradas nunca foi comprovada empiricamente. Segundo Jock Young (2002), o discurso que embasa tal teoria parte de um senso comum empírico e de falsas premissas. Nem sequer se submeteu a uma revista científica, pois acabou sendo lançado numa revista de curiosidades. “O mais grave é que não há nada que comprove cabalmente as alegações de que a intensificação de mecanismos repressivos, para atos de menor gravidade, possa gerar benefícios, no sentido de minimizar a criminalidade mais gravosa” (SANTOS, 2015, p. 92).

O pretendido pela referida teoria não se comprova; ao contrário, abrem-se lacunas em direitos individuais que passam a permitir buscas arbitrárias, torturas e violações a direitos humanos

(SANTOS, 2015). Aumenta a marginalização de certos grupos específicos e a estigmatização de indivíduos, em especial os pertencentes a comunidades afro-americanas e latinas.

Young (2002) se debruçou sobre os milagrosos dados de redução da criminalidade apresentados pelos defensores da referida teoria, que apontam o decréscimo em 49,5% no número de homicídios, bem como dados dos Hospitais *New York City Health e Corporation Hospital*, que revelaram uma queda de 56,3% no número de feridos por arma de fogo atendidos. Contudo, tal declínio fora observado em cidades que adotaram outras formas de política criminal.

[...] o que mais evidencia o fato da afirmação não ser razoável é que o declínio da criminalidade ocorreu em 17 das 25 maiores cidades dos Estados Unidos no período de 1993-97. Ocorreu em cidades que adotaram explicitamente políticas menos agressivas (e.g., Los Angeles, logo após os tumultos), em cidades que usam o policiamento orientado para a comunidade, como Boston e San Diego (Pollard, 1997; Currie, 1997a). Ocorreu onde não houve nenhuma mudança de policiamento (e.g., Oakland) e mesmo em alguns lugares em que houve uma redução do número de policiais. Diferentes métodos de polícia parecem associar-se à queda nos crimes graves (Shapiro, 1997), e a taxa de criminalidade de Nova Iorque começou a cair antes de os novos métodos de policiamento do comissário Bratton serem instituídos. (YOUNG, 2002, p. 184).

Assim se revela a missão do referido discurso, que é legitimar a criminalização da pobreza, visto que defende que as incivildades ocasionariam crimes graves. Com essa justificativa seria desnecessário resolver os graves problemas sociais que afetam a comunidade.

Apesar das incongruências que tal teoria possui, ela serviu aos interesses dominantes do neoliberalismo<sup>4</sup>, que tentou a todo custo conferir ares de cientificidade ao discurso dos que endossam a teoria das janelas quebradas, sendo conveniente aos preceitos neoliberais que uma teoria aponte a falência do Estado de Bem-estar Social e abra campo para o surgimento de um Estado penal de controle aos miseráveis (SANTOS, 2015).

### 3. DAS JANELAS QUEBRADAS À TOLERÂNCIA ZERO

Após tracejar as bases conceituais que fundamentam a teoria das janelas quebradas, faz-se necessário analisar sua aplicação na cidade de Nova Iorque na década de 90, transfigurada na política de tolerância zero aplicada na gestão de Rudolph Giuliani. Como recorda Santos (2015), a política de tolerância zero não foi fundamentada desde o início nos preceitos da teoria das janelas quebradas; em sua aplicação inicial, tinha como objetivo aumentar a repressão aos delitos, direcionando o aparato estatal àqueles lugares que apresentavam maiores taxas de criminalidade.

Após a implementação de tais medidas e os abusos policiais que daí decorreram, os mentores de tal recrudescimento penal buscaram uma fundamentação criminológica para justificar a efetividade das medidas que adotaram.

4 Corrente econômico-política que defende a necessidade de contenção do Estado, através da diminuição da atuação. Devem o mercado e os homens ser regulados sem a necessidade de intervenção estatal. (AZEVEDO, 2018).



Young (2002) analisa correlações falaciosas entre a teoria das janelas quebradas e a política de tolerância zero aplicada em Nova Iorque. A cidade passou por uma drástica redução dos índices de criminalidade no período de 1993-96. Para o autor, esta é a única verdadeira afirmação dos defensores da política de tolerância zero. De fato, os dados de homicídios registrados no período foram os mais baixos desde 1968. Já os dados que envolviam vítimas de arma de fogo obtiveram uma redução de 57%. Apesar das pressões que o departamento de polícia sofria, é improvável que os dados tenham sido falsificados.

A segunda correlação apresentada pelos defensores da tolerância zero se funda na afirmação de que a redução das taxas de criminalidade ocorreu em razão das práticas inovadoras adotadas pelo Departamento de Polícia de Nova Iorque. Para Young, tal afirmação é falsa, pois em 17 das 25 grandes cidades americanas as taxas de criminalidade apresentavam declínio. É necessário ressaltar que nem todas as cidades adotaram novas políticas de combate à criminalidade ou mudaram sua política criminal, o que não comprova qualquer eficácia da política de tolerância zero. Ao contrário, as estatísticas estavam de acordo com o declínio da criminalidade em cidades industrializadas de todo o mundo (YOUNG, 2002).

O último dos falsos argumentos que supostamente atestam a eficácia das janelas quebradas põe em xeque a real aplicação de tal teoria na cidade de Nova Iorque. Young lembra um episódio no qual William Bratton<sup>5</sup> negou veementemente que houvesse aplicado uma política de tolerância zero na cidade. Segundo Bratton, aplicar uma política de intolerância numa cidade moderna prejudicaria o discernimento policial, além de ser quase impossível conseguir controlar tantos problemas simultâneos. Assim, a mudança do comportamento policial em face dos crimes menores se deu por um maior gasto de recursos para combater tais condutas, assim como pela adoção de outras práticas que não possuíam correlação com a teoria das janelas quebradas (WACQUANT, 2001).

Apesar de tais críticas, a fórmula mágica da tolerância zero espalhou-se no globo, tomando como inspiração o exemplo de Nova Iorque. Uma das primeiras medidas tomadas pelos idealizadores da política de tolerância foi extinguir o policiamento comunitário e aplicar um sistema de distribuição das forças policiais, o que teve como consequência uma perseguição aos mendigos, aos bêbados e à jogatina, que representavam os delitos menores perseguidos pela tolerância zero. Além disso, ocorreu uma reformulação na força policial da cidade, que passou a se organizar em técnicas de eficiência, incluindo prêmios aos policiais por prisões e metas cumpridas, o que acabou por estimular prisões arbitrárias para cumprir as metas desejadas. A demissão de funcionários da força policial também ocorreu, em especial dos servidores mais antigos, estimulando a competição entre policiais para alcançar mais prisões, em busca das promoções de patente (SANTOS, 2015).

Tais mudanças foram acompanhadas por um incremento nos recursos destinados à polícia, em detrimento das verbas direcionadas aos serviços sociais.

[...] priorizam-se os investimentos em políticas criminais em sentido estrito (políticas de segurança pública, em regra), enquanto as políticas sociais, mais recomendáveis pela criminologia contemporânea por resolverem os problemas criminógenos em sua origem (prevenção primária), são absolutamente ignoradas. (SANTOS, 2015, p. 95).

5 Chefe de polícia da cidade de Nova Iorque na gestão de Rudolph Giuliani.

A consequência de tal postura estatal não poderia ser diferente: a opressão aos grupos marginalizados aumentou; estes, além de sofrer com a ausência dos serviços sociais, passaram a ser perseguidos pelo sistema punitivo. Assim, os miseráveis encarnaram os inimigos a serem expelidos do meio social. Uma caça a mendigos, moradores de rua, bêbados e prostitutas se inicia e acaba por auxiliar a guerra às drogas, aumentando o número de prisões de pequenos traficantes. Tal caçada carregava consigo um viés moralista, pois instituiu uma proibição de circulação de pornografia e atrapalhou o funcionamento de casas de *striptease* (SHECAIRA, 2009). A neurose por coibir incivildades foi tão intensa que até sentar-se na calçada fazia com que o indivíduo chamasse a atenção das forças policiais (SANTOS, 2015).

Além de toda a neurose moral acima descrita, negros e latinos passaram a sofrer com a arbitrariedade das forças policiais; já os brancos sofriam abordagens mais amenas e não percebiam a seletividade no comportamento policial por não possuírem os estigmas de raça presentes nos grupos negros e latinos. A título de ilustração de tal comportamento das forças policiais, Wendel e Curtis colhem o seguinte depoimento de um traficante de maconha por *delivery*:

Não gosto do Giuliani, e é uma coisa totalmente diferente ser uma pessoa de cor em Nova Iorque agora; pois sabe-se, com certeza, que vai ter complicação com a polícia, vai ser revistado, e simplesmente é assim que as coisas são. Infelizmente, tenho que tocar meus negócios. Isso significa que tenho que contratar garotos brancos e com a ficha limpa. Quero dizer, gosto de contratar jovens brancos com aparência de estudantes. Sei que é covardia (não contratar pessoas de cor), mas tem-se que ser realista, estamos no negócio para pagar as contas, entende? (WENDEL; CURTIS, 2002, p. 7).

A seletividade na abordagem policial era evidente, pois os policiais agiam baseados apenas na aparência dos suspeitos. Devido ao aumento descomunal de prisões, o Poder Judiciário norte-americano não conseguia julgar os processos com celeridade, tendo de estabelecer limites para julgar e processar as ocorrências. Escancarando a explosão do número de prisões, soma-se a tal cenário a ausência de defensores em número suficiente para atender os presos (SANTOS, 2015).

Os exageros foram tantos que o sindicato de polícia de Nova Iorque passou a estabelecer limites em uma operação padrão, recomendando o máximo de cautela prévia para evitar prisões desnecessárias e ilegais (SANTOS, 2015). Em manifestações posteriores, o próprio William Bratton, um dos aplicadores da tolerância zero, passou a negar sua efetividade e a tecer críticas às prisões abusivas e à truculência policial (YOUNG, 2002).

#### 4. A IMPORTAÇÃO DA TOLERÂNCIA ZERO

Apesar de todas as críticas tecidas à política de tolerância zero, e sem que seus resultados fossem comprovados cientificamente, o discurso de tolerância zero foi vendido aos quatro cantos do planeta e adotado em massa pela quase totalidade dos países do globo, sedentos por segurança. Apesar de suas incorporações peculiares, compraram tal política criminal com fortes tendências autoritárias (YOUNG, 2002). A influência e o uso político do termo tolerância zero foram tão grandes que sua aplicação foi ampliada, englobando condu-

tas não relacionados diretamente à criminalidade. Foi a expressão comumente empregada para controlar comportamentos tidos como destoantes do senso ético dominante.

No Brasil, essa política logo ganhou adeptos, tendo como consequência “uma aplicação ainda mais lesiva de políticas repressivas de controle criminal dos marginalizados” (SANTOS, 2015, p. 99). Apesar de sua não aceitação nos círculos criminológicos do Brasil, a política de tolerância zero foi recepcionada pelo senso comum, uma vez que ornava o discurso punitivista popular de um ar de cientificidade. Os adeptos de tal política baseavam-se nas falácias da referida teoria para justificar o aumento da repressão penal contra os pobres.

Com base nos dados empíricos e sem nenhuma correlação com a teoria apresentada, Lobo e Goncalves (2017) defendem a utilização dos preceitos da referida teoria na realidade brasileira, advogando o recrudescimento das punições a meras incivildades como a embriaguez e a perturbação do sossego alheio. Apregoam que tais condutas devem ser coibidas para evitar crimes graves, como homicídios. O mito da tolerância zero é sedutor, mas não há dado cientificamente verificado que comprove a sua eficácia. Apelar à tolerância zero é explicitar a criminalização dos pobres e as segregações raciais, presentes no contexto norte-americano e brasileiro, como demonstram Batista (2002) e Alexander (2018).

Tais ecos punitivistas também encontram guarida nas formulações de Rubin (2003). Este autor defende a utilização da política de tolerância zero para proteger o cidadão de bem e punir os criminosos. Faz-se necessário rememorar a lição de Zaffaroni, Alagia, Batista e Skolar (2011), que explicam que num Estado de direito não existem categorias verticalizadas de cidadãos: ou se respeitam os direitos fundamentais instituídos na Constituição, ou se aceita a volta ao Estado de Polícia do Antigo Regime, que segregava e punia inimigos aos ditames do rei.

A utilização de chavões da tolerância zero satisfaz o gozo punitivista que permeia as relações sociais e potencializa a estratificação social em inimigos e homens de bem, justificando enquanto dado empírico falacioso a tragédia do sistema penal brasileiro, pois ao partir de uma concepção do criminoso como um monstro social, torturas, execuções sumárias e violações aos mais caros valores de uma democracia são justificados.

A mídia também se apropriou de tal discurso, repetindo exaustivamente seus postulados como “a última e verdadeira novidade, e verdadeira solução para a criminalidade violenta. As manchetes não foram pautadas por dados empíricos que subsidiassem as propostas, nem muito menos por um mínimo de arcabouço teórico que as justificasse” (SANTOS, 2015).

O discurso da tolerância zero foi assimilado pelo senso comum punitivista brasileiro, por jornalistas e políticos populistas, tendo como consequência:

[...] Primeiramente, os danos colaterais causados por uma política que dá ensejo a uma retração do Estado social são ainda maiores no Brasil, onde (ainda) não houve um amadurecimento do *welfare*. Assim, a tolerância zero acabou por aprofundar as desigualdades sociais já existentes, agora reforçadas pela exclusão punitiva. O controle social da multidão de miseráveis passou a ter o auxílio do sistema criminal. Para piorar a situação, esse discurso defendeu uma enorme contradição, ao alegar que a expansão punitiva teria como resultado a proteção dos direitos humanos, convencendo a sociedade de que somente se faria o bem com o aumento da prisionização. (SANTOS, 2015, p. 102).

A tolerância zero na sua tradução brasileira passou a justificar a função do sistema penal como instrumento reprodutor de vingança aos inimigos sociais, além de permitir a expansão da lógica neoliberal de diminuição de gastos com direitos sociais e justificar o consequente aumento das técnicas de controle sobre os miseráveis.

## 5. A APLICAÇÃO MACEIOENSE DA TOLERÂNCIA ZERO

Maceió, a capital do estado de Alagoas, passou por um crescimento vertiginoso nas duas últimas décadas, atingindo o número de 953.393 habitantes no ano de 2012, conforme o perfil municipal traçado pela Secretaria Estadual de Desenvolvimento Econômico (ALAGOAS, 2014). Seu Produto Interno Bruto (PIB) é de R\$ 13.743.390,95, com renda *per capita* de R\$ 14.572,42 (SEPLAG, 2014). Tal dado não faz menção alguma aos índices de distribuição de renda no município, que contrastam com a realidade local, pois milhares de pessoas sobrevivem com o mínimo necessário e habitam em favelas e casas de palafitas construídas em grotas. O índice desenvolvimento humano<sup>6</sup> (IDH) municipal total no ano de 2010 foi calculado em 0,721, sendo considerado médio.

Para além da frieza dos números, são perceptíveis as desigualdades que cercam a capital alagoana. Enquanto uns podem desfrutar de uma qualidade de vida de padrão europeu, outros devem buscar o alimento nas caçambas de lixo ou mendigando restos. Aos que ainda possuem força de trabalho, mas não possuem nenhum capital ou um elevado grau de educação, resta o trabalho braçal, o trabalho doméstico e ambulante como meio lícito para garantir o sustento. Recentemente, um fenômeno ocorrido na cidade chamou atenção: o projeto de reordenação do espaço público, iniciado no ano de 2018, com ares de intolerância ao trabalho ambulante desenvolvido por parcela da população.

O jargão da tolerância zero já foi usado outras vezes no município de Maceió, sempre em campanhas que visavam coibir incivildades durante o carnaval, e até no combate à pandemia da Covid-19 (MACENA; SOUZA, 2020). Contudo, um fenômeno social recorrente na sociedade maceioense acabou por passar despercebido aos jargões e máximas da tolerância zero: a retirada dos vendedores ambulantes das ruas mais movimentadas do polo comercial da cidade.

O Centro da capital alagoana é um local que reúne inúmeras lojas dos mais diversificados artigos, atraindo um grande contingente de consumidores diariamente. Além das lojas que possuem ponto fixo, os vendedores ambulantes ocupam grande parte do espaço, geralmente alojados nas calçadas ou na rua. Mobilizações da Prefeitura de Maceió durante todo o ano de 2018 buscaram retirar os ambulantes das calçadas do centro comercial, sob o fundamento das Leis Municipais nº 3.538/85 e nº 4.479/96, *in verbis*:

LEI Municipal nº 3.538/85

ART.87 – Os vendedores ambulantes de gêneros alimentícios deverão:

I – Ter carrinhos ou bancas de acordo com modelos aprovados pela prefeitura;

6 O IDH é um dado estatístico desenvolvido pelo Programa Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), utilizado para medir a qualidade de vida da população, além dos fatores puramente econômicos. Para maiores informações, ver: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/about-us.html>

II – Velar para que os gêneros que ofereçam não estejam deteriorados nem contaminados e se apresentem em perfeitas condições de higiene;

III – Ter os produtos à venda conservados em recipientes apropriados, para isolá-los de impurezas e de insetos;

IV – Usar vestuário adequado e limpo;

V – Manter-se rigorosamente asseado.

ÚNICO – Ao vendedor ambulante de gêneros alimentícios de ingestão imediata, e proibido tocá-los com as mãos, sobre pena de multa, sendo a proibição extensiva a freguesia.

ART. 88 – A venda ambulante de sorvetes, refrescos, doces, guloseimas, pães e outros gêneros alimentícios de ingestão imediata só será feita em carros, caixas e outros receptáculos fechados, de modo que a mercadoria seja resguardada da poeira, da ação do tempo ou de elementos de qualquer espécie, prejudiciais. As partes das vasilhas destinadas a venda de gêneros alimentícios de ingestão imediata serão justapostas de modo a preservá-los de qualquer contaminação. O acondicionamento de balas, confeitos e biscoitos providos de envoltório será feito em vasilhas abertas. (MACEIÓ, 1985)

LEI 4.479/96, que altera a redação dos art. 113 e 293 da Lei nº 3.538/85

[...]

Art. 293 – Não será permitido o comércio ambulante dos seguintes artigos:

I – drogas, óculos e joias;

II – Armas e munições;

III – fumos, charutos, cigarros ou outros artigos para fumantes, diretamente ao consumidor;

IV – carnes e vísceras, e peixes, diretamente ao consumidor;

V – Os que ofereçam perigos à saúde e a segurança pública. (MACEIÓ, 1996)

A lei municipal nº 3.538/85 foi elaborada com o intuito de proteger a saúde e dotar de níveis de qualidade aceitáveis os produtos do gênero alimentício comercializados na cidade. Contudo, com a posterior alteração feita pela Lei nº 4.479/96, percebe-se um alargamento do controle ao comércio ambulante na cidade, que no momento de sua edição não passou de mera alteração legislativa, sem produzir quaisquer efeitos na cidade, pois os ambulantes continuavam a vender seus produtos nas calçadas do centro econômico do município.

O plano de reordenação do município começou a ser engendrado com base nas referidas leis, conforme se extrai da nota oficial da Secretaria Municipal de Segurança Comunitária e Convívio Social de 25/10/2019:

A Prefeitura de Maceió tem realizado ações para a revitalização do Centro de Maceió. O trabalho conta com o apoio dos comerciantes e lojistas da região. Novas grelhas estão sendo instaladas. Esta semana foi iniciado o processo de arborização. O ordenamento dos ambulantes está sendo realizado com o objetivo de promover acessibilidade e mobilidade urbana, fazendo cumprir a Lei nº 3.538/85, que criou o Código de Posturas, bem como a Lei nº 4.479/96, que proíbe atividade ambulante de qualquer natureza no Centro de Maceió. O trabalho vem sendo realizado de forma preventiva, com a realização de reuniões e abordagens educativas, orientando os ambulantes sobre a proibição de venda no Calçadão e indicando os locais corretos para o comércio dos produtos. Dessa forma, raízes, verduras e frutas são produtos de feira que devem ser comercializados no mercado público. (ALAGOAS 24HORAS, 2019).

Há de se ressaltar que o movimento de ordenamento no Centro da capital alagoana teve início em 5/7/2018, sob o fundamento de que um novo espaço seria disponibilizado aos ambulantes, bem distante do fluxo de consumidores. Os ambulantes começaram a se rebelar e a retornar às áreas anteriormente ocupadas. A prefeitura organizou uma mobilização de guardas municipais para retirar e confiscar os bens dos que resistiam à remoção.

Eis a emblemática fala do então secretário Municipal de Segurança Social e Convívio Social:

Nós vamos tomar todas as medidas legais após esse confronto. Temos as filmagens, vamos identificar cada um e pedir ao Ministério Público e à Polícia Civil as prisões. Para criminosos, depredadores do patrimônio, a tolerância é zero. (G1 AL, 2018b).

Percebe-se a clara referência na fala do então secretário à política de tolerância zero no trato dos ambulantes revoltados com a realocação para um local distante do fluxo de consumidores. Segundo dados obtidos através do Google Maps, a rua do Sol, que é o local de maior fluxo de consumidores do comércio, fica a 1,2 km de distância do Mercado da Produção, local onde os ambulantes foram realocados. Já o local conhecido como rua das Árvores (rua Boa Vista), em que a maior parte dos ambulantes se concentrava, fica a duzentos metros da rua do Sol, e a 1,1 km do local onde os ambulantes foram realocados.

Logo, é evidente a perda de clientela, uma vez que o local habitualmente ocupado fica muito próximo da rua do Sol, que é o local de maior fluxo de pessoas no comércio de Maceió. O novo local fica distante e não possui fluxo de consumidores, que ao se dirigir a outros estabelecimentos, acabavam por consumir os produtos dos ambulantes. Assim, a ideia de organização do espaço do urbano afastando os indesejados se coaduna com os preceitos da teoria das janelas quebradas.

Ademais, a Lei Municipal nº 4.479/96, que alterou o Código de Postura, passou a dispor no art. 293, parágrafo 3º, sobre a vedação do comércio ambulante no Centro de Maceió, *in verbis*: “Nos calçadões do Centro de Maceió não será permitido o comércio ambulante de qualquer natureza” (MACEIÓ, 1996).

Com base nesse episódio, cumpre rememorar Zaffaroni, Batista, Alagia e Skolar (2011) sobre os conceitos de norma penal. Esses autores propõem o conceito de leis penais eventuais para enquadrar normas que a despeito de não terem funções punitivas, são utilizadas para tal pelas agências de controle.

São leis penais eventuais aquelas que habilitam a coerção direta policial, que adquire caráter punitivo quando excede o necessário para neutralizar um perigo iminente ou interromper um processo lesivo em curso. Boa parte delas implica tal risco de eventualidade penal, e o próprio legislador acaba por torná-las manifestamente penais para submetê-las ao controle e aos limites do direito penal. (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SKOLAR, 2003, p. 87).

É o caso das leis municipais nº 3.538/85 e nº 4.479/96, que surgiram para cumprir uma função administrativa, e mesmo em desuso por 22 anos, foram reavivadas para fundamentar um controle penal sobre a atividade ambulante. A despeito de se tratar de ações de controle do solo urbano, a Polícia Militar do Estado de Alagoas age, durante as ações de ordenamento do solo, denotando a característica de leis penais latentes, pois o poder punitivo é quem exerce o controle físico e fomenta possíveis combates entre as forças de estado e os ambulantes.



Há de se ressaltar que a mudança drástica de posição se deu no ano de 2018, com a segunda gestão do então prefeito Rui Palmeira, que buscou organizar as ruas do polo de comércio da cidade. A legislação que fundamenta tais ações parte de uma premissa de perseguição aos ambulantes que aplica a teoria das janelas quebradas no contexto da cidade de Maceió, pois a referida lei concebe a suposta desorganização causada pelos ambulantes como possível fator criminógeno, vindo a proibir o exercício de tal atividade.

Apesar das justificativas de melhoria no trânsito e segurança, a atuação ostensiva e a apreensão dos produtos causam enormes tumultos e pânico moral aos consumidores que frequentam o Centro durante tais fiscalizações, pois os ambulantes saem correndo desesperados, sem ninguém entender o que se passa no momento. Em vez de conter a suposta desordem, as abordagens truculentas empreendidas pela guarda municipal geram maiores tumultos e incômodo aos que frequentam o comércio, conforme reportagem produzida pelo site Gazeta-web, que colhe depoimentos dos ambulantes e consumidores (GAZETAWEB, 2018)<sup>7</sup>.

O real objetivo de tais ordenações acaba por revelar que sua intenção é a criminalização dos pobres que retiram seu sustento do comércio ambulante, atividade tida como ilegal na capital alagoana. Apesar de as fiscalizações ocorrerem em outros pontos da cidade, como na orla marítima, o Centro da cidade é apontado como antro de imoralidade e desorganização, a ser combatido para evitar a ruína moral e o aumento exponencial dos crimes graves. A fala de um dos ambulantes é emblemática para demonstrar os prejuízos com a dita realocação: “Comprei R\$ 550 de mercadoria e só vendi R\$ 30. Não tem gente para comprar. Trabalhei mais de dez anos lá na rua das Árvores, e agora como que a pessoa paga o aluguel de casa vendendo isso?” (G1 AL, 2018c).

O local para o qual os ambulantes foram transferidos fica distante do grande fluxo de consumidores e possui dificuldade de acesso. Tal episódio recorda o desejo do então prefeito nova-iorquino Rudolph Giuliani de retirada dos limpadores de para-brisas da cidade de Nova Iorque, pois estes representariam a decadência moral da cidade (WACQUANT, 2001). Em Maceió, a decadência moral parece ser representada pelos ambulantes que ocupam o Centro.

Para Wacquant (2007, p. 432), a alcunha tolerância zero caracteriza um tipo muito específico de política, “que trata de perseguir, sem esmorecimento ou falhas, as menores infrações cometidas no espaço público”. O permanente assédio policial sobre pobres, apelidado de tolerância zero, foi uma maneira de o senso comum criminológico dotar tal discurso de perseguição de ares de cientificidade. Para Wacquant, não se desvincula do pensamento da classe média burguesa e branca que defende o constante controle sobre os pobres (WACQUANT, 2007).

Em tal sentido, é pertinente citar o pensamento de Fernandes (1965), que ao abordar as consequências da política escravocrata brasileira, definiu que esta buscou criar impasses para o desenvolvimento do negro, seja de forma individual, seja de forma coletiva. Para o autor, não foi a indiferença que manteve o negro no ostracismo, mas um modelo de sociedade que delimitava o caminho social dos negros. Para fugir do destino escravagista, “[...] os destinos de vagabundo, ladrão ou prostituta ofereciam perspectivas comparativamente maiores” (LINCK, 2018, p. 73-74).

7 GAZETAWEB. *Reordenamento do Centro faz aumentar conflitos entre ambulantes e a prefeitura*. Disponível em: <https://www.gazetaweb.com/noticias/maceio/reordenamento-do-centro-faz-aumentar-conflitos-entre-ambulantes-e-a-prefeitura/>. Acesso em: 3 mar. 2021.

Assim, com a precarização do trabalho e poucos postos disponíveis, e com as deficiências do sistema educacional brasileiro, aos pobres restam poucas oportunidades de auferir renda e sobreviver. O trabalho ambulante se apresenta como uma das poucas oportunidades de auferir renda, ainda que de maneira informal, mas o projeto de dominação burguês e escravagista, como abordado por Florestan Fernandes (1965), continua a afetar o desenvolvimento e a criminalizar as potencialidades de libertação individual dos miseráveis.

Mbembe (2018), ao analisar a ocupação colonial, percebe que o controle sobre o espaço é fundamental, pois delimita um novo conjunto de relações sociais que leva “à produção de fronteiras e hierarquias, zonas e enclaves; à subversão dos regimes de propriedades existentes; à classificação das pessoas de acordo com diferentes categorias; à extração de recursos; e, finalmente, à produção de uma ampla reserva de imaginários culturais” (MBEMBE, 2018, p. 39).

A produção de tal imaginário implica a construção de uma ideia de categorização de pessoas, que induz a construção de locais para os diferentes tipos de pessoas. A depender de sua proximidade ou não com o poder, tal atitude gera uma violência no exercício da soberania, pois o soberano beneficia os mais próximos de si (MBEMBE, 2018). Constrói-se uma margem que abarca todos os que não se encontram próximos ao soberano, através de estigmas de classe e raça, o que fundamenta a verticalização da sociedade e os espaços que cada sujeito pode ocupar. Desse modo, o poder colonial consegue delimitar as potencialidades de cada sujeito, inclusive de maneira espacial, ordenando que os marginalizados sejam expulsos do centro e postos à margem, para sofrer violências.

Desta maneira, vislumbram-se confluências entre os argumentos de ocupação do espaço e a marginalização social, uma vez que o espaço é delimitado pelo soberano em favor de seus pares, e os demais devem cair na invisibilidade e sofrer violências. Mesmo que invocando argumentos de organização do espaço da cidade e melhorias na ocupação do solo, o projeto de estigmatização e de invisibilidade das classes populares continua em voga em Alagoas, a reafirmar que o controle dessas pessoas está nas mãos do poder soberano. Através da necropolítica, que atua como projeto de estado no Brasil, os corpos pobres e negros são perseguidos não só pelo sistema penal, mas por toda e qualquer forma de controle à disposição (FLAUZINA, 2006).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importação de discursos como o da tolerância zero e da teoria das janelas quebradas não ocorre ao acaso; apresenta mais uma demonstração de busca por alguma racionalidade, ainda que frágil empiricamente, que conquiste o senso comum para exercer o controle social dos miseráveis no Brasil. Esses discursos são aglutinados por um senso comum criminológico que busca encontrar o inimigo da vez para mazelas sociais, geralmente apresentando uma suposta decadência dos costumes da sociedade e que, de maneira consciente, sempre recai sobre os pobres e negros, já que são estes que representam o inimigo no imaginário brasileiro.

Em Maceió, o discurso da tolerância zero foi incorporado através da Lei Municipal nº 4.479/96, que proibiu o comércio ambulante nas ruas do Centro, que após passar 22 anos no ostracismo, foi reabilitada para justificar a retirada dos ambulantes das ruas mais movimentadas da capital, forçando-os a se deslocar para um local ermo, de difícil acesso, o que praticamente inviabiliza a venda de seus produtos.

Além de denotar que os comerciantes representam desordem e devem ser expelidos do principal centro comercial da capital, usa-se de truculência na atuação dos agentes da guarda municipal durante a retirada dos ambulantes, não proporcionando uma alternativa que viabilize a rentabilidade anterior, proporcionando violações ao patrimônio e à integridade física desses ambulantes, como visto nos relatos transcritos.

Desse modo, o projeto de criminalização e exclusão social dos pobres ganha novos contornos em Maceió, incorporando estrangeirismos, algo típico do provincianismo que nos caracteriza, demarcando os corpos e delimitando os espaços de segregação.

## REFERÊNCIAS

- ALAGOAS. *Perfil Municipal*: ano 2014, n. 2 (2014). Maceió: Secretaria de Estado do Planejamento e do Desenvolvimento Econômico, 2014. Disponível em: <https://dados.al.gov.br/catalogo/dataset/perfil-municipal-2014/resource/209bf570-214b-42bb-9724-6f86ef4be4fe>. Acesso em: 12 maio 2021.
- ALAGOAS 24HORAS. *Em protesto, ambulantes fecham rua do comércio em Maceió*. Maceió, 25 out. 2019. Disponível em: <https://www.alagoas24horas.com.br/1254175/video-em-protesto-ambulantes-fecham-rua-do-comercio-em-maceio/>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- ALEXANDER, M. *A nova segregação racial: racismo e encarceramento em massa*. Tradução de Pedro Davoglio. Boitempo: São Paulo, 2018.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Neoliberalismo: desmonte do estado social*. Porto Alegre: Libretos, 2018.
- BATISTA, V. M. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed.. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FERNANDES, F. *A integração do negro na sociedade de classes: volume I*. São Paulo: Dominus, 1965.
- FLAUZINA, A. L. P. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro*. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- G1 AL. *Ambulantes protestam na orla de Maceió contra apreensão de material de trabalho*. Maceió, 21 set. 2018a. Disponível em: <https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2018/09/21/ambulantes-protestam-na-orla-de-maceio-contra-apreensao-de-material-de-trabalho.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- G1 AL. *Em confronto no Centro de Maceió, ambulantes atiram alimentos contra guardas municipais*. Maceió, 18 jul. 2018b. Disponível em: <https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2018/07/18/em-protesto-no-centro-de-maceio-ambulantes-atiram-alimentos-contra-guardas-municipais.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- G1 AL. *Feirantes transferidos do Centro para a Levada, em Maceió, relatam queda nas vendas e prejuízos*. Maceió, 17 jul. 2018c. Disponível em: <https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/feirantes-transferidos-do-centro-para-a-levada-em-maceio-relatam-queda-nas-vendas-e-prejuizos.ghtml>. Acesso em: 23 mar. 2021.

- GAZETAWEB. *Reordenamento do Centro faz aumentar conflitos entre ambulantes e a prefeitura*. Maceió, 14 dez. 2018. Disponível em: <https://www.gazetaweb.com/noticias/maceio/reordenamento-do-centro-faz-aumentar-conflitos-entre-ambulantes-e-a-prefeitura/>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- KELLING, G; WILSON, J. Q. *Broken Windows: the police and neighborhood safety*. 1982. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>. Acesso em: 17 mar. 2021.
- LOBO, G. S.; GONÇALVES, M. P. *Teoria Das Janelas Quebradas e sua aplicabilidade no Brasil atual*. 2017. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/27ixgmd9/bidi1190/Fk8f728MpUny2u41.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.
- LINCK, J. A. G. *Holocausto Urbano: estudos de criminologia e rap*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MACEIÓ. *Lei nº 3.538, de 23 de dezembro de 1985*. Código de posturas. Maceió, AL, 1985. Disponível em: <http://www.maceio.al.gov.br/wp-content/uploads/admin/documento/2013/11/Lei-Municipal-3.538-de-23-de-dezembro-de-1985-C%C3%93DIGO-DE-POSTURAS-DO-MUNIC%C3%8DPIO-DE-MACEI%C3%93.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- MACEIÓ. *Lei nº 4.479, de 15 de fevereiro de 1996*. Lei que altera o Código de Postura da cidade de Maceió. Maceió, AL, 1996. Disponível em: <https://www.maceio.al.leg.br/documentos/docs/doc.php?filepath=leis&id=4543>. Acesso em: 23 mar. 2021.
- MURRAY, C. *Losing ground: american social policy (1950-1980)*. New York: Basic books, 1984.
- MURRAY, C. The Emerging British underclass. In: LISTER, Ruth (ed.). *Charles Murray and the underclass: the developing debate*. London: IEA Health and welfare unit, 1996.
- MURRAY, C.; HERNNSTEIN, R. *The Bell Curve: intelligence and class Structure in american life*. New York: Free Press, 1994.
- MACENA, L.; SOUZA, J. V. Secretários municipais de saúde divergem sobre lockdown em Alagoas. *TNH1*, Maceió-AL, 19 maio 2020. Disponível em: <https://www.tnh1.com.br/noticia/nid/secretarios-municipais-de-saude-divergem-sobre-o-lockdown-em-alagoas/>. Acesso em: 24 mar. 2021.
- MBEMBE, A. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. Tradução de Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2018.
- RUBIN, D. S. *Janelas Quebradas, tolerância zero e criminalidade*. 2003. Disponível em: <http://www.fabianotomazi.com.br/Imagens/JANELAS%20QUEBRADAS.pdf>. Acesso em: 18 maio 2020.
- SANTOS, H. L. R. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- SHECAIRA, S. S. Tolerância Zero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 77, p. 165-176, 2009.
- SUTHERLAND, E. H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- WACQUANT, L. *As Prisões da Miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- WACQUANT, L. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- WENDEL, T.; CURTIS, R. Tolerância zero: a má interpretação dos resultados. *Horizontes antropológicos*, Porto Alegre, v. 8, n. 18, p. 267-278, dez. 2002.
- YOUNG, J. A. *sociedade excludente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- ZAFFARONI, E. R. *A Questão Criminal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; SKOLAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; BATISTA, N.; SLOKAR, A. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 14/06/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 26/06/2021

- Avaliação 1: 02/07/2021
- Avaliação 2: 12/07/2021
- Decisão editorial preliminar: 20/07/2021
- Retorno rodada de correções: 11/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 22/08/2021

**Equipe editorial envolvida**

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

# LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ELECTORALES DURANTE LAS ELECCIONES COMO MEDIO PARA GENERAL CULTURA DE PAZ EN LOS CIUDADANOS: ELECCIONES 2021 EN MÉXICO

A SOLUÇÃO DE CONFLITOS ELEITORAIS DURANTE AS ELEIÇÕES COMO MEIO DA CULTURA GERAL DE PAZ DOS CIDADÃOS: ELEIÇÕES DE 2021 NO MÉXICO

JÉSSICA MARISOL VERA CARRERA<sup>1</sup>  
MARÍA GABRIELA ZAPATA MORÁN<sup>2</sup>

## RESUMEN

En el año 2021 se llevaron a cabo las elecciones de medio término en México, los conflictos electorales son el día al día del proceso democrático. Los métodos alternos de solución de conflictos y su implementación parecen de imposible aplicación ante la ausencia de información a la sociedad sobre su importancia. A través de la mediación y de la aplicación del principio de legalidad se puede llegar al acceso de la justicia electoral. En una primera fase este escrito explica en qué consisten los Medios de solución de conflictos y su papel en la creación de una cultura de Paz. Mediante una recopilación de literatura y documentos se exponen conceptos y definiciones donde se encontró que, como un principio democrático, la ausencia o carencia de una cultura de paz en los procesos electorales genera aumento y reincidencia en las acciones delictuosas durante el periodo de elecciones.

**Palabras clave:** cultura de paz; mediación electoral; conflictos electorales.

## RESUMO

*Em 2021, as eleições de meio de mandato foram realizadas no México, os conflitos eleitorais são o dia a dia do processo democrático. Métodos alternativos de resolução de conflitos e sua implementação parecem impossíveis de aplicar na ausência de informação à sociedade sobre sua importância. Por meio da mediação e da*

- 1 Doctora por la Universidad Autónoma de Nuevo León, Doctorado en Filosofía con Acentuación en Ciencias Políticas, Profesora investigadora de la UANL. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7229-5205>. Correo de contacto: [jessica.vera@gmail.com](mailto:jessica.vera@gmail.com)
- 2 Doctora en Relaciones Internacionales, Negocios y Diplomacia; Miembro de la Red de Expertos en Paradiplomacia; Profesora e investigadora de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-4386-084X>. Correo de contacto: [gabrielazapmor15@gmail.com](mailto:gabrielazapmor15@gmail.com)

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

CARRERA, Jéssica Marisol Vera; MORÁN, María Gabriela Zapata. La solución de conflictos electorales durante las elecciones como medio para general cultura de paz en los ciudadanos: elecciones 2021 en México. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 341-354, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8670>.



*aplicação do princípio da legalidade, o acesso à justiça eleitoral pode ser alcançado. Em uma primeira fase, este escrito explica em que consistem os meios de resolução de conflitos e seu papel na criação de uma cultura de paz. Através de uma compilação de literatura e documentos, expõem-se conceitos e definições onde se constatou que, como princípio democrático, a ausência ou inexistência de uma cultura de paz nos processos eleitorais gera um aumento e reincidência nas ações penais durante o período eleitoral.*

**Palavras-chave:** cultura de paz; mediação eleitoral; conflitos eleitorais.

## 1. INTRODUCCIÓN

La solución de los conflictos toma importancia en todos los ámbitos de la esfera del ciudadano, debemos tomar en cuenta que la participación ciudadana en materia electoral va más allá de votar y ser votado, se engloban en ella todas aquellas actividades alrededor de un proceso electoral en el cual los ciudadanos pueden tomar parte, es resultado de la ciudadanización del Instituto Nacional Electoral que se ha venido desarrollando desde hace ya varios años, entre otras, participar como funcionario de las mesas directivas de casilla, el ser capacitador electoral, representante de partido en la casilla, observador electoral, e incluso el ser Consejera o Consejero Electoral Distrital o Local.

Toman vital importancia las figuras de Capacitador Electoral y de los Consejeros Electorales contempla connotaciones de participación ciudadana, toda vez que cualquier ciudadano que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley, puede libremente mediante convocatoria participar en los procesos de selección y designación, una vez siendo seleccionado podrá participar activamente en todos los actos concernientes al Proceso Electoral, dando una representación a la ciudadanía en el actuar diario del Instituto Nacional Electoral por medio de los Distritos correspondientes.

Las actividades del Capacitador Electoral trascienden, mediante las propias habilidades y competencias con las cuales pueden resolver los conflictos cotidianos que se presentan durante su función, entre otras cosas convencer a los ciudadanos sorteados para ser seleccionados funcionarios de casilla, capacitarlos, escucharlos, acompañarlos e incluso supervisar sus funciones, lo cual conlleva una gran complejidad debido a la gran diversidad de los ciudadanos.

Por la parte del Consejo Distrital o Local del INE, cabe señalar que las resoluciones del Consejo se efectuarán por mayoría de votos, siguiendo lo establecido en la normativa electoral, sin embargo, se elimina el voto de calidad del presidente establecido en la legislación anterior a la reforma, con lo cual se considera se promueve la ciudadanización y se fomenta el dialogo para las decisiones del consejo, al hacer que el voto de todos los miembros del consejo con derecho tengan la misma ponderación.

Una de las atribuciones de las y los consejeros locales y distritales es la de supervisar las actividades de las Juntas Locales y Distritales durante todo el proceso electoral, principalmente en el área de capacitación, ya que una correcta planeación de selección de capacitadores, de transparencia de los sorteos de insaculación, de notificación, de capacitación y de realización de simulacros, tendrá como resultado que los ciudadanos se sientan coparticipes de la construcción de una democracia efectiva.

Las y los Consejeros, además de supervisar, se configura también en ser la voz de la ciudadanía, ya que durante las sesiones del Consejo se hace saber a los representantes de partidos políticos de las actividades de supervisión y verificación que efectúan, para que, de ser necesario, en cualquier actividad en la que no se cumplan los procedimientos establecidos, se puedan tomar medidas correctivas en tiempo y forma. El consejero electoral realiza verificaciones documentales y de campo para apoyar los argumentos de lo presentado en las sesiones del consejo.

Es en el capacitador electoral en quien recae el convencimiento y la generación de aceptación de la función encomendada de los ciudadanos sorteados; y es en los consejos electorales en cada distrito donde se realiza la actividad base de la democracia, donde en la misma mesa, se encuentran las autoridades del Instituto, los representantes de los partidos políticos, y los ciudadanos en su categoría de Consejeros para principalmente cuidar en primera instancia se realice un proceso transparente e igualitario para todos los partidos políticos, y principalmente para que se respete la decisión del voto de los ciudadanos, para transparentar los procesos y dar legitimidad a los resultados.

También sumándose a esta labor, en el Consejo Local desde la verificación de la realización de las funciones de las y los Consejeros del Consejo Local Electoral en el Estado, y de la calidad de las acciones que se realiza se coadyuva en el otorgamiento de certeza respecto a las actividades realizadas conforme a la normativa establecida.

Se considera que el impacto de la realización de las funciones de los Consejeros Electorales, tanto Distritales como Locales, se coadyuva la construcción de a democracia, además de ser un agente supervisor y participativo, que fortalece a la transparencia y legitimización de las actividades inherentes al Proceso Electoral y contribuyen a cumplimentar los principios rectores del mismo Instituto: certeza; legalidad; independencia, imparcialidad y objetividad; con lo cual se promueve una democracia participativa, y el fomento de la generación de una cultura de paz y participación ciudadana en el Estado.

## 2. CONTEXTO ELECTORAL EN MÉXICO

En materia electoral existe diversa legislación que fomenta el dialogo y la interacción de los actores durante el proceso electoral, a saber: Ley General de Instituciones y procedimientos Políticos; Ley General de Partidos Políticos; Ley General en materia de delitos electorales, y Ley General del Sistema de medios de impugnación en materia electoral; En lo específico, la Ley de Partidos Políticos en su artículo 48 permite el establecimiento de un sistema de justicia interna de los partidos políticos, el cual es representado en una sola instancia de resolución de conflictos resolverá de manera pronta, expedita y con plazos delimitados; además establece en su artículo 5 párrafo 2, lo siguiente: "La interpretación sobre la resolución de conflictos de asuntos internos de los partidos políticos deberá tomar en cuenta el carácter de entidad de interés público de estos como organización de ciudadanos, así como su libertad de decisión interna, el derecho a la auto organización de los mismos, y el ejercicio de los derechos de sus afiliados o militantes".

Desde el Plan Nacional de Desarrollo se incluyen acciones tendientes a fortalecer al Estado y garantizar la paz, establece la importancia de contribuir a la gobernabilidad democrática mediante el establecimiento de estrategias de prevención y solución de conflictos entre los ciudadanos y los partidos políticos, para contribuir en conjunto a garantizar la relación de responsabilidad entre todas las partes intervinientes de un conflicto. Propone orientarse hacia un enfoque de gobierno que permita una mayor transparencia y eficacia en la solución de los conflictos.

### 3. LOS PROCESOS ELECTORALES Y EL CONFLICTO

Desde el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece que: “Las leyes prevén mecanismos alternativos de solución de controversias...”<sup>3</sup>; y es así que con la inclusión de los Mecanismos alternativos de solución de controversias en la Constitución Política se fomenta la aplicación de los mismos, fomentando el dialogo y la voluntariedad de las partes en la búsqueda de la resolución de conflictos.

No se puede hablar de procesos electorales sin referirse al conflicto, dada la importancia de los resultados para todas las partes involucradas, sea el propio Instituto, los partidos políticos, candidatos independientes, capacitadores, Consejeros Electorales, Organismos Públicos Electorales y la propia ciudadanía, es por esto, que se considera que al incluir elementos de resolución de conflictos de manera establecida, organizada, secuencial y formal, se aportan y redefinen elementos en los que debe encontrar sustento la legalidad, la certeza y la seguridad jurídica del propio proceso electoral.

Normalmente al hablar de conflictos en el derecho electoral la teoría se circunscribe a la resolución de conflictos electorales como el medio de apelación que permite impugnar o no las acciones, resultado del proceso electoral, si bien, es cierto que todo el proceso electoral encuentra, requiere como presupuesto el cumplimiento de acciones tendientes a la consecución de los fines de la materia electoral y del propio Instituto Nacional Electoral, que son, certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, también se debe considerar que durante el desarrollo del proceso surgen elementos de conflicto que se pueden resolver de manera voluntaria, pronta y eficaz, siguiendo el objetivo de transparencia y rendición de cuentas, lo cual se convierte en una verdadera obligación desde el punto de vista jurídico y democrático, al permitir que los involucrados durante cualquier momento del proceso propicien el diálogo y la resolución de conflictos de manera puntual.

Se considera que con el desarrollo de competencias y habilidades de los Métodos Alternos de Solución de Controversias se contribuirá a la disminución de los conflictos durante el proceso electoral, esto es porque al inculcar y difundir tanto a los Consejeros Electorales como a los Capacitadores Electorales las herramientas que proporciona el estudio de los MASC, éstos adquirirán habilidades socioemocionales que potencializarán el dialogo y la resolución de conflictos durante el proceso electoral.

En este sentido el objetivo del presente artículo es demostrar que mediante Desarrollo de Competencias en Resolución de Conflictos en los Capacitadores Electorales del Instituto Nacional Electoral como medio para resolver conflictos electorales se coadyuva en generar Cultura de Paz desde el ámbito ciudadano–electoral.

#### 4. LAS ELECCIONES 2021 EN MÉXICO

Dentro del desarrollo en los procesos electorales en las democracias modernas, se presenta una larga historia en donde se ha ido reconstruyendo poco a poco las condiciones restrictivas y restrictivas. Esta construcción de los procesos electorales no ha sido sin que se presente los conflictos y se debieron de eliminar en su mayoría los obstáculos que para la ciudadanía obtenga la confianza en las votaciones y las consecuencias de esta. En México los hechos no se presentaron durante el inicio de manera muy diferente, sin embargo, la notable presencia del aparato estatal hizo que las elecciones no pudieran tomarse como fidedignas hasta finalizar el siglo XX. A pesar de lo avanzado, aun se presentan distintas dificultades.

Durante la jornada electoral, los conflictos se crean de las maniobras para denegar a ciertas personas o grupos su derecho a votar o el uso de las distintas maneras de manipulación de los electores y las autoridades electorales. En la destrucción o robo de las urnas o inclusive los ataques físicos que se presentan hacia grupos o personas también está dentro del panorama de los conflictos. Se debe de tener en consideración que en diversas ocasiones los mecanismos de elección que se puedan crearse llegan a propiciar la aparición de manifestaciones de manipulación o de violencia.

Durante el periodo del mes de marzo, fue un aumento en los casos de violencia política-electoral “marginal” a comparación del mes de febrero con un total de 29 víctimas y 27 casos. No obstante, se logra identificar la tendencia en aumento en el número de casos en los eventos, esta información es de acuerdo a Latina Intelligence, plataforma digital que lleva las estadísticas sobre los datos de violencia, conflictividad social, y crimen organizado en el país. (INFOBAE, 2021).

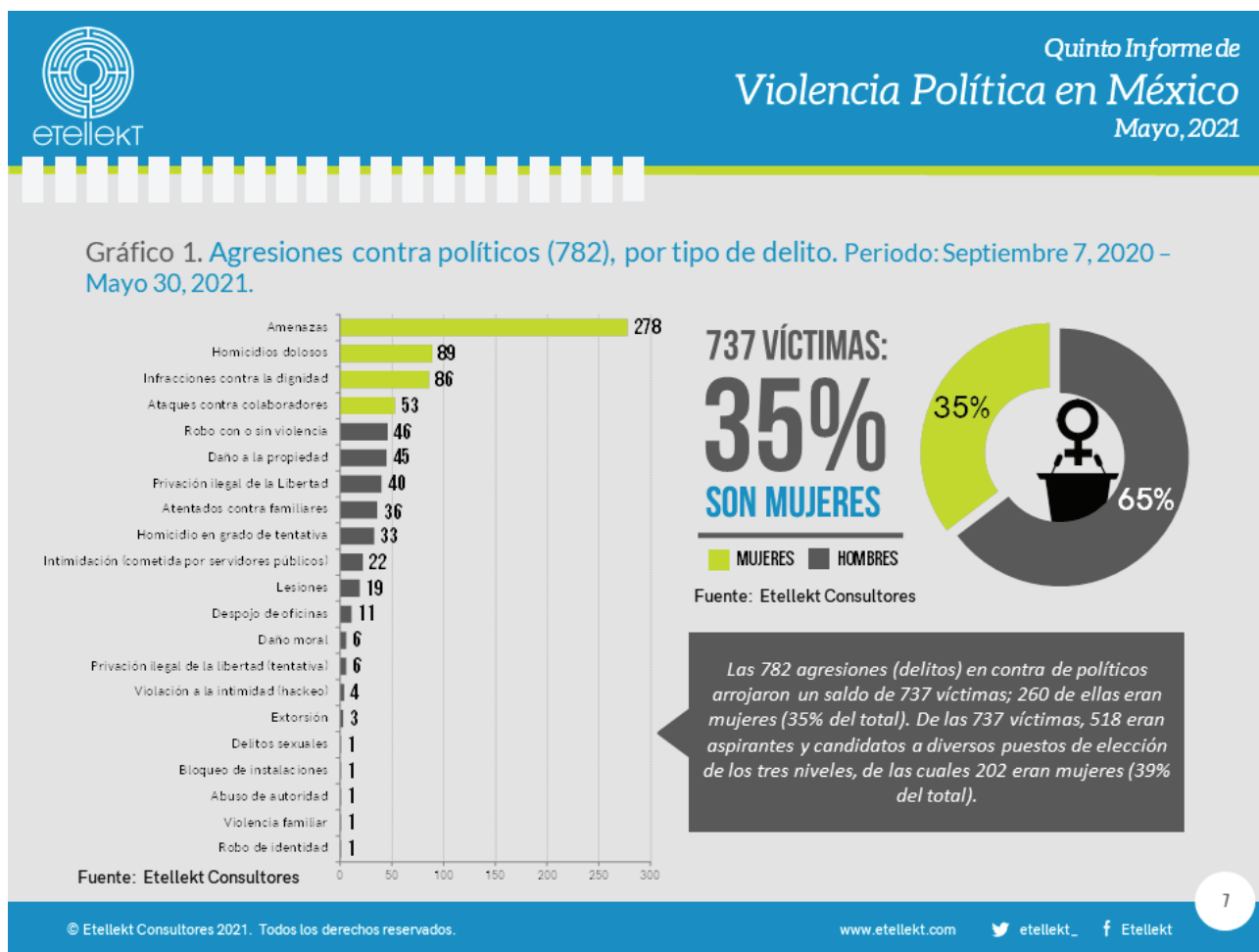
Inclusive, los datos proporcionados del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), muestran que al menos un millón de pequeños y medianos negocios en el país han cerrado de manera definitiva a consecuencia de la COVID-19. El sector aporta el 90% de los empleos del país. Dentro de los resultados de las elecciones, en donde también se renovará la Cámara de Diputados, estarán conectadas con las inversiones al país, así mismo como el apoyo que darán a los proyectos de infraestructura del Gobierno para con ellos poder impulsar la economía (COTA, 2021).

De acuerdo al estudio realizado por Etellekt (2021), se sumaron un total de 782 agresiones globales contra políticos y candidatos, superando la cifra del 2018 que fue de 774 agresiones reportados. Por otro lado han sido asesinados 89 políticos de los cuales 35 eran aspirantes y candidatos de los cuales 14 eran mujeres.

En el estudio se describe que los principales blancos de la violencia política fueron los candidatos opositores a los gobiernos de los estados, indicando que el 75% de los políticos asesinados eran opositores de sus gobiernos.

De los 782 agresiones registrados 117 se cometieron contra aspirantes, candidatos y políticos veracruzanos. De las 89 personas asesinadas mencionadas anteriormente 16 desarrollaban la actividad política en Veracruz, haciendo de esta entidad el epicentro de la violencia política del país. En la siguiente figura se muestran las agresiones hechas hacia políticos y el tipo de delito.

Figura 1 - Agresiones contra políticos por tipo de delito



Fuente: Etellekt (2021)

De acuerdo a los datos mencionados anteriormente, estas han sido las elecciones mas violentas en Mñexico desde el 2000. Por lo que buscar la justicia electoral, e incentivar la cultura de paz como herramienta de la mediación electoral parece de carácter urgente al faltar aun menos para las elecciones presidenciables del 2024.

## 5. DE LA JUSTICIA ELECTORAL

En México, la justicia electoral detona una problemática que abarca una gran parte de las discusiones políticas en nuestro país, desde el periodo independiente, a la actualidad del día de hoy a propósito de la reciente reforma electoral constitucional. (ARREOLA AYALA, 2008)

Además, la pandemia en el ámbito institucional tuvo un impacto directo en el proceso y la manera en que se actúan en las instancias para proceder ante cualquier procedimiento, aunque las personas servidoras públicas no tuvieron un periodo de descanso durante la pandemia, se buscaron las formas de poder interactuar sin peligro para los y las ciudadanas, obligando a las autoridades a habilitar todos los posibles canales para que ningún organismo dejara de cumplir sus funciones.

El conflicto, es un componente frecuente en un procedimiento comicial: organizada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y el Instituto Federal Electoral, la lucha, el fenómeno social por el poder, en este sentido, los distintos partidos políticos con los intereses desarrollados, implica un frecuente choque en las fuerzas diferentes durante la creación del procedimiento electoral, que emplea una conflictiva social y recurrentemente se desarrolla ante los órganos enfocados en la administración, calificación y organización de las elecciones, demandando una solución que acceda a contribuir la estabilidad y el equilibrio social, así mismo como en la vigencia del Estado democrático de derecho, para el acabado desarrollo de los comicios, la admisión de los resultados y la renovación periódica de los órganos públicos.

La Justicia Electoral, hace referencia a los diversos medios jurídico-técnicos de impugnación o control de los procedimientos electorales y los actos, ya que se substancien ante un órgano de naturaleza administrativa, política o jurisdiccional, para poder avalar la estabilidad de las elecciones y que las mismas se adapten al derecho, corrigiendo eventualmente las infracciones o errores a la normatividad electoral. El objetivo principal de este concepto de justicia electoral ha sido la protección tutela o autentica eficaz del derecho a ser elegido para poder ocupar un cargo público, bajo las garantías a los participantes (candidatos, ciudadanos y los partidos políticos) a efecto de prevenir que pueda quebrantarse en su daño a la voluntad popular, certeza, autenticidad, colaborando a reforzar la legalidad, imparcialidad, objetividad, y transparencia y en general, justicia en los procedimientos y actos electorales. (OROZCO HENRÍQUEZ, 1997)

Al regreso en este año de las prácticas de fraude en su peor estilo, el aumento del abstencionismo, el descredito en las autoridades electorales, hace que los comicios dejen de ser equitativos y libres. No obstante, lo malo es que se descuide el reconocimiento social de ser el más valioso recurso de la paz pública. (OROZCO HENRÍQUEZ, 1997)

Para finalizar, la justicia electoral se procura dar certeza a la contienda electoral, para que con ello la ciudadanía llegue a tener confianza a los órganos del gobierno integrados por las personas que sea electas popularmente, son enfocados por quienes van a manifestar los votantes.



## 6. DE LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS ELECCIONES

En consecuencia, es necesario determinar cuáles son las vías dispuestas en la Ley para dirimir las disconformidades que los interesados –candidatos, electores, organizaciones políticas tengan frente a los actos del Poder Electoral, especialmente los relacionados con resultados de procesos comiciales, y determinar, también, en qué medida puede mejorarse la eficiencia de esas vías de modo que, como se dijo, los conflictos sean resueltos dentro del Estado de Derecho y las partes vean restablecidos sus intereses jurídicos lesionados. Dada la naturaleza administrativa de los órganos del Poder Electoral y del proceso electoral en sí mismo, los conflictos o discrepancias con los actos y actuaciones verificadas en procesos comiciales, tienen como cauce natural el de los recursos administrativos electorales y demandas contencioso-electorales.

La “nueva normalidad”, con la que atravesó el año 2021 las elecciones más enormes en la historia en donde la democracia mexicana, ya que, sumando a la elección intermedia para la renovación de la Cámara de Diputados Federales, se llevaron a cabo los comicios concurrentes en los 32 estados de México. (MARTINEZ, 2020)

Por ello, el Instituto Nacional Electoral (INE) y los Órganos Públicos Electorales Locales (OPLES), contarán con un desafío para articular y combinar las actividades para que las distintas fases del desarrollo electoral para que se realizara de manera segura a fin de evitar nuevos contagios por COVID-19. Este reto grande enfrenta una prueba para evaluar las capacidades institucionales y su resiliencia ante esta adversidad de manera externa e interna. Inclusive, también será como un examen para poder medir la resistencia y el estado de la democracia en México, que medirá si los esfuerzos que se realizaron en los últimos años han orientado a un Estado más justo e igualitario. (MARTINEZ, 2020)

En este sentido la mediación en los conflictos electorales acodó que estas estructuras, internamente, corresponden a avalar la democracia, la rendición de cuentas y la alternabilidad; pero sobre todo, que su objetividad es el refuerzo del poder ciudadano y sus formas de expresión.

## 7. LOS CAPACITADORES ELECTORALES

La participación pública es la piedra angular de la democracia en cualquier país y debe ser visto no como un privilegio sino como un derecho constitucional (MAPHAZI; RAGA; TAYLOR; MAYEKISO, 2013). La participación pública es un proceso inclusivo que va más allá de la mera representación. La participación pública permite a la comunidad miembros para tener control sobre los asuntos públicos de su comunidad y permite ellos para resolver las disputas y conflictos que puedan surgir en su comunidad.

La participación pública se puede definir como un proceso mediante el cual los miembros de la comunidad tienen la oportunidad de que las instituciones gubernamentales escuchen sus voces que están destinados a representar sus necesidades (MOFOLO, 2016).

En sentido de profesionalizar la mediación, tiene como resultado un proceso de no comunicación, sino de una transformación práctica, científica y dogmática, que en grupo formen las nuevas reglas para con ellas se comprenda que la mediación tiene un fin, una normatividad y un cumulo de hechos victos como tres pilares fundamentales. (PALACIOS-XOCHIPA, 2020).

El domingo 6 de junio de 2021 casi 95 millones de mexicanos y mexicanas, tuvieron la ocasión de ejercer su derecho a votar para poder elegir los gobernantes y representantes en los ámbitos locales y federales. Esto fue posible por la intervención de 14 millones de ciudadanos que resultan sorteados deberán ser capacitados y visitados para elegir entre ellas y ellos a 1.4 millones de personas que participarán en la Jornada Electoral, contando, admitiendo y registrando los votos. (REDACCION INE, 2021)

Dentro de las primordiales tareas de los y las CAE son de sensibilizar, capacitar, notificar y visitar a la ciudadanía sorteada para que sea participe en la integración de las mesas directivas de casilla. Después se entregarán los nombramientos a las personas que resulten designadas, para poder capacitarlas de una manera específica en las funciones que se realizaron durante la Jornada Electoral. (REDACCION INE, 2021)

Por otro lado, los y las SE, conllevan dentro de sus actividades el motivar, coordinar y apoyar a los y las CAE para motivarlos para la participación de los y las ciudadanas y con ello poder asistir en el día de la elección y realizar debidamente las tareas que les corresponde. (REDACCION INE, 2021)

El INE, es exclusivamente la única institución que puede acreditar mediante un nombramiento firmado por el Presidente del Consejo Distrital, al ciudadano que fungirá como funcionarios de casillas.

## **8. ACTIVIDADES DE UN SUPERVISOR ELECTORAL (SE)**

- Participar en las actividades de asistencia electoral que le sean indicados. Las demás que se dispongan la legislación aplicable.
- Ayudar en la distribución de los listados de integración y ubicación de las casillas los capacitadores electorales para su asentamiento en los edificios públicos y los lugares que son más concurridos, en apoyo a las juntas distritales ejecutivas del INE.
- Colaborar en el almacenamiento y recepción de los materiales y la documentación electoral que reciben los organismos competentes del letam.
- Cooperar e integrar los capacitadores asistentes electorales bajo su responsabilidad
- Supervisar a los capacitadores electorales en sus responsabilidades a la hora marcada en las casillas determinadas para la recopilación de la información en el Sistema de Información sobre el desarrollo de la Jornada Electoral (SIJE) que podrán mandar al capacitador electoral del INE correspondiente. (ÁLVAREZ, 2021)

## 9. ACTIVIDADES DE UN CAPACITADOR ASISTENTE ELECTORAL (CAE)

- Ayudar regularmente en los domicilios de las casillas asignadas, en donde se recolectará la información del SIJE para permitir al capacitador electoral del INE correspondiente.
- Apoyar en la vigilancia de los incidentes cuando sea requerido por el INE a través de la autoridad del letam.
- Apoyar en la colocación de las publicaciones en cuanto a los listados y las ubicaciones e integraciones de las mesas directivas en las casillas de los edificios públicos y lugares mas frecuentes del distrito local.
- Auxiliar a los capacitadores del INE en cuanto a la entrega de los documentos y los materiales electorales de las elecciones locales.
- Las demás que disponga la legislación aplicable.
- Contribuir en la admisión, almacenamiento y clasificación de la documentación y los materiales electorales que acepten los órganos competentes del letam.
- Cooperar en el agrupamiento, conteo y sellado de las boletas electorales, así como en su integración y preparación de los materiales y documentos electorales de las elecciones locales.
- Participar en las actividades de asistencia electoral que le sean indicadas. (ÁLVA-REZ, 2021)

En la creación del “Protocolo de Atención Sanitaria y Protección a la Salud, para Operación de las Casillas el Día de la Jornada Electoral 2019-2020” por parte del Instituto Nacional Electoral, el cual ha ayudado de manera eficiente a los procesos electorales y las medidas de seguridad sanitaria recientes entre Coahuila y Hidalgo. Sumado a esto, los conflictos naturales derivados de tiempo electorales, la reciente elección de Coahuila ha sido la más cara en su historia, teniendo un presupuesto de 221 millones de pesos para el gasto ordinario del Instituto Electoral de Coahuila y 168 millones de pesos para los partidos políticos. (MERCADO RAMIREZ, 2020).

Con el propósito de velar por el cumplimiento de sanidad y electoral, el Protocolo además especifica distintas responsabilidades a los funcionarios de casillas, algunas de las relevantes. (MERCADO RAMIREZ, 2020).

Este escenario en donde el proceso electoral se desarrolla nuevamente como un ejercicio de democracia, pluralismo y voluntades. El proceso electoral deberá seleccionar un modelo de esfuerzos constantes por parte de las autoridades electorales por reforzar la democracia.

La mediación electoral es, por tanto, un mecanismo para abordar las disputas relacionadas con las elecciones durante el ciclo electoral. Con base en esto, afirmamos que, contrariamente a la práctica convencional, la mediación de conflictos electorales no es competencia exclusiva de los partidos políticos u órganos reguladores, sino que también debe involucrar a la sociedad civil en general.

Debe ser un esfuerzo de colaboración entre los órganos de gestión electoral, los partidos políticos y todas las demás partes interesadas con las habilidades para contribuir a la mitigación del conflicto.

## **10. DE LA GENERACIÓN DE LA CULTURA DE PAZ EN LOS CIUDADANOS**

A pesar de la debilidad en el entusiasmo del proceso de la paz a finales de los años noventa, en donde existían iniciativas por parte del sector privado con relación a la paz ha durado. Diferentes empresas, no solo las más grandes llegan a analizar los esfuerzos a través de sus fundaciones o de los diferentes programas que están dirigidos a luchar contra la pobreza, la separación social, la fragilidad institucional y la inequidad.

Sin embargo esto también es importante para las organizaciones gubernamentales pues es de vital importancia tener un clima laboral estable, agradable: esto implica que los miembros que están involucradas estén cómodas, tranquilas, lo que conlleva a que crezca la fuente de liderazgo en cuanto al emprendimiento, en su agilidad, en la alegría, empatía y su respeto en el entorno con sus compañeros y los ciudadanos.

Finalmente, en la cultura de paz y el clima organización llegan a ser una pieza en la vida de las instituciones, que están siendo fortalecidas desde un punto de vista colectivo, ya que el dialogo y el pensamiento son los que llegan a transmitir a través de las acciones humanas.

No obstante, a lo que debemos de buscar es a arribar al dialogo. En este sentido se destaca lo previsto en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, por lo que hace a emprender la construcción de la paz y la promoción de la cultura de paz, que se conforma en una serie de comportamientos, actitudes, y valores que rehúsan la violencia e impedir los conflictos tratando de embestir sus causas para solucionar los problemas mediante el dialogo y la negociación.

Como ya se ha menciona, La Cultura de Paz, la mediación es el mecanismo pacifico de la solución de controversias que, también fomenta la participación de las partes involucradas, presenta las ventajas sobre los procedimientos judiciales formales y sobre todo los mecanismos pacíficos de solución de controversias (HERNANDEZ, 2021).

La promoción de la cultura de paz en los ciudadanos que ejercen funciones en el proceso electoral y en aquellos que simplemente participan mediante el voto parece fundamental en procesos democráticos que tienden a ser conflictivos y con altos grados de violencia política en este sentido el reglamento del INE menciona la importancia del servidor público que trabaja en el Instituto y sus competencias.

## 11. CONCLUSIONES

En estas pasadas elecciones ha sido palpable la violencia política que vive el país pues ascienden a 89 candidatos asesinados durante el periodo y se reportaron 260 casos de violencia política contra mujeres en el proceso.

Los conflictos relacionados con las elecciones pueden tener lugar durante todos los puntos críticos del ciclo electoral, aunque los momentos más volátiles propensos a conflictos son durante las fases electoral y postelectoral. Mientras que los períodos preelectorales son en gran medida sin problemas, hay una tendencia notable en el continente relacionados con las elecciones disputas que se intensifican en algunos casos en el período postelectoral.

Estas disputas electorales (incluyendo no aceptación de los resultados electorales) suelen ir acompañadas de violencia, que socava los esfuerzos regionales y continentales para lograr la paz y la prosperidad.

La violencia a menudo tiene lugar en el contexto de una situación débil o inexistente de mecanismos de manejo de conflictos. En la mayoría de los países, la violencia electoral se ha abordado principalmente a través del sistema judicial y los procesos de mediación dirigidos por órganos regionales y subregionales.

La implementación de la cultura de paz como una herramienta que incentiva la mediación electoral en procesos electorales con alto grado de conflicto y violencia. La ausencia de estos mecanismos de solución de controversias puede generar un aumento o reincidencia en las acciones violentas durante los periodos electorales.

El trabajo que realizan los funcionarios electorales tiene una vital importancia durante y después de los comicios. La generación de la cultura de paz en las instituciones dedicadas a vigilar el proceso democrático puede ser de gran ayuda para disminuir la ausencia del estado de derecho y puede generar una cultura de legalidad aportando una mayor eficiencia en el trato de las carpetas vinculadas con violencia política.

La integración del concepto de justicia electoral en este escrito recae en la importancia de generar herramientas jurídicas y técnicas para la impugnación o control de los procesos electorales además de proteger las garantías de todos los involucrados como lo son la sociedad civil, candidatos, políticos y partidos políticos. Además de respetar la voluntad popular la cual es importante para los conflictos generados después de las elecciones, como la ha sido en el caso de San Luis Potosí en estas pasadas elecciones.

Las elecciones celebradas para promover la democracia en la México a menudo han provocado una gran violencia política. El rechazo violento de los resultados electorales se convierte en un medio para forzar la aceptación del proceso político. La intervención de agentes mediadores para detener la violencia política se basa casi invariablemente en un enfoque de resolución de conflictos que genera paz en el corto plazo. Este artículo analiza un enfoque de transformación de conflictos que se basa en la generación de una cultura para construir una paz duradera.

## REFERENCIAS

ÁLVAREZ, Edith. (2021) "Conoce las actividades que desarrollan los supervisores y capacitadores electorales" encontrado en: <https://www.milenio.com/politica/elecciones-2021/elecciones-2021-actividades-supervisor-capacitador-electoral>.

ARREOLA AYALA, Álvaro. (2008) "La justicia electoral en México Breve recuento histórico" encontrado en: [https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos\\_libros/05\\_temas\\_libertad\\_carbonell\\_1.pdf](https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/05_temas_libertad_carbonell_1.pdf).

CENTRAL ELECTORAL. (2021) "¿Quiénes son y qué hacen las y los Capacitadores Asistentes Electorales y Supervisores Electorales?" encontrado en: <https://centralelectoral.ine.mx/2021/04/12/quienes-son-y-que-hacen-las-y-los-capacitadores-asistentes-electorales-y-supervisores-electorales/>.

ETELLEKT. Cuarto Informe de Violencia Política en México 2021. México, 2021. Encontrado en: <https://www.etelekt.com/informe-de-violencia-politica-en-mexico-2021-A30-etelekt.html>.

HERNANDEZ PACUAL (2021). "La Cultura de la Paz, La mediación electoral" encontrado en <https://www.economista.com.mx/opinion/La-Cultura-de-la-Paz-La-mediacion-electoral-20210608-0048.html>.

HERNÁNDEZ LEGASP, Marco Alejandro (2020). "La nueva normalidad: Un momento para reflexionar sobre el voto de las personas privadas de su libertad" encontrado en: [https://www.tecdmx.org.mx/wp-content/uploads/2020/12/Electio-diciembre-2020\\_final\\_21dic\\_1808\\_w.pdf](https://www.tecdmx.org.mx/wp-content/uploads/2020/12/Electio-diciembre-2020_final_21dic_1808_w.pdf).

INFANTE, José María. (2005) "Elecciones en México: restricciones, fraudes y conflictos" encontrado en: <https://confines.mty.itesm.mx/articulos2/InfanteJM.pdf>.

INFOBAE. Encontrado en: <https://www.infobae.com/tag/2021/>.

MAPHAZI, N.; RAGA, K.; TAYLOR. J.D.; MAYEKISO, T. Public participation : a South African local government perspective. 2013. Encontrado en: <https://repository.up.ac.za/handle/2263/58056>.

MARTÍNEZ, Sergio (2020) "Los retos de coordinación entre autoridades administrativas electorales en el proceso electoral 2020-2021 dentro del contexto de la "nueva normalidad" encontrado en: [https://www.tecdmx.org.mx/wp-content/uploads/2020/12/Electio-diciembre-2020\\_final\\_21dic\\_1808\\_w.pdf](https://www.tecdmx.org.mx/wp-content/uploads/2020/12/Electio-diciembre-2020_final_21dic_1808_w.pdf).

MEDINA TORRES, Luis Eduardo. (2003) "Justicia Electoral" encontrado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3182/14.pdf>.

MERCADO RAMÍREZ, Martha Leticia (2020) "Retos y preparación de cara al Proceso Electoral 2020-2021" encontrada en: [https://www.tecdmx.org.mx/wp-content/uploads/2020/12/Electio-diciembre-2020\\_final\\_21dic\\_1808\\_w.pdf](https://www.tecdmx.org.mx/wp-content/uploads/2020/12/Electio-diciembre-2020_final_21dic_1808_w.pdf).

OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús. (.) "Justicia electoral y resolución de conflictos". 1997. encontrado en: <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1998-02-011-039.pdf>.

PLASCENCIA GARCÍA, José Alfredo (2011) "Los medios alternativos de solución de conflictos como principio de legalidad y el notariado en la justicia electoral" encontrado en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28356.pdf>.

REDACCIÓN INE – Instituto Nacional Electoral. Encontrado en: <https://centralelectoral.ine.mx/author/i-corro/>

XOCHIPA, Javier Palacios. (2020) "La epistemología de la mediación y su impacto en la profesionalización de los MASC en la cultura de paz" encontrado en: <https://www.estudiosdepazyconflictos.com/index.php/eirene/article/view/86/30>

### Dados do processo editorial

- Recebido em: 14/08/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 14/08/2021
- Avaliação 1: 16/08/2021
- Avaliação 2: 20/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 20/08/2021



- Retorno rodada de correções: 27/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 27/08/2021

**Equipe editorial envolvida**

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

# CASO BECCHETTI X ITÁLIA: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

CASE BECCHETTI X ITALY: JURISPRUDENCE ANALYSIS

PAULO EDUARDO DINIZ RICALDONI LOPES<sup>1</sup>

## RESUMO

O trabalho irá analisar a decisão sobre a violação do direito de julgamento imparcial e independente pela Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio de Roma na disputa entre os Grupos Becchetti e ENEL. Inicialmente, será feita uma explanação dos fatos que ocasionaram o procedimento arbitral, as circunstâncias que supostamente violam a Convenção Europeia de Direitos Humanos e será apresentada a decisão tomada pela Corte. Por fim, a mesma será analisada com base no Direito Italiano e será feito um comparativo com o Direito Brasileiro. Utilizou-se o método dedutivo e tem como referencial teórico a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** arbitragem; conflito de interesses; Convenção Europeia de Direitos Humanos; Corte Europeia de Direitos Humanos.

## ABSTRACT

*The work will analyze the decision on the violation of the right to impartial and independent judgment by the Arbitration Chamber of the Rome Chamber of Commerce in the dispute between Becchetti and ENEL Groups. Initially, will be made an explanation about the facts that led to the arbitration proceeding, the circumstance that allegedly violated the European Convention on Human Rights, and the decision taken by the Court. Will be analyzed based on Italian Law and a comparison will be made with Brazilian Law. The deductive method was used and its theoretical framework is the European Convention on Human Rights.*

**Keywords:** arbitration; conflict of interests; European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights.

## 1. INTRODUÇÃO

No mundo globalizado a arbitragem se torna um mecanismo de resolução de conflitos comumente utilizado e valorizado, principalmente, na esfera privada. O procedimento simplificado e célere, bem como a possibilidade de se ter um corpo de decisores especificamente

<sup>1</sup> Mestre em Direito Privado pela Universidade FUMEC. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado pelo IEC-PUC Minas. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: pauloricaldoni@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3270066796596842>.

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

LOPES, Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni. Análise Jurisprudencial: caso Becchetti x Itália. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 355-363, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8676>.

escolhido de acordo com as peculiaridades e anseios das partes, se demonstra como uma vantagem à tutela jurisdicional. Contudo, para que possa ser eficaz e para que as decisões não sejam objeto de desconfiança, é preciso que os árbitros, além de serem competentes, diligentes e discretos, sejam imparciais e independentes.

Esses são os preceitos básicos questionados no procedimento arbitral envolvendo o Grupo Becchetti e o Grupo ENEL. Supostamente, o árbitro indicado pela segunda companhia não era dotado de imparcialidade, pois compunha o quadro de diretores e atuava como seu advogado em causas cíveis. Assim, diante do indeferimento de exclusão do julgador por parte da Câmara Arbitral e Tribunais Italianos, não restou outra alternativa ao Grupo Becchetti se não a tutela de seus direitos junto à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Em um primeiro momento, para se contextualizar a discussão, será apresentado o histórico que levou à intervenção da Corte Europeia e em seguida, serão apresentados os pontos de destaque constantes na fundamentação e decisão tomadas no caso. Após esse breve relato sobre o ocorrido, a decisão será abordada com base na legislação Italiana, bem como será feito um paralelo com a legislação Brasileira.

Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio de uma pesquisa bibliográfica (livros, artigos, legislações, jurisprudência, dentre outros) para compreender os motivos que levaram à solução do caso e sua coerência com os dispositivos legais.

## 2. BECCHETTI ENERGY GROUP CONTRA ITÁLIA

No ano de 1996 o Grupo Becchetti ficou encarregado de construir uma usina hidrelétrica na Albânia e contactou o Grupo ENEL (antiga empresa estatal distribuidora de gás e energia) para avaliar se ela teria interesse em distribuir a energia gerada pelo projeto. O até então vice-presidente da ENEL declarou ser de interesse do Grupo (firmando o contrato em nome de sua subsidiária ENELPOWER) e, após quatro anos de negociações, um acordo foi assinado entre as companhias. Contudo, ainda no mesmo ano, o Grupo ENEL decidiu rescindir a parceria por estar insatisfeito com a auditoria realizada para avaliar o valor da concessão, por não concordar com os métodos utilizados e ter dúvidas quanto a viabilidade do projeto (FRANÇA, 2021).

No contrato original, foi estipulado que futuras disputas deveriam ser levadas à Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio de Roma (ACR). Logo, o Grupo Becchetti, iniciou um procedimento arbitral pleiteando o encerramento da parceria e danos de aproximadamente 130 milhões de euros (FRANÇA, 2021).

Segundo o Governo Italiano, em 25/12/2002 ocorreu uma sessão privada, com a presença de todos os árbitros, na qual foram indeferidos todos os pedidos do Grupo Becchetti, sendo que a decisão foi tomada pela maioria, porém, o árbitro indicado pelo demandante se recusou a assinar o documento. Todavia, o Grupo Becchetti apresentou outra versão dos fatos ocorridos nesta data: segundo ele, os árbitros não conseguiram chegar a uma decisão e o árbitro indicado pelo Grupo, jamais se negou a assinar o documento. Ademais, segundo o árbitro, em momento algum ficou expresso que a reunião seria para adotar uma decisão final para o caso (FRANÇA, 2021).

Na data de 06/12/2002 o Grupo Becchetti pleiteou, por meio de uma carta registrada com aviso de recebimento, a renúncia do árbitro indicado pelo Grupo ENEL, pois no dia anterior tomou conhecimento que o mesmo havia sido membro do conselho de diretores, vice-presidente e representante legal da companhia, bem como continuava atuando como seu advogado. Contudo, a Câmara negou o pedido por entender que o desafio foi requerido após a sentença ter sido proferida, ou seja, intempestivamente. Insatisfeito com a decisão, o Grupo Becchetti depositou uma reclamação junto ao Tribunal Distrital de Roma que novamente negou o pedido, reiterando que o pleito havia sido intempestivo (FRANÇA, 2021).

Posteriormente, o Grupo Becchetti apresentou uma reclamação contra a ACR por negligência, requerendo uma compensação de aproximadamente 374 mil euros, a qual foi negada pelo Tribunal Distrital de Roma, sob o argumento de que a Câmara de Comércio não poderia ser responsabilizada pela não declaração de conflito de interesses do árbitro. Em seguida, apelou contra a decisão, que novamente foi negada pela Corte de Apelação e, posteriormente, pela Corte de Cassação, sob o fundamento de que não havia qualquer indício de que a conexão entre o árbitro e a outra parte gerou um ajuste de interesses (FRANÇA, 2021).

Por fim, foi apresentada uma reclamação à Corte Europeia de Direitos Humanos por violação do artigo 6<sup>o</sup> da Convenção Europeia de Direitos Humanos, sob o argumento de que o árbitro, por possuir conexões com o Grupo ENEL, não foi imparcial no julgamento. Por sua vez, o Governo Italiano, em nome da ACR, argumentou que ao concordar com o procedimento arbitral e não impugnar o árbitro no momento da indicação, as partes voluntariamente renunciaram alguns de seus direitos estipulados pela Convenção (FRANÇA, 2021).

## 2.1 DECISÃO DA CORTE

A Corte Europeia, em sua decisão, reiterou nos termos do parágrafo primeiro do artigo 6<sup>o</sup> da Convenção que qualquer pessoa tem direito de buscar em juízo a apreciação de lesão a seu direito ou obrigação civil, devendo o Tribunal competente ser imparcial e independente. A Corte entendeu que o argumento utilizado pelo Governo de que a falta de contestação do Grupo Becchetti explícita a tempo, demonstrava a renúncia do Grupo em ter seus direitos analisados por um tribunal independente e imparcial, não merecia prosperar. Ainda em sua fun-

### 2 "Artigo 6<sup>o</sup> Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.
2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.
3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:
  - a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
  - b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
  - c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
  - d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
  - e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo." (ECHR, 1950, p. 9-10).

damentação, apontou que as decisões dos Tribunais Italianos foram baseadas na presunção de que o Grupo Becchetti sabia que o árbitro possuía vínculo profissional com o Grupo ENEL, porém, não ficou comprovado que existiam evidências desse fato. Logo, não há que se falar em renúncia do direito de ter a celeuma julgada por um procedimento arbitral independente e em *compliance* conforme previsto pelas leis italianas (FRANÇA, 2021).

Por fim, a Corte atestou que o árbitro atuava como advogado do Grupo ENEL quando foi indicado ao procedimento e, como a ENEL POWER era parte do Grupo, existiu conflito de interesses. Ademais, o árbitro em questão era o vice-presidente do Grupo ENEL e compunha o quadro de conselheiros da companhia, exercendo essas funções na época em que o contrato foi firmado. Conseqüentemente, o receio de um julgamento parcial expresso pelo Grupo Becchetti estava objetivamente justificado, ocasionando uma violação expressa da Convenção Europeia de Direitos Humanos (FRANÇA, 2021).

**Pelas razões expostas, a Corte, de maneira unânime:**

1. Declara que a reclamação é admissível;
2. Determina que ocorreu a violação do Artigo 6 §1 da Convenção;
3. Determina
  - (a) Que o Estado demandado deve pagar ao demandante, no prazo de três meses da data em que a sentença se tornar definitiva de acordo com o Artigo 44 § 2 da Convenção os seguintes valores:
    - (i) EUR 15,000 (quinze mil euros), acrescidos de qualquer taxa que possa ser cobrada, em razão aos danos imateriais;
    - (ii) EUR 35,000 (trinta e cinco mil euros), acrescidos de qualquer taxa que possa ser cobrada ao demandante, em razão de custas e despesas.
  - (b) Que a partir do término dos três meses acima mencionados até a liquidação, serão devidos juros simples sobre os montantes expressos a uma taxa igual à de empréstimo marginal do Banco Central Europeu durante o período de inadimplemento acrescidos de três pontos percentuais.
4. Rejeita o restante dos pedidos por restarem satisfeitos. (FRANÇA, 2021, tradução nossa)<sup>3</sup>.

Contudo, muito embora tenha sido comprovado que houve a violação do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Corte entendeu que cabe aos Estados decidirem a melhor forma de implementar as decisões do Tribunal, rejeitando o pedido de reabertura do procedimento arbitral (FRANÇA, 2021).

**3 FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,**

Declares the application admissible;

Holds that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention;

Holds

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts:

(i) EUR 15,000 (fifteen thousand euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(ii) EUR 35,000 (thirty-five thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

Dismisses, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

### 3. ANÁLISE DA DECISÃO

O caso julgado apresenta claras violações não só à Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas ao Código de Processo Civil Italiano (CCP), às Regras da Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio de Roma e ao Código de Ética dos Advogados da Itália.

O artigo 815 do CCP estipula que uma das partes poderá requerer a retirada de um árbitro indicado pela outra parte conforme hipóteses trazidas pelo artigo 51 do Código, e que o pleito deverá ser feito por petição direcionada ao Presidente da Corte Distrital no prazo máximo de 10 dias após a tomada de conhecimento dos fatos suficientes ensejadores do desafio.

#### Artigo 815 - Desafio dos Árbitros

A parte poderá requerer a retirada e um árbitro que não foi indicado por ele com base nas razões indicadas no artigo 51.

O desafio deverá ser feito por petição direcionada ao presidente do tribunal indicado no Artigo 810, parágrafo 2º, no prazo limite peremptório de dez dias após ser notificado da nomeação ou após a data em que tomou conhecimento dos fatos que justifiquem o desafio. (FRANÇA, 2021, tradução nossa<sup>4</sup>)

Dentre as hipóteses de desclassificação elencadas no artigo 51 temos:

#### Artigo 51 – Retirada de Juízes

Juízes têm a obrigação de recuar quando:

5. Ele/ela for diretor ou gerente de órgão, associação, ainda que não reconhecida, comitê, companhia ou subsidiária que tenha interesse na disputa. (FRANÇA, 2021, tradução nossa<sup>5</sup>).

Conforme exposto, ao árbitro indicado pelo Grupo ENEL teria a obrigação de recusar o encargo por ter sido vice-presidente e compor o quadro de diretores da companhia, logo, o Grupo *Becchetti* possuía agiu corretamente ao desafiar a indicação do árbitro no momento em que tomou conhecimento dos impedimentos.

No ano de 2006, foi publicado na Itália o Decreto Legislativo nº 40 que trouxe ao artigo 815 do CCP previsões em que o árbitro estará impossibilitado de atuar no conflito. O inciso 2 estipulou que o julgador poderá ser desclassificado caso a companhia ou associação em que é diretor tenha interesse na disputa e o inciso 5 prevê a desclassificação caso seja empregado, consultor, assessor ou tenha qualquer relação de natureza financeira ou afiliação que possa comprometer a sua independência (FRANÇA, 2021).

#### Artigo 815 - Desafio dos Árbitros

Um árbitro poderá ser desclassificado caso:

(...) 2. Se ele/ela, ou órgão, associação ou companhia em que seja diretor, tiver interesse na disputa.

4 "Article 815 – Requests for withdrawal of arbitrators

A party can request the withdrawal of the arbitrator not appointed by it for the reasons indicated in Article 51.

This request for withdrawal shall be made by petition to the President of the District Court ... within the peremptory time-limit of ten days ... from the time when the ground for the challenge came to the party's knowledge."

5 "Article 51 – Withdrawal of judges

Judges are under an obligation to stand down where:

(5) Where he/she is the director or manager of a body, an association, even one that is not recognized, a committee, a company or a subsidiary that has an interest in the dispute."



(...) 5. Se ele/ela for empregado ou regularmente e mediante pagamento prestar consultoria ou assessoria ou ter qualquer relação financeira ou de afiliação que possa comprometer a sua independência em relação a uma das partes, a uma empresa controlada por essa parte, a uma entidade controladora ou companhia sobre controle conjunto. (FRANÇA, 2021, tradução nossa<sup>6</sup>).

Em sintonia com a previsão legal, o artigo 6<sup>7</sup> das regras da Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio de Roma determina que os árbitros devem ser imparciais e independentes, devendo declarar por escrito que não possuem qualquer relação com uma das partes que possa impactar em sua independência ou imparcialidade, bem como não possui qualquer interesse pessoal ou econômico na disputa. Igualmente, o código expressamente proíbe que qualquer advogado atue como árbitro quando tiver alguma relação profissional com a parte. (FRANÇA, 2021).

Claramente, os artigos foram respeitados pelo Grupo Becchetti que, ao tomar conhecimento dos impedimentos existentes, imediatamente comunicou ao presidente do Tribunal nos termos da legislação. Todavia, o árbitro não cumpriu com o seu dever de informar a situação que poderia causar seu impedimento.

De maneira semelhante às normas italianas, a Lei brasileira nº 9.307/96 estipula em seu artigo 14 que estarão impedidas de atuar como árbitros as pessoas que tenham alguma relação com a parte ou com o litígio que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição previstos nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil (CPC), sendo aplicável os mesmos deveres e responsabilidades, quando couber (BRASIL, 1996). Pelo CPC, o árbitro estaria impedido de atuar por ser membro da direção do Grupo ENEL (art. 144, V) e seria suspeito por ter interesse no julgamento do caso em favor da companhia que possui relação (art. 145, III) (BRASIL, 2015).

A absoluta isenção dos árbitros em face das partes e do conflito que lhes é submetido para julgamento é fundamental e imprescindível para a validade e consequente eficácia da tutela jurisdicional privada por eles prestada, pilar fundamental de sustentação da imparcialidade e da independência dos julgadores.

A inexistência de qualquer espécie de interesse em relação ao resultado da solução do conflito que lhe é submetido para julgamento constitui a essência dos princípios da independência e da imparcialidade do árbitro e, estes, são pressupostos do contrato de investidura, sendo que na base do conceito de “conflito de interesses” estão os princípios da confiança (lealdade) e de informar (dever de revelação), sendo que, para o árbitro, o princípio da lealdade tem pertinência direta com o objeto do contrato de investidura, sendo inarredável a sua observância, sob pena de viciar todo o processo arbitral, a começar pelo seu nascedouro. (FIGUEIRA JR., 2019).

6 An arbitrator may be disqualified:

(...) 2. If he/she, or a body, association or company of which he/she is director, has an interest in the dispute.

(...) 5. If he/she is an employer or regularly gives paid advice or assistance or has any other relationship of a financial or affiliatory nature that might undermine his/her independence vis-à-vis one of the parties, a company controlled by that party, an entity controlling it or a company subject to joint control.”

7 “Article 6 – Acceptance of appointment and disclosure by the arbitrator

All the arbitrators shall be impartial and independent of the parties to the proceedings.

The arbitrator, having received notice of his or her appointment from the Arbitration Chamber, shall accept within 10 days.

Together with the acceptance, the arbitrator shall indicate, by means of a written declaration:

Any relationship with the parties or their counsel that might have an impact on his/her independence and impartiality.

Any direct or indirect personal or economic interest in the subject matter of the dispute.” (FRANÇA, 2021).

Igualmente ao previsto nas regras da ACR, o indicado à função de árbitro tem o dever de revelar, antes de aceitar o encargo, qualquer fato que gere dúvida quanto à sua imparcialidade ou independência (art. 14, § 1º) (BRASIL, 1996).

Cabe observar, que segundo a CEDH, enquanto os demais árbitros indicados ao procedimento expressamente informaram que não possuíam nenhuma razão que poderia impactar em sua independência, o árbitro indicado pelo Grupo ENEL simplesmente aceitou sua nomeação, sem fazer qualquer menção expressa à sua relação com a companhia (FRANÇA, 2021). Mesmo a Corte não tendo analisado, é possível observar a violação da boa-fé por parte do árbitro ao agir em desconformidade com a lealdade, transparência e colaboração. O princípio utilizado pelo sistema Italiano é semelhante ao Brasileiro, vez que o Código Civil nacional buscou na legislação estrangeira a fonte para sua construção.

Por certo é que adotou o Código Civil em vigor o princípio da eticidade, valorizando as condutas guiadas pela boa-fé, principalmente no campo obrigacional. Nossa codificação segue assim a sistemática do Código Civil italiano de 1942, que traz a previsão do preceito ético em vários dos seus dispositivos. Vale destacar o seu art. 1.175, segundo o qual o devedor e o credor devem compor-tar-se (*sic*) segundo a regra da *correttezza*, entendida como um comportamento leal baseado na boa-fé objetiva, que traz às partes um dever mútuo de cooperação para o cumprimento da avença. (TARTUCE, 2020, p. 111).

Sobre o tema, o Livro 4 do Código Civil Italiano prevê em seu artigo 1.337<sup>8</sup> que as partes deverão se portar com base na boa-fé ao negociar e firmar os contratos. Além disso, o artigo 1.375<sup>9</sup> estipula que os contratos deverão ser executados com base na boa fé (ITÁLIA, 1942).

Entretanto, o *codex* italiano traz a boa-fé expressa em seus artigos 1.175 e 1.337. O primeiro dispositivo prescreve que o devedor e o credor devem se comportar segundo regras de correção, enquanto o segundo diz que a parte, no desenvolvimento e na formação do contrato, devem se comportar segundo a boa-fé. Ou seja, o dever de comportamento segundo as regras de correção e o dever de comportamento segundo a boa-fé, nada mais traduzem do que a boa-fé objetiva, pois ambos os dispositivos citados trazem consigo uma norma de comportamento. (GUGLINSKI, 2011).

Corroborando com o dever de transparência, o Código de Ética dos Advogados da Itália<sup>10</sup> determina que é sua obrigação divulgar qualquer relação existente com a outra parte que poderia afetar sua independência (FRANÇA, 2021).

Logo, com base na boa-fé objetiva, especialmente no que tange o dever de transparência que se espera quanto as obrigações assumidas, mesmo que o árbitro considerasse não haver qualquer prejuízo, deveria ter pontuado a sua relação com o Grupo ENEL, para que o Grupo Becchetti, ciente do fato, pudesse impugnar ou não sua indicação em tempo hábil.

8 "Art. 1337 Trattative e responsabilità precontrattuale  
Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366,1375, 2208)." (ITÁLIA, 1942).

9 "Art. 1375 Esecuzione di buona fede  
Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (1337,1358,1366, 1460)." (ITÁLIA, 1942).

10 "Article 55 of the Code of Conduct of the Italian Bar, as in force at the relevant time, established that lawyers could not act as arbitrators if they had had professional relations with one of the parties and that, in any event, they were under the obligation to disclose any factual circumstance or relationships with counsel and/or parties that might affect their independence." (FRANÇA, 2021).

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se analisar a decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos foi necessário um breve levantamento dos fatos geradores do caso *Becchetti x Itália*. Observou-se que o Grupo requerente tentou buscar ainda nos limites territoriais de sua sede a solução para a suposta imparcialidade do árbitro indicado pelo Grupo ENEL, contudo, diante da impossibilidade de uma decisão favorável e clara violação ao artigo 6º parágrafo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não restou outra alternativa que não a busca pela intervenção da Corte internacional.

Conforme apontado no decorrer do texto, enquanto por parte do árbitro desafiado houveram nítidas violações diretas aos textos legais, bem como ao princípio da boa-fé objetiva, o Grupo *Becchetti* agiu em conformidade com suas garantias processuais. Diante das nítidas comprovações, a Corte agiu corretamente em condenar a Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio de Roma representada pelo Governo Italiano pela violação a um dos princípios previstos na Convenção em que é signatário. Inclusive, acertadamente, a Corte respeitando a soberania estatal, não impôs uma decisão que inevitavelmente violaria a coisa julgada e atentaria contra a segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.
- BRASIL. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 22 nov. 2020.
- ECHR. European Court of Human Rights. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, adotada em 4 de novembro de 1950. 1950. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em: 1 set. 2021.
- FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.
- FRANÇA. European Court of Human Rights. Tribunal Federal. *Application no. 5312/11*. Presidente Ksenija Turković, 20 de maio de 2021. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%225312/11%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-210014%22%5D%7D>. Acesso em: 1 set. 2021.
- GUGLINSKI, Vitor Vilela. O princípio da boa-fé como ponto de equilíbrio nas relações de consumo. *Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 92, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/o-principio-da-boa-fe-como-ponto-de-equilibrio-nas-relacoes-de-consumo/>. Acesso em: 1 set. 2021.
- ITÁLIA. *Il Codice Civile Italiano*. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. 1942. Disponível em: [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/Codciv.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm). Acesso em: 1 set. 2021.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

### Dados do processo editorial

- Recebido em: 03/09/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 03/09/2021
- Decisão editorial preliminar: 03/09/2021

- Retorno rodada de correções: 13/09/2021
- Decisão editorial/aprovado: 13/09/2021

**Equipe editorial envolvida**

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

# 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/>

# A CRISE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: FORMA DE RESGATE DA DIGNIDADE OU RAZÃO DO SACRIFÍCIO DA EQUIDADE?

MARCUS RESENDE NEVES GUIMARÃES

GUIMARÃES, Marcus Resende Neves. *A crise da judicialização da saúde: forma de resgate da dignidade ou razão do sacrifício da equidade?* 2021. 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, 2021.

Defesa em 21 de maio de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

## RESUMO

O problema a ser investigado neste trabalho é: a concessão de políticas públicas de saúde pelos magistrados, em ações individuais, é a forma adequada para concretizar o direito à saúde, alcançando os melhores resultados em termos de universalização do atendimento e equidade prestacional? Como hipótese, defende-se que, apesar de a tutela judicial aparentemente resgatar a dignidade do jurisdicionado que pretende o exercício de seu direito à saúde, entendendo-o como absoluto, o faz às custas de toda coletividade, colocando em xeque todo o planejamento técnico e político do Poder Executivo, que previamente já definiu quais tratamentos e medicamentos podem compor as prestações do SUS, de acordo com a eficiência e com as possibilidades financeiras do Estado. Assim, a pesquisa analisará o direito à saúde na vigência da Constituição de 1988 e a omissão dos poderes políticos na sua concretização, a fim de subsidiar a discussão sobre a (des)proporcionalidade e (ir)razoabilidade das tutelas judiciais que, de forma ampla, têm sido concedidas na tentativa de materializar tal direito. Como metodologia, utilizou-se o raciocínio hipotético-dedutivo sob a técnica bibliográficodocumental. Inicialmente se abordou a história dos direitos fundamentais e o surgimento da ideia de dignidade da pessoa humana, bem como a evolução do constitucionalismo brasileiro na defesa do direito à saúde. Na sequência, foi levantada a discussão acerca dos limites fáticos à realização do mencionado direito, ou seja, sobre o paradoxo entre o mínimo existencial e a reserva do possível, analisando-se o fenômeno do ativismo judicial e sua ampla utilização na concretização desta política pública, bem como os impactos provocados pela atuação imoderada do judiciário. Finalmente, foram feitas reflexões sobre duas formas de mitigar os efeitos nefastos da judicialização sem comprometer a materialização do direito à saúde, quais sejam: (i) pela adoção de técnica de julgamento diferenciada e (ii) para casos onde se verifique o abuso na utilização das patentes dos fármacos, pela utilização do instituto do licenciamento compulsório da patente medicinal.

**Palavras-chave:** direito social à saúde; ativismo judicial; limites; políticas públicas; mínimo existencial; reserva do possível; poder judiciário.



# POLARIZAÇÃO DE GRUPOS, AUTONOMIA PRIVADA E RACISMO: OS RISCOS DA POLÍTICA ARMAMENTISTA DO BRASIL A PARTIR DE 2019

IZABELLA FLÁVIA SOUSA ANTUNES VIANA DE MEDEIROS

MEDEIROS, Izabella Flávia Sousa Antunes Viana de. *Polarização de grupos, autonomia privada e racismo: os riscos da política armamentista do Brasil a partir de 2019*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 31 de maio de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Márcio Reis Santos

## RESUMO

A flexibilização do porte e posse de armas de fogo e munições, em conjunto os dados estatísticos que atestam a vulneração dos negros no Brasil, levanta o questionamento sobre o racismo, ainda tão presente na sociedade brasileira. A tudo isso, soma-se, ainda, um quadro cada vez mais acentuado de polarização, potencializado pela capilarização das redes sociais e a formação de bolhas on-line, com a aparente colisão entre grupos autodenominados conservadores ou de direita, em oposição a grupo de esquerda ou ditos progressistas. Assim, a presente pesquisa tem como problema de pesquisa a indagação acerca da relação entre a polarização de grupos e a flexibilização das regras de fiscalização e de comércio de armas no Brasil a partir de 2019, e o potencial de vulneração da dignidade da pessoa humana em relação aos grupos minoritários, em especial os negros, ante o contido nos Decretos nº 9.847/2019, 9.981/2019, 10.030/2019, 9.845/2019, 9.846/2019, 10.627/2021, 10.628/2021, 10.629/2021 e 10.630/2021, além da proposta de alteração legislativa do Projeto de Lei nº 3.713/2019. Como hipótese, afirma-se que a crescente polarização de grupos fomenta a intolerância e o racismo, ultrapassando a esfera do debate político ou civil, contaminando o ordenamento jurídico. Assim, a flexibilização da fiscalização do comércio de armas no Brasil, a partir de 2019, contribui para a vulneração de grupos, em especial dos negros, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, valendo-se de compreensão da autonomia privada apartada de bases democráticas. O objetivo geral da pesquisa é investigar a relação entre polarização de grupos e a flexibilização da fiscalização e do comércio de armas no Brasil a partir de 2019, bem como o panorama regulatório e as propostas legislativas no período. A pesquisa adota, como marcos teóricos, convergentes, o conceito de polarização de grupos de Cass R. Sunstein; a distinção estabelecida por Norberto Bobbio acerca dos termos “esquerda” e “direita”; o conceito de autonomia privada de Daniel Sarmiento; e, ainda, o conceito racista de Sérgio Alfredo Guimarães. Quanto aos demais aspectos metodológicos, a pesquisa se insere na perspectiva jurídico-social, adotando como raciocínio predominante o hipotético dedutivo; é realizada em perspectiva interdisciplinar, por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** estatuto do desarmamento; armas de fogo; racismo; polarização de grupos; esquerda; direita; autonomia privada.

# MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E PSICANÁLISE: DIÁLOGOS PARA A HUMANIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

ELIANE DO CARMO DO NASCIMENTO

NASCIMENTO, Eliane do Carmo do. *Mediação de conflitos e psicanálise: diálogos para a humanização do acesso à justiça*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 25 de junho de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientadora: Profa Dra. Astreia Soares Batista

## RESUMO

Este trabalho dedica-se ao estudo do instituto da Mediação de conflitos intersubjetivos como um recurso para a promoção do acesso à justiça. Vai observar este instituto em sua possível relação de interdisciplinaridade com a Psicanálise, visando analisar a importância da participação do sujeito-paciente jurídico na humanização do acesso aos seus direitos. Pretende, também, compreender o lugar da prática da Mediação enquanto uma concretização de um modelo de acesso à jurisdição mais democrático e consensual. O problema da pesquisa é centrado na intersecção do instituto da Mediação de conflitos com a Psicanálise a fim de verificar a efetividade da primeira na transformação dos dissensos intersubjetivos, de modo qualitativo e quantitativo. Será, também, examinada a formação do mediador de conflitos, o terceiro neutro, que em sua qualificação e treinamento recebe formação de acordo com as exigências normativas e jurídicas. Será questionado, ainda, se essa estrita formação do mediador é apta a qualificá-lo ao exercício da Mediação. Nesse ponto, a pesquisa realiza convergência com a Psicanálise, com a apresentação dos seus aportes teóricos, a partir do seu criador, Sigmund Freud, tais como: o estudo do inconsciente, a subjetividade do sujeito, a importância da fala, a escuta ativa, a transferência, a contratransferência. Será investigada a possibilidade de utilização dos fundamentos da Psicanálise, naquilo que couber, às sessões de Mediação, contribuindo para a transformação do conflito por parte dos mediados e para a construção de relações humanas mais sustentáveis. Utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo. Terá como referência o pensamento da Mediação de Jean-Paul Six (2001) e Luis Alberto Warat (2001) e, na Psicanálise, com suporte nos textos freudianos e na leitura de David E. Zimmerman (2007). Serão analisados dois casos de Mediação familiar, realizados no âmbito do Poder Judiciário. Com a pesquisa, busca-se averiguar as contribuições da Psicanálise para o estudo da Mediação de conflitos e para a formação do mediador. Na busca por compreender o conflito como fenômeno inerente à condição humana, e, que, a sua transformação perpassa por um percurso da compreensão do inconsciente do paciente jurídico à sua emancipação como sujeito de direitos.

**Palavras-chave:** mediação; psicanálise; acesso à justiça; conflito; resignificação.

# O SISTEMA DE COTAS NAS EMPRESAS PRIVADAS COMO INICIATIVA DE EQUIPARAÇÃO DE OPORTUNIDADES PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

AMANDA GODINHO SALOMÃO

SALOMÃO, Amanda Godinho. *O sistema de cotas nas empresas privadas como iniciativa de equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 28 de junho de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientadora: Profa. Dra. Danúbia Patrícia de Paiva

## RESUMO

---

Este trabalho busca, a partir de uma pesquisa bibliográfica por meio do método dedutivo, estudar e compreender como a obrigatoriedade das cotas trabalhistas, previstas na Lei 8.213/91, pode interferir e impactar nas atividades das empresas privadas e no correto enquadramento da pessoa com deficiência no mercado de trabalho particular. Para tanto, primeiramente, será feita uma análise da trajetória percorrida pelos deficientes em prol da inclusão social, após serão analisadas as noções de isonomia e igualdade, essenciais para a análise do tema a partir do Estado Democrático de Direito. Além disso, serão abordadas as políticas de ações afirmativas no Brasil, com objetivo de compreender o árduo caminho para inclusão. Por fim, adentrar-se-á na análise do sistema de cotas para as empresas privadas como uma forma de inclusão das pessoas com deficiência no ambiente laboral. A pertinência do estudo está amparada em analisar e entender a atuação das empresas privadas concomitante às reais necessidades das pessoas com deficiência. Será a política de cotas a melhor forma de inclusão dos deficientes dentro das empresas privadas?

**Palavras-chave:** pessoas com deficiência; ações afirmativas; cotas; mercado de trabalho; inclusão.

# A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA NA ATUAL MATRIZ CIVILISTA: ANÁLISE DO CRITÉRIO CIENTÍFICO DE DIFERENCIAÇÃO DOS INSTITUTOS DE AGNELO AMORIM FILHO

MATHEUS CAMPOLINA MOREIRA

MOREIRA, Matheus Campolina. *A prescrição e a decadência na atual matriz civilista: análise do critério científico de diferenciação dos institutos de Agnelo Amorim Filho*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 28 de junho de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientadora: Profa. Dra. Danúbia Patrícia de Paiva

## RESUMO

Prescrição e decadência são institutos jurídicos que regulam da aplicação do Direito no tempo, promovendo segurança jurídica e estabilidade social. Em 1939, Antônio Luís da Câmara Leal construiu, cientificamente, os conceitos da prescrição e da decadência, e apontou, pormenorizadamente, os atributos que os diferenciam, falhando, contudo, em estabelecer um critério seguro para identificar se o prazo possui caráter decadencial ou prescricional. Neste ponto, Agnelo Amorim Filho inovou propondo um critério científico de diferenciação da prescrição e da decadência, o qual foi desenvolvido pela composição dos ensinamentos de Câmara Leal com a lição de Giuseppe Chiovenda, que dividiu as ações em condenatórias, constitutivas e declaratórias. O estudo examina os principais pontos das teorias de Antônio Luís da Câmara, de Agnelo Amorim Filho e de autores contemporâneos que abordam o tema, buscando identificar, em análise crítica, seus conceitos, características e limites. Na sequência, busca-se descrever a teoria da prescrição e da decadência conforme a atual doutrina civilista, avaliando-se o critério científico de diferenciação dos institutos proposto por Agnelo Amorim Filho. E, ao final, examina-se a regulamentação da prescrição e da decadência no Direito Positivo brasileiro. Para viabilizar esse procedimento, adota-se como marco teórico a teoria de Agnelo Amorim Filho. No estudo foi utilizada a pesquisa exploratória e o método dedutivo.

**Palavras-chave:** prescrição; decadência; definições conceituais e características; critério de diferenciação; regulamentação dos institutos no direito positivo brasileiro.

# ALTERNATIVAS PARA MITIGAÇÃO DO DIRIGISMO JUDICIAL NOS CONTRATOS COMERCIAIS DE LONGA DURAÇÃO REGIDOS PELO CÓDIGO CIVIL

ALYSSON MOREIRA DIAS

DIAS, Alysson Moreira. *Alternativas para mitigação do dirigismo judicial nos contratos comerciais de longa duração regidos pelo Código Civil*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 06 de agosto de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof Dr Daniel Firmato de Almeida Glória

## RESUMO

Esta dissertação tem o propósito de analisar a forma de intervenção do Estado (Poder Judiciário) sobre a livre iniciativa e autonomia privada, especificamente no Direito Contratual no que tange às negociações comerciais. A temática se embasa, portanto, na constatação de que, diante das mudanças perpetradas nas relações comerciais, há que se analisar, sob o ponto de vista da livre iniciativa e da autonomia privada, até que ponto invocar princípios afetos ao Direito Civil é benéfico na interação de um negócio jurídico comercial, buscando-se, a partir daí, determinar e analisar os efeitos da intervenção do Poder Judiciário para colocar fim às lides. O objetivo geral do presente trabalho recai exatamente na compreensão sobre a aplicação das normas de Direito Civil aos contratos comerciais e os efeitos das intervenções judiciais nesse tipo de contrato, com a justificativa de proteção e revisão das negociações empresariais, analisando a adequação dos regramentos legais que hoje são utilizados, a eficiência dessa atuação e as estratégias com propostas para mitigação da insegurança jurídica decorrentes desta interferência. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, dando ênfase ao diálogo de autores que já discutiram aspectos relacionados ao problema sob análise, incluindo em tal viés analítico as teorias a serem pesquisadas. Trata-se de uma pesquisa jurídica de vertente jurídico-dogmática, que faz uso do raciocínio indutivo, abrangendo, também, uma investigação hermenêutica. Os resultados obtidos foram no sentido de que a unificação do Direito Civil, com suas cláusulas gerais e princípios, foi um convite para uma atividade jurisdicional mais criativa, destinada à complementar a legislação vigente com a aplicação de princípios e normas socializadoras ao caso concreto, o que gerou um extenso dirigismo judicial nas relações empresariais, com um aumento da judicialização das relações privadas, não suportado pela estrutura do judiciário, gerando grande insegurança ao mercado. No entanto, a interpretação dos contratos empresariais não afasta, por completo, a incidência e orientação traçada pelos princípios gerais previstos no Código Civil. O estudioso e o aplicador do direito devem orientar a análise dos diferentes tipos de contratos empresariais que partilham, simultaneamente, o âmbito obrigacional, bastando que a interpretação contratual pautada pelos princípios gerais previstos no Código Civil deva ser realizada com base na especificidade do Direito de Empresa, com uma correta definição da função social do contrato. Por fim, debateu-se a adoção de outras alternativas, tanto pelo Estado quanto pelos próprios sujeitos privados, para mitigarem esse dirigismo exacerbado, desde que atendidos aos critérios de aumento do protagonismo das partes na solução dos conflitos, economia de tempo, redução de custos e soluções com maior qualidade técnica, com objetivo de trazer maior segurança jurídica para as relações empresariais.

**Palavras-chave:** direito civil; contratos comerciais; dirigismo contratual; intervenção judicial.

# A TEORIA DA IMPREVISÃO E A REVISÃO JUDICIAL DOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: A PANDEMIA DA COVID-19 E A MITIGAÇÃO DOS SEUS IMPACTOS ECONÔMICOS NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

NANY PAPASPYROU MARQUES MENDES

MENDES, Nany Papaspyrou Marques. *A teoria da imprevisão e a revisão judicial dos planos de recuperação judicial: a pandemia da covid-19 e a mitigação dos seus impactos econômicos nas sociedades empresárias*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 09 de agosto de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

## RESUMO

Desenvolvida a partir da vertente jurídico-dogmática, em perspectiva interdisciplinar e por meio de raciocínio hipotético-dedutivo, a presente pesquisa tem como tema a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão como embasamento jurídico para a revisão judicial dos planos de recuperação judicial de empresários e sociedades empresárias, ante o novo contexto da pandemia do vírus causador da COVID-19. Assim, indaga-se como problema de pesquisa, se a revisão judicial dos planos de recuperação judicial de empresários e sociedades empresárias, previamente aprovados e em curso, em razão dos impactos causados pela pandemia do vírus causador da COVID-19, seria possível a partir dos preceitos da Teoria da Imprevisão. Como hipótese, afirma-se que a natureza jurídica contratual dos planos de recuperação judicial das sociedades empresárias mostra-se compatível com a aplicação estratégica da Teoria da Imprevisão, sendo possível adotá-la como embasamento jurídico na pretensão de revisão judicial do plano, muito embora já o seja previamente acordado e até em curso de cumprimento, mas afetado pela pandemia da COVID-19, com o intuito de reequilibrar a relação jurídica entre os devedores e seus credores. Quanto aos resultados alcançados, a pesquisa demonstrou que o reconhecimento da natureza contratual do plano de recuperação judicial, aliado ao novo estado e contexto social provocados pela pandemia da COVID-19, permite reconhecer a aplicação da Teoria da Imprevisão e justificar a excepcional revisão do plano, reestruturando-o na medida da possibilidade do seu cumprimento pelo devedor recuperando, pela incidência das normas do Direito Contratual no Direito Concurssal, reestabelecendo o equilíbrio da relação jurídica pactuada.

**Palavras-chave:** teoria da imprevisão; plano de recuperação judicial; revisão; covid-19; natureza jurídica do plano de recuperação.



## UMA INTERPRETAÇÃO CRÍTICA DO DIREITO A PARTIR DE PACHUKANIS

Carla Freire de Abreu

ABREU, Carla Freire de. *Uma interpretação crítica do direito a partir de pachukanis*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 11 de agosto de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientadora: Profa. Dra. Astreia Soares Batista

### RESUMO

---

A teoria do Direito Marxista ocupa lugar significativo dentre as teorias clássicas do direito, sendo alvo de críticas do próprio Kelsen, protagonista da Teoria Juspositivista. A Teoria do Direito Marxista, a partir de Pachukanis, é o caminho percorrido neste trabalho, através de uma discussão plural das teorias do direito, buscando trazer uma perspectiva teórica contra hegemônica e mostrando a contribuição desta teoria no contexto atual, a partir do caso da “uberização”. O enfoque nas teorias Juspositivista e Jusnaturalista, bem como o ponto de vista de Kelsen a respeito da Teoria do Direito Marxista e suas principais críticas fornece um contexto histórico para a crítica a ser realizada. Ao ser introduzida a teoria objeto deste estudo, foi feita uma análise sobre o sujeito de direito, considerado por Pachukanis, como o átomo de sua pesquisa. Para o jurista russo, referencial teórico desta dissertação, a forma mercadoria e a forma sujeito de direito nascem imbricadas nas sociedades capitalistas. Não foi possível desviar de Marx, e de seu método dialético, nessa empreitada, o mesmo usado por Pachukanis para conduzir seu trabalho. A crítica às teorias do direito revelou que ele é muito mais do que uma norma, ou metafísica, é um instituto que nasce junto com a sociedade capitalista e a ela está atrelado, de forma tal que um não existe sem o outro.

**Palavras-chave:** teoria do direito; Pachukanis; teoria do direito marxista.

# ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA: CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE EXTRALABORAL

ERICK ALEXANDRE DE CARVALHO GONÇALVES

GONÇALVES, Erick Alexandre de Carvalho. *Organizações de tendência: constitucionalidade e controle extralaboral*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 27 de agosto de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich

## RESUMO

As relações de trabalho se modificam ao passo que a sociedade também se modifica: novas tecnologias, novas formas de relacionamento, tudo isso influencia nas relações trabalhistas. Diante desse cenário de constante dinamicidade, a presente Dissertação de Mestrado tem por objetivo apresentar hipóteses sobre a constitucionalidade das organizações de tendência, bem como a possibilidade de sua interferência na vida privada de seus empregados de forma a resguardar os objetivos desse tipo de empresa. Organizações de tendência são empresas em que a atuação é pautada por uma ideologia declarada – o que muitas vezes pode entrar em choque com as concepções particulares dos empregados. O trabalho foi estruturado em três capítulos, sendo o primeiro dedicado a fornecer uma base conceitual acerca do tema. Optou-se aqui por abordar sobre as regras e princípios, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares e o princípio da igualdade (isonomia) – temas fundamentais ao presente trabalho. O segundo capítulo apresenta um estudo sobre as organizações de tendência, contendo seu conceito, elementos caracterizadores, sua normatização no Direito estrangeiro e a possibilidade de utilização de Compliance para resguardar suas finalidades institucionais. O último capítulo trouxe a problematização desse trabalho e as hipóteses levantadas. Optou-se por aplicar a dialética nesse último capítulo, de forma a levantar hipóteses favoráveis e contrárias aos questionamentos apresentados para, posteriormente, construir uma síntese conclusiva. A pesquisa foi desenvolvida a partir do método hipotético-dedutivo e utilizou-se como marcos teóricos a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, bem como o posicionamento jusfilosófico de Robert Alexy, por intermédio da obra Teoria dos Direitos Fundamentais, bem como as ideias desenvolvidas por Frederico de Andrade Gabrich, Raquel Tavares Reis, Luís Alexandre Carta Winter e Natália Munhoz Machado Prigol. Preliminarmente se conclui que as organizações de tendência encontram amparo constitucional no princípio da isonomia, ainda que não possuam legislação específica. Com relação ao relacionamento com seus empregados, conclui-se pela possibilidade do exercício do poder diretivo na conduta extralaboral desses, desde que a conduta tenha relação com a ideologia da empresa, tal poder seja exercido com razoabilidade e que tal situação esteja expressamente prevista no contrato de trabalho e seja apresentada no momento do recrutamento ao empregado.

**Palavras-chave:** organizações de tendência; empresas de tendência; poder diretivo; isonomia e direito do trabalho; conduta extralaboral.

# 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/>

# MECANISMOS DE CONTROLE EXTERNO DO JUDICIÁRIO

CHRISTIANNE ARAÚJO DA CRUZ

CRUZ, Christianne Araújo da. *Mecanismos de controle externo do Judiciário*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 27 de maio de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

## RESUMO

---

Nesta dissertação, busca-se compreender os mecanismos de controle externo do Judiciário. Para isso, a sociedade, o Direito e instituições como o STF são vistos como sistemas complexos adaptativos, tais como outros existentes na natureza. O estudo traz como marcos teóricos Parsons e Knight e a metodologia empregada é sociológico-descritiva, com utilização do método sistêmico e qualitativo. A pesquisa se desenvolve em seis capítulos posteriores à introdução. O primeiro deles explica as razões para a realização da investigação transdisciplinar. O segundo aborda a estrutura da matéria e traz breves noções sobre sistemas complexos adaptativos. O terceiro analisa o mecanismo de feedback do Supremo Tribunal Federal. O quarto discorre sobre a legitimidade e o poder das instituições sociais como manifestações do controle externo. O quinto capítulo aborda especificamente o controle externo – social e jurídico –, no qual se faz a distinção entre fundamentação e motivação na estrutura das decisões judiciais. O sexto traz as conclusões a que se chega com este estudo. Conclui-se que o STF possui um mecanismo de feedback e evolui em torno de sua criticalidade autoorganizada sendo o ativismo judicial no Estado brasileiro um resultado do controle social e uma manifestação de equilíbrio dinâmico tendo em vista a conservação de energia do sistema complexo “sociedade”.

**Palavras-chave:** controle externo; modelo atômico; sistemas complexos; STF; fundamentação.

# ENSAIO SOBRE AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA APLICAÇÃO DA AÇÃO AFIRMATIVA DE OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAÇÃO DOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

MELISSA LARA ANDRADE

ANDRADE, Melissa Lara. *Ensaio sobre as limitações constitucionais da aplicação da ação afirmativa de obrigatoriedade de contratação dos egressos do sistema prisional nas licitações públicas e contratos administrativos*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 28 de maio de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

## RESUMO

O objetivo deste trabalho baseou-se em enfatizar as limitações constitucionais da aplicação da ação afirmativa de obrigação de contratação dos egressos do sistema prisional nas licitações públicas e contratos administrativos. Assim, efetuou-se o retrospecto do surgimento das ações afirmativas, bem como uma diferenciação entre fomento estatal e as ações presentes na Lei nº 8.666, de 1993, também denominada Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ademais, houve uma análise da obrigatoriedade de contratação e sua aplicação perante os princípios licitatórios da isonomia, legalidade e competitividade. Posteriormente, criticou-se o Decreto nº 9.450, de 2018, que regulamenta e torna obrigatória a contratação de egressos do sistema prisional nas licitações públicas, de modo que foi verificada uma violação a hierarquia das normas. Por fim, focou-se na limitação constitucional de intervenção estatal na economia com violação a liberdade econômica. Utilizou-se do método hipotético dedutivo com a realização de pesquisa bibliográfica em livros, teses, dissertações, artigos e jurisprudências, e como marco teórico a Lei nº 8.666, de 1993, Decreto nº 9.450, de 2018 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

**Palavras-chave:** ações afirmativas; egressos do sistema prisional; Lei nº 8.666, de 1993; licitações públicas; contratos administrativos; limitações constitucionais.

# A APOSENTADORIA POR IDADE DOS TRABALHADORES RURAIS. POLÍTICA PREVIDENCIÁRIA OU ASSISTENCIAL ? NECESSÁRIA ANÁLISE CRÍTICA EM DIREITO PREVIDENCIÁRIO E REFLEXIVA EM EDGAR MORIN

MARCO ARLINDO TAVARES

TAVARES, Marco Arlindo. *A aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais. política previdenciária ou assistencial ? necessária análise crítica em direito previdenciário e reflexiva em Edgar Morin*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 22 de junho de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos

## RESUMO

Este trabalho traz necessária reflexão sobre a participação dos trabalhadores rurais na previdência social, precisamente em relação à aposentadoria por idade, que é prevista como seguro social do Regime Geral. Pela necessária universalização e equidade do benefício, a proteção por idade avançada alcançou os rurais no seu contexto sociológico, tornando-se a eles acessível, por política pública, com a diminuição da idade em relação aos urbanos e a substituição da comprovação do pagamento de contribuições pela demonstração de trabalho campesino pelo mesmo período de contribuições exigido dos urbanos. Isso tem levado o judiciário a enxergar o benefício como assistencial, sendo a tutela jurisdicional exercida por meio de subjetivismo dos julgadores que, sob a forma de proatividade judicial, afirmam implementar direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988. O excesso de formalismo no âmbito administrativo e o posicionamento nas tutelas jurisdicionais fomentam o crescente número de demandas judiciais que avaliam o direito de o trabalhador rural se aposentar. Este trabalho, então, propõe pensar se as contradições retiram ou não a característica de seguro social da aposentadoria ao trabalhador rural, fazendo-se as críticas necessárias aos efeitos dos posicionamentos. O estudo condensa resultados de pesquisa empírica realizada em dez processos judiciais de cada um dos cinco Tribunais Regionais Federais brasileiros que cuidam da aposentadoria por idade ao rural, apontando as divergências encontradas nas decisões judiciais em relação às dos processos administrativos e suas razões. A partir dos resultados, questiona-se se o contraditório pensamento que se faz acerca do benefício pode colocar em risco toda a seguridade social e se teria, na função judicial, as construções jurídicas necessárias a serem aderidas pela Administração Pública. Fundamentado no marco teórico de Wladimir Martinez quanto a natureza do benefício previdenciário, e na doutrina de Jane Lúcia Wilhelm Berwanger quanto a natureza jurídica da relação do trabalhador rural com a previdência social, o resultado da pesquisa perpassa pela historicidade da criação da proteção social no mundo, com aplicabilidade no Brasil, que é subdividida em ações da seguridade social com políticas de assistência social, saúde e previdência social. Após fazer análise crítica do direito previdenciário, por meio de pesquisas bibliográficas, apontam-se os conceitos, os princípios, os institutos e a relação jurídica previdenciária e, por método dedutivo, propõe-se, pela filosofia moderna de Edgar Morin, a possibilidade de se alongar o olhar sobre a relação jurídica do trabalhador rural com a previdência social e sobre o benefício que é pago por orçamento do Regime Geral da Previdência Social.

**Palavras-chave:** previdência social; política pública; trabalhador rural; aposentadoria; reflexão.



# O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUINTE DE 1987-1988: CONJECTURAS ACERCA DA INSUFICIÊNCIA DA DEMOCRATICIDADE A PARTIR DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA

ADELSON BARBOSA DAMASCENO

DAMASCENO, Adelson Barbosa. *O Ministério Público na Constituinte de 1987-1988: conjecturas acerca da insuficiência da democraticidade a partir da teoria neoinstitucionalista*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 12 de julho de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof Dr André Cordeiro Leal

## RESUMO

A Constituição de 1988 projetou para o Brasil o Estado Democrático de Direito e elevou o Ministério Público à condição de instituição permanente na defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Poucos autores se atrevem a estudar o Ministério Público, e raras são as críticas em relação à instituição. Tentativas de alterações legislativas, que buscam impor algum tipo de controle sobre promotores e procuradores, são rapidamente rechaçadas pelos membros da instituição, pelas suas associações e confederações representativas, e até mesmo pela própria sociedade. No entanto, a existência de textos legais imprecisos, muitas vezes vagos ou genéricos, bem como a autonomia funcional, permitem que os membros da instituição atuem como intérpretes especialíssimos do direito e ocupem posição assimétrica em relação aos cidadãos. Assim, o trabalho parte do seguinte problema de pesquisa: as discussões sobre o Ministério Público ocorridas na Constituinte de 1987-1988 foram suficientes, do ponto de vista da democraticidade jurídica, para superar as falhas históricas dos paradigmas jurídicoconstitucionais do Estado Liberal e do Estado Social? A hipótese suscitada aponta para a influência dos paradigmas jurídico-constitucionais dos chamados Estados Dogmáticos no processo de discussão e criação do Ministério Público na Constituição de 1988. O objetivo geral do trabalho é o de conjecturar sobre a suficiência da democraticidade jurídica na gênese do Ministério Público da Constituição de 1988 a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito não dogmático. A presente pesquisa justifica-se na medida em que a evolução científica passa pelo processo testagem das teorias, discursos e institutos jurídicos frente às mais diversas e resistentes teorias, o que é característico nos Estados Democráticos de Direito. Para tanto, será adotada a Teoria Neoinstitucionalista de Rosemiro Pereira Leal como marco teórico, além do método hipotético-dedutivo de Karl Popper. Para o desenvolvimento, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, especialmente a partir de obras que tratam sobre o Ministério Público e o processo constituinte

**Palavras-chave:** ministério público; Constituição da República de 1988; Estado democrático de direito; teoria neoinstitucionalista do direito; paradigma jurídico.

# DA MIHI DATA, DABO TIBI JUS: O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO BRASILEIRO, À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

MARIA CRISTINA CONDE PELLEGRINO

PELLGRINO, Maria Cristina Conde. *Da mihi data, dabo tibi jus*: o tratamento de dados pessoais no âmbito do processo judicial eletrônico brasileiro, à luz da lei geral de proteção de dados. 2021. 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, 2021.

Defesa em 13 de julho de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof Dr Sérgio Henriques Zandona Freitas

Co-orientadora: Profa Dra Astréia Soares Batista

## RESUMO

Na promessa da celeridade, da segurança e da informação, o Judiciário brasileiro seguiu o agir e pensar tecnológico social, com a instituição do processo judicial eletrônico, como forma de concretização do procedimento judicial. Nesse contexto, o controle dos atos jurisdicionais não está mais reservado à consulta em cadernos físicos, mas, sim, em dispositivos de computadores acessíveis de qualquer lugar do planeta, que, ao possibilitar a classificação e o perfilamento de informações, fazem da atividade judiciária o maior repositório retroalimentável de dados pessoais, gratuito e aberto do país. Dessa realidade questiona-se, como tema-problema: o Poder judiciário brasileiro está adequado aos critérios estabelecidos pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e pelos princípios da publicidade e da privacidade, além do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no tratamento de dados pessoais dos jurisdicionados no processo judicial eletrônico? Como hipótese afirma-se que apesar do tratamento de dados pessoais pelo Judiciário prescindir do consentimento do titular na execução de sua atividade fim, a ausência de consentimento do jurisdicionado não dispensa a observância dos princípios delineadas no artigo 6º da LGPD, entre eles o princípio da finalidade, da adequação, da segurança e da prevenção no tratamento de dados, o que não vem ocorrendo, em especial, no processo judicial eletrônico, violando, por conseguinte, os princípios da dignidade da pessoa humana, da privacidade e da publicidade. Sob a análise da responsabilidade ética do agir tecnológico, proposto por Hans Jonas, marco teórico da pesquisa, o estudo tem como objetivo geral verificar a inadequação do tratamento de dados pessoais dos litigantes no processo judicial eletrônico, considerando as disposições da LGPD e os princípios da dignidade da pessoa humana, privacidade e publicidade. São objetivos específicos da pesquisa: (a) proceder a um estudo crítico sobre o direito à privacidade na era digital, à luz do princípio da responsabilidade ética formulada por Hans Jonas; (b) analisar o processo judicial eletrônico brasileiro, cotejando-o com os direitos fundamentais da publicidade e da privacidade; (c) realizar, à luz dos pressupostos da teoria de Robert Alexy, a ponderação e otimização dos princípios da publicidade e da privacidade; (d) identificar o objetivo, fundamentos e princípios que regem a LGPD e sua incidência no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, em especial, no âmbito do processo judicial eletrônico, no tocante ao tratamento de dados pessoais dos litigantes; (e) verificar a adequação do Judiciário brasileiro à LGPD, mediante um paralelo com o tratamento de dados pessoais, empregados por Estados estrangeiros, e as consequências práticas do agir tecnológico judicial brasileiro, analisando, ao final, a possibilidade de anonimização ou pseudonimização dos dados pessoais dos litigantes, como forma de tratamento de dados e cumprimento, de forma equânime, dos princípios da dignidade da pessoa humana, da privacidade e da publicidade. Fora utilizada, precipuamente, a pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos e teses referentes ao tema-problema. A pesquisa é de natureza interdisciplinar e se insere na vertente jurídico-social, adotando, como raciocínio predominante, o dedutivo.

**Palavras-chave:** Lei Geral de Proteção de Dados; processo judicial; dados pessoais; dignidade da pessoa humana; privacidade; publicidade; anonimização; pseudonimização.

# RECONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA À LUZ DA CONSENSUALIDADE

MARCUS VINÍCIUS MENDES DO VALLE

VALLE, Marcus Vinícius Mendes do. *Reconstrução da dogmática à luz da consensualidade*. 2021. 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, 2021.

Defesa em 14 de agosto de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof Dr Sérgio Henriques Zandona Freitas

## RESUMO

---

O presente trabalho objetiva investigar se a dogmática jurídica tradicional, de matriz positivista, estaria sendo reconstruída à luz da consensualidade. Busca-se, também, verificar se esta reconstrução se opera por meio de uma hermenêutica baseada na concretização de direitos e na aplicação de princípios. Propõe-se a estudar como a consensualidade poderia revelar-se por uma participação ativa e cooperativa dos cidadãos com o Estado, na superação de conflitos e na identificação de soluções jurídicas alinhadas às necessidades da vida cotidiana, em uma sociedade complexa, pluralista, multifacetária e globalizada. Os métodos de pesquisa utilizados são o indutivo e o lógico-dedutivo, numa abordagem transdisciplinar entre a filosofia e o direito.

**Palavras-chave:** filosofia; hermenêutica; direito; dogmática; consensualidade.

# OS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAS COMO INSTITUIÇÃO PARA A PRESTAÇÃO DE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E JURÍDICA EFICIENTE E SEGURA: A IMPORTÂNCIA DE UMA BUROCRACIA RACIONAL

EDUARDO BARBOSA DE RESENDE

RESENDE, Eduardo Barbosa de. *Os Cartórios Extrajudicias como instituição para a prestação de atividade administrativa e jurídica eficiente e segura: a importância de uma burocracia racional*. 99f., 2021. 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, 2021.

Defesa em 24 de agosto de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientadora: Profa. Dra. Gabriela Oliveira Freitas

## RESUMO

No atual cenário brasileiro, observa-se uma crescente judicialização das relações sociais, tornando o Estado o principal responsável por zelar pelos direitos e garantias fundamentais. Ocorre que diante da crescente demanda para a solução dos conflitos, verifica-se que o Estado brasileiro não está conseguindo atuar de forma eficiente, mormente no que se refere à prestação da atividade jurisdicional, tornando a tutela do direito cada vez menos efetiva. Buscando estudar meios de se aperfeiçoar a prestação jurisdicional, levando em consideração o necessário incentivo aos métodos alternativos de solução de conflitos e à desjudicialização de diversas atividades, a presente dissertação indaga, como tema-problema, se o cartório extrajudicial é instituição adequada para a prestação serviços públicos de natureza jurídica e administrativa, atuando com a devida eficiência e tutelando os direitos e garantias fundamentais. O presente trabalho faz uma ponderação sobre o adequado equilíbrio entre o princípio da eficiência e a necessária segurança jurídica nos atos públicos praticados pelos delegatários, que são dotados de fé pública em seu mister. Para tanto, será estudada a evolução histórica da atividade notarial e registral, bem como sua tipologia e sistemática. Em seguida, far-se-á a análise da prestação jurisdicional no cenário atual, bem como da utilização de métodos alternativos para solução de conflitos no âmbito dos cartórios extrajudiciais, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Será feita uma análise sociológica sobre a burocracia, demonstrando a sua relação com a atividade notarial e registral, bem como o estudo sobre medidas desburocratizantes e os novos serviços que podem ser delegados aos tabeliães e registradores. Ao final, como resultado da pesquisa, confirma-se hipótese inicialmente suscitada, a saber, a de que os cartórios brasileiros possuem características e atributos que podem contribuir efetivamente para a melhora na prestação jurisdicional, como o fato de possuírem gestão privada da atividade, o que permite maior flexibilidade, além de estarem capilarizados em todos os municípios.

**Palavras-chave:** desjudicialização; cartórios extrajudiciais; eficiência; segurança jurídica; burocracia racional.

# A EXTENSÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NO ÂMBITO DA LICITAÇÃO, SEGUNDO A LEI 8.666/1993 E JULGADOS DIVERGENTES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RENATA SOUTO ROCHA

ROCHA, Renata Souto. *A extensão das sanções administrativas no âmbito da licitação, segundo a Lei 8.666/1993 e julgados divergentes do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça*. 79f., 2021. 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, 2021.

Defesa em 24 de agosto de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos

## RESUMO

---

O presente trabalho científico tem por objetivo apresentar a atual conjuntura da aplicação de sanções administrativas no âmbito da licitação pública, observando a Lei 8.666/1993, a Constituição da República de 1988 e os julgados divergentes proferidos pelo Tribunal de Contas da União e pelo Superior Tribunal de Justiça e a mais recente lei das licitações 14.133 de 1º de abril de 2021, que dirime o dissenso anteriormente existente entre os posicionamentos doutrinários, reiterando a relevância da presente discussão na realidade jurídica atual. Este estudo busca analisar o instituto da licitação, avaliando as opções de aplicação das sanções administrativas, quanto a sua abrangência, podendo ser aplicado somente para o órgão sancionador ou podendo a punição ser válida para todas as esferas estatais da Administração Pública. Demonstrando assim, o impacto da disparidade de decisões na segurança jurídica na área do processo administrativo. Toda a exposição é realizada sem deixar de contemplar as garantias fundamentais albergadas constitucionalmente em um Estado Democrático de Direito. A metodologia utilizada foi o método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** licitação; sanções administrativas; entendimento jurisprudencial; Lei 8.666/1993.