



UNIVERSIDADE
FUMEC



EDIÇÃO COMEMORATIVA

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 15 |
Número 4 | **2020**

REITORIA

Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

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

Prof. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo:

Prof. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

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

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE – FUMEC

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

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

REVISTA MERITUM

COORDENAÇÃO EDITORIAL:

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM:

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

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

REVISOR E TRADUTOR DE INGLÊS

Almir Teixeira Esquárccio

Guilherme Joshua Fantini Blake

Júlia Codo Ribeiro

Lílian Aparecida de Macêdo Parreiras

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

E-mail: revistameritum@fumec.br

BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC:

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

PROJETO GRÁFICO

Rodrigo Tito Moura Valadares

Leonardo Ferreira Costa

EDITORAÇÃO

Tecnologia da Informação / Produção Multimídia

Creative Commons License

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC /
Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde. – v. 15, no. 4 (2020)- . - Belo Horizonte
: Universidade FUMEC, 2006- .

v.

Quadrimestral

ISSN 2238-6939 (Online)

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

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

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

Conselho Editorial

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

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

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

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

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

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

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

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

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

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

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

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

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

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

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

Nattan Nisimbat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

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

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA: UM BREVE ENSAIO JURÍDICO DO CENÁRIO ATUAL14 <i>COMPANY JUDICIAL RECOVERY: A BRIEF LEGAL TEST OF THE CURRENT SCENARIO</i> Antônio Carlos Diniz Murta Nany Papaspyrou Marques Mendes	
AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA PERSPECTIVA DE INCLUSÃO.....27 <i>THE ADVANCE DIRECTIVES: A PERSPECTIVE OF INCLUSION</i> Cleber Affonso Angeluci Ana Letícia Bongardi	
NARRATIVA EDUCACIONAL TRANSMÍDIA E O PODCAST43 <i>TRANSMEDIA EDUCATIONAL NARRATIVE AND PODCAST</i> Frederico de Andrade Gabrich Alessandra Abrahao Costa	
DIGNIDADE HUMANA E DIREITO AO RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE PESSOAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO EXTRAJUDICIAIS60 <i>HUMAN DIGNITY AND THE RIGHT TO RECOGNIZE PERSONAL IDENTITY: AN ANALYSIS FROM EXTRAJUDICIAL PROTECTION INSTRUMENTS</i> Aloísio Alencar Bolwerk Neuton Jardim dos Santos	
O EFEITO EXTRAJURISDICIONAL DOS PRECEDENTES NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO76 <i>THE EXTRAJURISDICTIONAL EFFECT OF PRECEDENTS ON BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL SYSTEM</i> Jean Carlos Dias Samira Viana Silva	
LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS92 <i>CONSTITUTIONAL LIMITATIONS TO THE REGULATORY POWER OF REGULATORY AGENCIES</i> Ana Keuly Luz Bezerra José Machado Moita Neto Maria Carolina Oliveira de Araujo	
AS NUANCES DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA OAB NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....109 <i>THE NUANCES OF ACTIVE LEGITIMACY AD CAUSE OAB IN PUBLIC CIVIL ACTION</i> Paula Martins da Silva Costa Zaiden Geraige Neto Juliana Castro Torres	
O ESTADO DE EXCEÇÃO E A REVISÃO JUDICIAL: A ATUAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS132 <i>THE STATE OF EXCEPTION AND THE JUDICIAL REVIEW: THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS</i> Deomar da Assenção Arouche Junior Delmo Mattos da Silva Roberto Carvalho Veloso	

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO FENÔMENO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E OS LIMITES DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	151
<i>THE JUDICIALIZATION OF POLICY AS A PHENOMENON OF NEOCONSTITUTIONALISM AND THE LIMITS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY</i>	
Camila Leonardo Nandi de Albuquerque Sandro Luiz Bazzanella	
IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS E FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA: COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA, OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	172
<i>WEALTH TAX AND COMBAT AND ERADICATION OF POVERTY FUND: TAX COMPETENCE, UNCONSTITUTIONAL OMISSION AND VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS</i>	
Julia Pires Peixoto dos Santos Mario Di Stefano Filho Vinícius Gomes Casalino	
ENTRE O LIBERALISMO DE DWORKIN E O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI – APROXIMAÇÕES E DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS.....	196
<i>BETWEEN THE LIBERALISM OF DWORKIN AND THE GARANTISMO OF LUIGI FERRAJOLI - THEORETICAL APPROXIMATIONS AND DIVERGENCES</i>	
Italo Farias Braga Natércia Sampaio Siqueira	
A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE PARA A EFETIVAÇÃO DA GOVERNANÇA PÚBLICA NA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL	211
<i>THE IMPORTANCE OF COMPLIANCE FOR THE ACCOMPLISH OF PUBLIC GOVERNANCE IN MUNICIPAL ADMINISTRATION</i>	
Pablo Esteban Fabricio Caballero Alfredo Copetti Neto	
DAS FORMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E OS IMPACTOS NOS PADRÕES DE CONSUMO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	228
<i>FORMS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE IMPACTS ON CONSUMER PATTERNS AND THE PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS</i>	
Jaqueline Silva Paulichi Valéria Silva Galdino Cardin	
CONCEITOS DE INFORMAÇÃO E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA	246
<i>INFORMATION AND INFORMATION SOCIETY CONCEPTS AND ITS RELEVANCE</i>	
Beatriz Martins de Oliveira Ricardo Libel Waldman	
O PAPEL DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NA CRISE DA DEMOCRACIA.....	260
<i>THE ROLE OF NEW INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES IN THE DEMOCRACY CRISIS.</i>	
Elísio Augusto Velloso Bastos Cristina Pires Teixeira de Miranda Daniela Rodrigues de Nardi	
A EXCLUSÃO DIGITAL E A CIDADANIA PARTICIPATIVA NA SOCIEDADE EM REDE.....	283
<i>DIGITAL DIVIDE AND PARTICIPATORY CITIZENSHIP IN THE NETWORK SOCIETY</i>	
André Afonso Tavares Reginaldo de Souza Vieira	

QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A PROTEÇÃO DO HOMEM NO DIREITO BRASILEIRO	300
<i>FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE PROTECTION OF MAN IN BRAZILIAN LAW</i>	
Dirceu Pereira Siqueira Fernanda Corrêa Pavesi Lara	
TEORIA ECONÔMICA DO CRIME: POR UMA POLÍTICA CRIMINAL CIENTIFICAMENTE ORIENTADA.....	312
<i>ECONOMIC THEORY OF CRIME: TOWARDS A SCIENTIFICALLY ORIENTED CRIMINAL POLICY</i>	
Allan Versiani de Paula Julio Cesar de Aguiar Nefi Cordeiro	
A BASE DE CÁLCULO DAS TAXAS: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 29 E O “CUSTO DA ATIVIDADE ESTATAL”	329
<i>THE BASIS OF CALCULATION OF FEES: CONSIDERATIONS AROUND BINDING SUMMARY No. 29 AND THE “COST OF STATE ACTIVITY”</i>	
Carlos Victor Muzzi Filho	
AS IMPLICAÇÕES DA BOA-FÉ COMO REGRA COGENTE NOS NEGÓCIOS INTERNACIONAIS À LUZ DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS DE 1980.....	345
<i>THE IMPLICATIONS OF GOOD FAITH AS A COGENT RULE IN INTERNATIONAL BUSINESS UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS OF 1980</i>	
Renata Alvares Gaspar Mariana Romanello Jacob	

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO (PPGD/FUMEC): 10 ANOS

A Revista *Meritum* dedica no Volume 15, no ano de 2020, número especial comemorativo dos 10 (dez) anos de PPGD FUMEC.

A Universidade FUMEC, mantida pela Fundação Mineira de Cultura – entidade sem fins lucrativos, gerida exclusivamente por Conselho Curador, constituído por professores da instituição e fiscalizada pelo Ministério Público – foi criada em 1965. A FUMEC criou e mantém várias faculdades, dentre elas a Faculdade de Ciências Humanas (FCH).

O Curso de Graduação em Direito da FCH foi autorizado por Decreto Presidencial em 25 de maio de 1994 e recebeu o selo OAB recomenda.

Quando completou 15 anos de existência, grupo de docentes do curso, a partir de atividades realizadas na graduação; da experiência acumulada em atividades de ensino, pesquisa e extensão na própria FUMEC e nas suas instituições de origem (notadamente UFMG e PUC-MG); e de produção acadêmica já consolidada; apresentou junto a CAPES o projeto para a implementação Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direito, sendo o projeto aprovado em 2009, e implementado em 2010.

No ano de 2020, o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD) completa 10 anos de existência.

O Mestrado em Direito, do PPGD/FUMEC, foi recomendado e autorizado pela CAPES em 9 de novembro de 2009, de acordo com o Ofício nº. 142-10/2009/CTC/ CAII/CGAA/DAV/CAPES; reconhecimento: Portaria n. 609, de 18 de março de 2019. O Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade FUMEC (PPGD) iniciou suas atividades em 2010.

Na última avaliação quadrienal, pela CAPES, a nota do Programa subiu de 3 para 4.

Nesses dez anos de existência, sua principal preocupação foi a de se fortalecer e, neste contexto, buscou, especialmente: consolidar as estruturas administrativas e normativas internas, de materiais e de equipamentos necessários ao desenvolvimento de suas atividades; apresentar-se, no âmbito educacional, como opção de formação em nível de mestrado na Região Metropolitana de Belo Horizonte e outras cidades do Estado de Minas Gerais; buscar parcerias sociais e institucionais em nível nacional e internacional para o fortalecimento do curso; elaborar projetos para captação de fomento e recursos para ensino, pesquisa e extensão; promover a integração do corpo docente, discente e corpo administrativo do PPGD e da Graduação; consolidar-se como curso inovador e de excelência; formar e implementar projetos de pesquisa visando a integração entre os docentes e discentes do curso de graduação em direito, de outras áreas da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Fumec e de outros cursos da pós-

-graduação *stricto sensu* da Fumec; oferecer disciplinas condizentes com os projetos e perfis dos discentes que ingressam no curso; criar e implementar metodologias inovadoras de ensino; fomentar a produção docente e discente; aprimorar os instrumentos e meios de divulgação da produção intelectual dos docentes e discentes; consolidar os procedimentos de participação coletiva e democrática dos docentes e discentes na condução do curso. Este último elemento deve, inclusive, ser destacado como traço marcante e diferencial deste PPGD.

Nos anos de 2015 e 2016, foi implementado novo site do Mestrado em Direito, visando dar maior transparência e divulgar as informações mais relevantes do PPGD. Do ponto de vista geográfico, o curso oferecido pela FUMEC está sediado em Belo Horizonte, que integra o terceiro maior aglomerado urbano do País.

O Programa se estrutura em torno da área de concentração em Instituições sociais, Direito e Democracia e das linhas de pesquisa Autonomia privada, regulação e estratégia e Esfera pública, legitimidade e controle, tendo recebido elogios da comissão avaliadora da CAPES, em todas as avaliações, quanto ao conteúdo inovador da proposta do curso.

Quanto à inserção do Programa no campo da área do direito e das subáreas do direito público e do direito privado estas se devem tanto a localização geográfica do curso, quando à própria proposta do Programa de trabalhar os campos de intersecção entre as esferas e o direito público e privado. Tal circunstância cria a necessidade do profissional do Direito se especializar a fim de apresentar condições de desenvolver pesquisas de caráter inter e transdisciplinar.

No ano de 2014, alterações foram promovidas, entre as quais destaca-se a reconfiguração da linha de pesquisa Regulação e autonomia privada para incorporar a proposta de discussão acerca das estratégias jurídicas das organizações, que foi amadurecida e recrudescida durante a implantação do curso e a composição do corpo docente. Neste sentido, a linha passou a denominar-se Regulação, autonomia privada e estratégia.

Registra-se que em 2018, houve a reestruturação dos projetos de pesquisa, que passaram a abarcar um campo maior de conteúdos, com as nomenclaturas: O DIREITO PRIVADO FRENTE AOS DESAFIOS DO MUNDO CONTEMPORÂNEO – na linha de pesquisa: Autonomia Privada, Regulação e Estratégia, CONTROLE, CONSENSO E CIDADANIA: IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS, ADMINISTRATIVAS, PROCESSUAIS E TRIBUTÁRIAS na linha de pesquisa: Esfera Pública, Legitimidade e Controle e PESQUISA E ENSINO NO DIREITO: NOVAS PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS para ambas as linhas de pesquisa que aborda a realidade contemporânea, marcada pelo fluxo crescente, contínuo e gratuito de informações, exige a pesquisa e o desenvolvimento de novas metodologias de ensino e de pesquisa que sejam capazes de influenciar o trabalho docente e discente, para a construção de conhecimento apto a transformar e aprimorar a realidade da formação acadêmica e científica dos docentes e discentes do curso, bem como as ementas das disciplinas do curso.

A proposta do programa encontra-se, em verdade, nas áreas de intersecção entre o público e o privado e seu principal desafio é justamente criar um ambiente de ensino, pesquisa e extensão que promova a interdisciplinariedade e a construção de saber nas áreas citadas, considerando o contexto da histórica *summa divisio* do pensamento jurídico.

No âmbito da parceria entre a UFMG / UEMG / UFV / FUMEC no Programa “Cidade e Alteridade: multiconvivência cultural e justiça urbana” foi aprovado projeto no âmbito da demanda universal do CNPq 2014, com início em 2015, com a integração de pesquisadores da Fumec nas atividades do Programa.

Em 2016, registra-se a implantação do Núcleo de Pesquisas do Mestrado em Direito da Fumec, que integra bolsistas, estagiários docentes e pesquisadores voluntários com o escopo de dinamizar ainda mais as atividades do curso, a partir da cooperação dos mestrandos nas diversas atividades de ensino, pesquisa e extensão.

Em 2018 iniciada a construção do Projeto de Doutorado em Direito institucionalmente, com a aprovação em 2019 no CONSEPPE e em 2020 no CONSUNI, a proposta aguarda abertura de janela na CAPES para submissão pelo PPGD FUMEC.

Em 2020 aprovada a migração do sistema semestral para o sistema bimestral no PPGD, para início em fevereiro de 2021, integrando a nova sistemática aos demais PPGs da instituição (PPGA e PPGSISC), com curso mais dinâmico e aumento da oferta de disciplinas e pesquisas aos mestrandos do Programa.

Quanto ao processo de consolidação do Programa, as Pró-Reitorias de Pós-Graduação e de Pesquisa da Universidade FUMEC têm se esforçado, juntamente com as agências financeiras oficiais de fomento, com as quais mantêm projetos de cooperação, como a FAPEMIG, FUNADESP, o CNPq e a própria CAPES, para aprimorar a infraestrutura do Programa, mediante a ampliação do acervo, notadamente bibliográfico, por meio da realização de parcerias para a aquisição de material permanente e fomento à pesquisa, bem como para a publicação da Revista Meritum, que vem aprimorando seus procedimentos para avançar nos estratos qualificados pelo sistema Qualis-Capes.

COMPOSIÇÃO DO QUADRO DE DOCENTES

Quanto a composição do quadro de docentes, o curso iniciou-se, em 2010, com 15 docentes permanentes.

O PPGD, em 2020, conta com 13 docentes, sendo 12 permanentes e 1 colaborador, destes 08 professores vinculados à Linha de Direito Público e 05 professores à Linha de Direito Privado.

O corpo docente do curso é composto atualmente dos professores, a seguir listados.

André Cordeiro Leal

Antônio Carlos Diniz Murta

Astréia Soares Batista

Carlos Victor Muzzi Filho

Daniel Firmato de Almeida Gloria

Danúbia Patrícia de Paiva

Frederico de Andrade Gabrich

Lucas Moraes Martins

Luciana Diniz Durães Pereira

Marcelo Barroso Lima Brito de Campos

Paulo Marcio Reis Santos

Rafhael Frattari Bonito

Sérgio Henriques Zandona Freitas

COORDENADORES DO PPGD

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (período 2003-2013)

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias (período 2014-2017)

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza (período 2018-2019)

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas (período 2020-atual)

SECRETÁRIA

Bel. Cláudia Márcia Magalhães

DOS PROJETOS DE EXTENSÃO E CONVÊNIOS COM OUTROS PROGRAMAS

A Universidade FUMEC, em atendimento às suas funções de ensino, pesquisa e extensão e com fundamento nos princípios e fins da educação nacional, tem por missão: 'formar cidadãos conscientes de sua responsabilidade social, portadores dos valores de justiça e ética, nas diferentes áreas do conhecimento, aptos para a inserção nos diversos setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira. Assim, considerando a missão da Universidade, o Mestrado em Direito da Universidade Fumec tem entre suas metas e atividades a ampliação, cada vez maior, de sua integração com a sociedade e até mesmo com o mercado de trabalho, mesmo não se tratando de mestrado profissional. Para tanto, os docentes e discentes do programa mantêm relações com diversas associações acadêmicas e entidades profissionais (IMDP, IMDA, OAB, FIEMG, ABRADT, INPJ, SBPC) ampliando externamente sua área de atuação.

Há projetos de extensão, como Cidade e Alteridade, Além do Cinema e Livro Aberto, que alcança público externo considerável, conforme dados deste relatório. Também os eventos realizados pelo PPGD – entre os quais se destacam o CONPEDI-Belo Horizonte, em 2015, os Encontros Luso-Brasileiros, nos anos que se seguiram - além das demais atividades desenvolvidas, têm buscado não só cuidar de temas sensíveis à comunidade externa, mas têm conseguido revelar o seu efetivo impacto social. O impacto social também é mensurado a partir do egresso, que retorna ao mercado de trabalho e ao meio acadêmico, após a realização do curso e para diversas regiões do Estado de Minas Gerais.

O Programa de Mestrado da Universidade Fumec possui convênios e parcerias com outros programas, com centros de pesquisa e outras instituições, no país e no exterior, apresentando atividades desenvolvidas no âmbito de tais convênios, conforme produtos gerados e apresentados nos dados de produção constantes deste relatório. Em seus primeiros anos de funcionamento, houve grande esforço de integração com os demais programas de pós-graduação regionais e nacionais e ainda de internacionalização do Programa. No âmbito regional, o PPGD da Fumec foi decisivo na implantação do Fórum dos Coordenadores dos PPGD's de Minas Gerais, que constitui importante arena de discussão dos desafios da Pós-Graduação *Stricto sensu*. No âmbito nacional, além da parceria com o Programa Cidade e Alteridade, da UFMG, que congrega outras 5 IES nacionais e 2 estrangeiras, o PPGD participou da organização e realização do CONPEDI em 2011 e em 2015 (parceria entre UFMG/FUMEC/Dom Helder).

No âmbito internacional, houve a realização de parcerias acadêmicas efetivas com diversas universidades Portuguesas, tais como a Universidade de Lisboa, a Universidade Nova de Lisboa, a Universidade do Minho e a Universidade Católica do Porto. A cada ano intensifica-se a participação de docentes e até mesmo discentes do PPGD em eventos no exterior, ampliando o processo de internacionalização do curso. Houve também a participação de professores estrangeiros em atividades acadêmicas, desde a implantação do curso, tais como conferências, palestras, aulas magnas e mesas redondas. Significativo foi o recebimento de inúmeros trabalhos internacionais pela Revista Meritum. Desde 2015, portanto, observa-se processo crescente de internacionalização do Programa, considerando ser o mesmo de implantação relativamente recente. Os trabalhos apresentados em eventos internacionais contribuíram para a divulgação do Programa, colocando-a em contato a comunidade do Programa com interlocutores internacionais e abrindo boas perspectivas para o futuro do PPGD.

Vários dos docentes do PPGD FUMEC são editores chefes ou adjuntos de Periódicos Qualis CAPES, podendo-se destacar: Index Law Journals da Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça; Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça; e da Revista Cidadania e Acesso à Justiça.

Os Professores do PPGD, os mestrandos e egressos regulamente se destacam no CONPEDI, com aprovação de artigos e pôsteres, acima da média nacional, podendo-se ressaltar a ampla participação em todos os últimos eventos internacionais (Madrid, Oñati, Montevideo, Costa Rica, Portugal, Espanha-Zaragoza, Quito-Ecuador e Espanha-Valência) e nacionais (Aracaju, Belo Horizonte, Brasília, Curitiba, Brasília, Maranhão, Salvador, Porto Alegre, Goiânia, Belém, 1º. e 2º. CONPEDI's VIRTUAIS), bem como na coordenação de GTs em Belo Horizonte (1), Curitiba (1), Brasília (1), Maranhão (2), Portugal (2), Equador (1), Salvador (2), Zaragoza (1), Porto Alegre (2), Goiânia (1), Valência (2), Belém (1), 1º. Conpedi Virtual (1 GT de artigos e 4 GTs de pôsteres) e 2º. Conpedi Virtual (1 GT de artigos e 4 GTs de pôsteres), e a exposição de pôsteres com alunos da graduação e do mestrado da Universidade FUMEC, UFMG e PUC MINAS (Belo Horizonte, Brasília, Curitiba, Brasília, Maranhão, Salvador, Porto Alegre, Goiânia, Belém, 1º. e 2º. Conpedis Virtuais). Assim, a parceria com o CONPEDI tem sido longa e profícua.

São metas do Programa, portanto, intensificar essas parcerias e buscar outras, como atestam os dados constantes deste relatório. O principal indicador de solidariedade e nucleação do curso é sua participação ativa no Fórum de Coordenadores dos Programas de Pós-Graduação do Estado de Minas Gerais, com papel ativo da Universidade Fumec nesse processo. A visibilidade, por sua vez, resulta do seu conjunto de atividades e do aprimoramento dos sistemas de divulgação de informação, como sites, blogues, páginas de Facebook, no Instagram e o Canal Oficial do PPGD FUMEC no Youtube, atualmente com mais de 60 (sessenta) vídeos disponibilizados.

O curso de Mestrado em Direito da Universidade tem se esforçado para oferecer experiências inovadoras de formação aos estudantes de mestrado. Entre elas, destaca-se o Estágio de docência, que permite, a cada semestre, mais de 20 (vinte) estudantes do mestrado se dediquem a atividades didático-pedagógicas junto a um dos núcleos do Curso de Graduação em Direito da Universidade (Direito público; Direito social; Disciplinas fundamentais; Direito penal; Direito privado e processual civil) e das atividades de extensão coordenadas pelo Núcleo de Prática Jurídica, conforme detalhado nos projetos de extensão e, mais adiante, no item deste relatório que trata da Integração com a Graduação.

Outra experiência inovadora de formação também conectada com a graduação é a participação sistemática dos mestrandos em bancas de trabalhos de conclusão de curso (TCC) na graduação, o que possibilita aos mestrandos não só se preparem para a elaboração e defesa da sua própria dissertação de mestrado, como exercer atribuições de examinador de trabalhos acadêmicos, juntamente com os demais professores do mestrado e da Graduação em Direito.

Há disciplinas do PPGD, como a de Estratégias Jurídicas das Corporações e de Metodologia do Ensino Jurídico que têm promovido atividades que permitem aos mestrandos apresentarem pequenas palestras, com orientação do professor da disciplina, tanto na graduação em direito da própria Universidade, quanto de outras instituições, com utilização de metodologias inovadoras no ensino jurídico, tais como: modelos TED e PechaKucha 20x20, Flipped Classroom (sala de aula invertida), Mapas Mentais, Storytelling, Design Thinking, oratória e desinibição, memorização entre outras.

Desde os primeiros anos do curso, professores do programa implementaram o projeto de

pesquisa Design Instrucional e Inovação das Metodologias de Ensino Jurídico e vem, sistematicamente desenvolvendo não só reflexões sobre o ensino jurídico, a partir de pesquisas bibliográficas e investigações empíricas junto ao curso de Graduação em Direito da Fumec, como tem buscado aplicar os conhecimentos adquiridos. No âmbito deste projeto, financiado pelo Programa PROPIC da Universidade Fumec e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais – FAPEMIG, os mestrandos passaram a desenvolver atividades de pesquisa e projetos experimentais como a gravação de uma web série sobre a Análise Estratégica do Direito, bem como a realização de episódios do programa de rádio denominado Qual é a Sua Ideia?, veiculado na Rádio Fumec Web, na Rádio Totem Web e também em Podcast, disponível para plataforma IOS.

Seguem as informações acerca do impacto social do PPGD da Universidade Fumec. Além do desenvolvimento de Projetos de Extensão de longa duração, a Universidade FUMEC também promoveu, com a participação sempre ativa do PPGD, diversas outras atividades de caráter extensionistas, caracterizadas pela intensa participação da comunidade, atingindo seus objetivos relativos à Responsabilidade Social. Dentre essas atividades, pode-se destacar: 24 Mesas-redondas; 850 palestras, 19 oficinas, 12 workshops, 118 cursos de extensão, além de sessões de cinema comentados, semanas acadêmicas, feiras, mostras, lançamentos de livros, apresentações de canto coral, teatro e dança, dentre outros.

O PPGD desenvolve atividades que promovem interfaces com a Educação Básica, que vão além da participação esporádica de docentes e discentes no Projeto Direito em Ação, realizado pelo Curso de Direito da Universidade Fumec, como a integração de alunos do ensino médio em Projetos de Pesquisa dos professores do Mestrado em Direito. Alguns destes alunos, incentivados pelos docentes e discentes do PPGD, tornaram-se acadêmicos na Universidade.

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

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA: UM BREVE ENSAIO JURÍDICO DO CENÁRIO ATUAL

COMPANY JUDICIAL RECOVERY:
A BRIEF LEGAL TEST OF THE CURRENT SCENARIO

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA¹
NANY PAPASPYROU MARQUES MENDES²

RESUMO

A crise econômica, financeira e sanitária provocada pela pandemia do coronavírus convida a comunidade jurídica para um novo ciclo de estudos sobre os impactos do novo mundo no direito brasileiro, notadamente o empresarial. Depois de um exame sobre a construção do sistema jurídico falencial e recuperacional, com abordagem até de regra específica, o estudo propõe a aplicação de institutos do direito civil, ramo das obrigações e contratos, no curso da ação de recuperação, muito em especial para conferir o direito de revisão do plano contratado, sob as influências do novo estado de coisas, imposto por fato imprevisível e extraordinário, conforme Teoria da Imprevisão.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Natureza Jurídica. COVID-19. Direito Empresarial. Falência.

ABSTRACT

The economic, financial and health crisis caused by the coronavirus pandemic invites the legal community to a new cycle of studies on the impacts of the new world on Brazilian law, notably corporate law. After examining the construction of the bankruptcy and recovery system, with a specific rule approach, the study proposes the application of civil law institutes, branch of obligations and contracts, in the course of the

- 1 Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (1987). Especialização em Direito Comercial pela Faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais (1994). Doutorado em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (2000). Procurador do Estado lotado na Procuradoria de Tributos e Finanças de MG (PTF), órgão integrante da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (AGE/MG). Coordenador da Procuradoria de Tributos e Finanças (PTF), da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (AGE/MG) junto ao Conselho de Contribuintes de Minas Gerais (CC/MG). Membro/Conselheiro eleito do Conselho Superior da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (AGE/MG). Membro da Comissão Permanente de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais, no âmbito da Secretaria da Casa Civil e Relações Institucionais e da Secretaria de Estado da Fazenda. Professor Titular da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH), unidade integrante da Fundação Mineira de Educação e Cultura / Universidade FUMEC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5206258464220367>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9568-7997>. E-mail: acmurta@fumec.br
- 2 Mestranda em Direito pelo PPGD da FUMEC. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG (2013). Especialista em Direito Público pela Universidade FUMEC (2017). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9531-6996>. E-mail: nanypmarques@gmail.com

Como citar esse artigo/How to cite this article:

MURTA, Antônio Carlos Diniz; MENDES, Nany Papaspyrou Marques. *Recuperação judicial da empresa: um breve ensaio jurídico do cenário atual*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 14-26, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8265>.

recovery action, especially in order to check the right to review the contracted plan, under the influence of the new state of affairs, imposed by an unpredictable and extraordinary fact.

Keywords: Judicial recovery. Legal Nature. COVID-19. Business Law. Bankruptcy.

1. INTRODUÇÃO

Daquilo que não se pode duvidar, está a certeza que a pandemia do corona-vírus marcou a vida da população mundial no ano de 2020. Situações novas, futuro que se mostra desconhecido e distante. A economia, por claro, transmutou-se ante ao reflexo das situações geradas pela propagação do vírus no mundo, e, é claro, no Brasil. A atividade empresarial, essência da economia capitalista, experimentou consequências variadas neste tempo pandêmico novo.

Alguns segmentos se viram diante de um mundo de oportunidades e ganhos. Outros, impossibilitados-limitados/obstados de exercício, pela recomendação de não agrupamento de pessoas, como no entretenimento, nos transportes coletivos Assim, instituições empresariais já acometidas por dificuldades financeiras vinham sob tratamento do processo de recuperação regulado pela lei 11.101/2005, e também decerto impactados pelos corolários da pandemia. Estas empresas provavelmente necessitarão de uma revisão ao plano recuperacional para que possam efetivamente se recuperarem

A alternativa normativa para o incumprimento de obrigação pactuada no plano de recuperação é a convolação para a ação de falência. Com o suporte nos princípios que orientam a construção do direito falimentar, o texto que se apresenta, por seu turno, propõe a possibilidade de uma revisão do plano de recuperação em curso, se as obrigações nele inseridas se tornarem desequilibradas, onerosas. Para tanto, a exploração da doutrina jurídica que confere ao plano recuperacional a natureza de contrato, conduz e fundamenta a construção científica deste artigo.

A partir de um breve esforço histórico, e com visitas às regras e demais normas da lei recuperacional, a ideia que se propõe a construir, é a partir da aplicação de preceitos do direito privado obrigacional e contratual, na solução das questões exurgidas deste e outro contexto inevitável, imprevisível e extraordinário.

2. O SISTEMA DE INSOLVÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ano de 2005, o Brasil inaugurou o seu novo regime jurídico de insolvência, o que se deu com a entrada em vigor, no dia 10 de junho daquele ano, da lei 11.101/2005, esta, sancionada e publicada em 9 de fevereiro também do ano de 2005.

A nova lei se propôs a regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, substituindo-se, assim, os institutos da concordata

preventiva e suspensiva previstas no Dec. Lei 7661/45 pelos novos institutos então trazidos à lume pela nova lei, quais sejam a Recuperação Judicial e Extrajudicial das empresas em crise.

Em sendo empresário ou sociedade empresária o devedor, havendo o enquadramento da circunstância em um dos permissivos previstos no artigo 94 da Lei 11.101/2005³, configurado está o estado falimentar apto a dar azo aos procedimentos liquidatórios específicos do processo concursal.

De outro lado, a nova lei, elaborada sob a realidade do comércio e indústria brasileiros no início do século XXI, ousou integrar no sistema de insolvência nacional o novo instituto da recuperação das empresas, tanto na via judicial quanto extrajudicial.

Tal instituto, especialmente quando comparado à pretérita concordata, tem alcance ampliado de seus efeitos em relação aos credores e ao próprio propósito da medida, a recuperação judicial das empresas tem como escopo viabilizar a superação da crise econômico financeira, permitindo-se a manutenção da fonte produtora, o emprego dos trabalhadores, os interesses dos credores, tudo com vistas à promoção da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, conforme artigo 47 da citada lei 11.101/2005⁴.

O atual sistema de insolvência adotado pelo legislador nacional, desse modo, inaugurou no Brasil a importância destacada à atividade empresarial, de modo que o instituto da recuperação judicial da empresa tem como fundamento normativo principiológico e visa promover a própria preservação e função social da empresa e, ainda, estimular a atividade econômica.

Acredita-se, neste sentido, que o regime jurídico da insolvência atenda aos interesses dos agentes envolvidos na atividade empresarial, dando-lhes soluções que possam atendê-los de modo satisfatório nas circunstâncias em que a crise econômica e financeira aflija a tranquilidade negocial então existente, isto, seja nas medidas liquidatórias realizadas no

3 Art. 94. Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. §1o Credores podem reunir-se em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com base no inciso I do caput deste artigo. § 2o Ainda que líquidos, não legitimam o pedido de falência os créditos que nela não se possam reclamar. § 3o Na hipótese do inciso I do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9o desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica. § 4o Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, o pedido de falência será instruído com certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução. § 5o Na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o pedido de falência descreverá os fatos que a caracterizam, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas. (BRASIL, Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 20 set. 2020)

4 Artigo 47: A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 20 set. 2020)

processo concursal falimentar, seja no tocante às medidas de soerguimento efetivadas no procedimento de recuperação da empresa viável.

A propósito, a atividade comercial e industrial, no mais das vezes, realiza-se com a oferta de crédito por parte dos agentes investidores de capital, assim, a indústria financia a sua produção sob a premissa de que o resultado havido com a venda dos produtos ou do serviço depreenda-se suficiente para honrar as obrigações com os investidores e, ainda, remunerar satisfatoriamente o trabalho e o capital empregados. Quando esta perspectiva de ordem mercadológica se frustra, idem aos dias de hoje, o sistema jurídico de insolvência há de entrar em cena, para assegurar a reordenação do cenário negocial e empresarial.

O não cumprimento da obrigação creditícia que, não raro, decorre do acometimento da crise no ambiente empresarial, fato de conhecimento notório e muito presente neste histórico ano de 2020, deve ser resolvido a partir do sistema legal de insolvência adotado pelo ordenamento jurídico de regência, seja pela falência, seja pelas modalidades de recuperação instituídas no regime jurídico mercantil.

Frederico A. Monte Simionato, em lição precisa sobre o imperativo de garantias que deve oferecer o regime jurídico da insolvência em favor daqueles envolvidos na atividade negocial, explica que:

“(...) em tempos em que se fala tanto do interesse da empresa, preservação da entidade produtora, não se pode olvidar, sob pena de riscos incriveis, a necessidade de satisfação dos interesses dos credores. O crédito é aquilo que de mais essencial existe no sistema capitalista (...)”. (SIMIONATO, 2008, p.23)

Visto isso, claro está que o sistema de insolvência vigente pela Lei 11.101/2005 regula o processo liquidatório clássico, adotando como elemento configurador do estágio falimentar a insolvência jurídica, isto, por inteligência do artigo 94 da lei. A mesma norma, como sabido, ainda instituiu os procedimentos de recuperação judicial e extrajudicial das empresas em crise econômica, desde que ainda viáveis financeiramente, fato que enaltece sobremaneira a preocupação do legislador moderno aos interesses e função social da empresa e a sua utilidade no mercado que integra.

3. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

A lei 11.101/2005, além dos preceitos liquidatórios típicos para as empresas inviáveis e que estejam em estágio falimentar, regula ainda e principalmente o procedimento da recuperação judicial da empresa em crise, este apto a garantir e preservar a participação social dos agentes envolvidos na atividade empresarial, em especial os credores (SIMIONATO, 2008).

Esta nova característica normativa, que prestigia a proteção dos interesses sociais que interligam as relações havidas no exercício da empresa, propõe a preservação da atividade empresarial viável e a obediência respectiva à sua função social e o estímulo da atividade econômica, isto, sabidamente, para que se permita a manutenção do núcleo produtivo, do emprego dos trabalhadores e, por óbvio, dos interesses dos credores.

Neste sentido, o isolado interesse e desejo do empresário consistente no exercício da empresa em crise e de forma temerária cede lugar ao aspecto e relevo social que se depreende da atividade empresarial, isto, para que se determine como pressuposto para a concessão da medida recuperatória, a cuidadosa pesquisa e exame de sua essencial viabilidade financeira.⁵

A recuperação judicial das empresas, desse modo, conta com o fundamento na norma do artigo 47 da Lei 11.101/2005, na medida em que tal norma alcança e tutela os principais interesses expostos à situação da crise empresarial.

A redação da norma citada, como dito, regula e tutela os interesses de todos os agentes envolvidos na relação empresarial, isto é, na medida em que a norma prevê o instituto da recuperação como sendo apto à superação da crise empresarial, para que se permita a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores, dos interesses dos credores, tudo com vistas à promoção da preservação da empresa viável e sua função social e, ainda, do estímulo à atividade econômica, está o legislador direcionando o espírito da lei à ideia da empresa institucional que atua em prol de todo o público que em suas relações encontra-se vinculado.⁶

Com efeito, a recuperação judicial das empresas é o instituto previsto no regime jurídico da insolvência e que, alicerçado em fortes princípios e fundamentos, propõe e regula o vencimento contra a crise e a reconstrução, reorganização, recuperação da empresa, de modo que sejam satisfatoriamente atendidos os interesses sociais que interligam as relações jurídicas havidas no seio do negócio.

O sucesso da medida de recuperação promove a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, conforme dispõe o artigo 47 da Lei 11.101/2005:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (gn) (BRASIL. 2005)

A participação efetiva dos credores na sorte ou revés da proposta de recuperação da empresa ofertada pelo devedor também registra o marco social da atividade empresarial e, a sua respectiva utilidade no meio em que está integrada, em especial no tocante à redução

5 "Na busca dos fins sociais da empresa, não pode a administração da sociedade determinar políticas gerenciais contrárias ao interesse da companhia, e neste passo se fala em interesse geral de todos os fatores que compõem a empresa, como empregados, consumidores, Estado, etc., ainda mais nos casos de gestão temerária ou fraudulenta, lesando o interesse dos credores. Com efeito, o interesse social deve ser o interesse da companhia, e da própria coletividade, conforme art. 170 da Constituição Federal e arts. 115, 116, 117, 153-159 da Lei das S.A. Certamente, o fundamento do novo direito falimentar está na preservação da empresa viável financeiramente, e que significa a reformulação da forma de tratamento da empresa em dificuldades econômicas, colocando todos os interesses, nela representados na atividade empresarial, em uma situação complexa de fornecer, cada qual conforme suas forças e condições, instrumentos jurídicos e financeiros ao processo de reconstrução do fator produtivo". (SIOMIONATO, Frederico Augusto Monte, 1972 – Tratado de direito falimentar / Frederico A. Monte Simionato. – Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 17-18)

6 "A definição legal é realmente correta. Os magistrados devem se atentar que reside aqui, no art. 47 da nova Lei, a fonte de interpretação e aplicação do novo direito falimentar, como norma definidora de deveres, funções e paradigmas de hermenêutica jurídica, fazendo valer o interesse público sobre o interesse individual dos credores, e, portanto, repercutindo sobre a análise de viabilidade econômica do plano de recuperação judicial. (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte, 1972 – Tratado de direito falimentar / Frederico A. Monte Simionato. – Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 122)

do custo de crédito para o financiamento da produção e circulação de bens e serviços em virtude da atividade econômica empresarial organizada.⁷

A recuperação judicial das empresas brasileiras, então, é o instituto do direito falimentar que busca ofertar e garantir ao empresário ou sociedade empresária em crise econômica, meios hábeis de soerguimento e superação da crise.

Todavia, nem todos os devedores estão aptos ao manejo da ação, já que, a mesma consiste claramente na socialização dos riscos do negócio junto aos credores existentes ao tempo da medida e, tal distribuição de riscos não pode ser feita em prol de empresas inviáveis e irrecuperáveis.

Desse modo, apenas devem servir-se do instituto da recuperação da empresa as atividades ainda viáveis financeiramente e que, uma vez recuperadas, possam restituir à sociedade os prejuízos e sacrifícios expendidos para o seu salvamento.

Nesta linha, o devedor empresário que identificar e assumir a situação de crise econômico financeira pode buscar o processamento da medida judicial de recuperação, devendo o Poder Judiciário, neste caso, aferir com segurança a viabilidade demonstrada pelo devedor. Viável, portanto, é a empresa que detenha o conjunto de certos elementos, tais como a viabilidade financeira, importância e relevo social, mão de obra e tecnologia empregadas, porte econômico, exercício consolidado da atividade e maturidade para o mercado, dentre outros que a casuística exija a presença. Para a doutrina de Fábio Ulhoa COELHO, estão aptas a buscar o instituto de recuperação de empresas, as instituições empresariais que de fato e de direito reunirem condições de viabilidade para tanto. Veja abaixo:

Somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, a sociedade empresária que a postula deve mostrar-se digna do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperada, pelo menos em parte o sacrifício feito para salvá-la. Essas condições agrupam-se no conceito de viabilidade da empresa, a ser aferida no decorrer do processo de recuperação judicial ou na homologação da recuperação extrajudicial. (COELHO, 2011, p.404)

Na mesma trilha segue o raciocínio expendido por Frederico A. Monte SIMIONATO, que defende o necessário exame da viabilidade da empresa como pressuposto, fundamento da concessão da recuperação pelo Poder Judiciário. Para este jurista, as empresas que demonstrem irrecuperabilidade, inviabilidade, devem seguir o revés do procedimento liquidatório falencial, deixando para os auspícios do instituto da recuperação da empresa apenas aqueles devedores que demonstrem e convençam especialmente os seus credores de que a atividade empreendida é, seguramente, viável sob o ponto de vista econômico.

Eis a lição precisa da doutrina em referência:

7 "A Lei 11.101/05 deve ser interpretada do ponto de vista da sua utilidade econômica, como qualquer Lei de Falências. No capítulo da recuperação esta interpretação deve ser ainda mais forte. O órgão julgador deve saber que a prerrogativa da apresentação do plano é, por certo, do devedor, e que o crivo deste plano fica condicionado, única e exclusivamente, aos credores, na medida em que a natureza jurídica da aprovação do plano é concordatária, por maiorias legais". (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte, 1972 – Tratado de direito falimentar / Frederico A. Monte Simionato. – Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 21).

"A empresa somente deve ser socorrida caso ainda seja viável. Sociedades empresárias que porventura demonstrem fragilidade financeira e econômica, sem que se possa ao menos vislumbrar uma possibilidade séria de recuperação, deverão ser declaradas falidas, para o bem do crédito, que, em realidade, não pode ser dissipado em organismos inviáveis seja pela sua administração incompetente ou pelo volume do passivo". (SIMIONATO, 2008, p. 129)

Ademais, está a cargo do magistrado, do administrador judicial e até mesmo dos credores a verificação dos balanços, do plano de recuperação, enfim, da efetiva viabilidade da empresa, fato que denota a devida obediência ao Princípio da Preservação da Empresa Viável.⁸

Para a concessão da medida, o devedor empresário deve observar os pressupostos ditados pela Lei 11.101/05, quais sejam aqueles proclamados pelo artigo 48 da respectiva norma.

O devedor deve ainda expor na petição inicial as causas concretas da crise e da situação patrimonial, instruindo-a com os documentos contábeis exigidos na norma do artigo 51⁹ da afirmada lei de regência.

Sobre os meios de recuperação judicial, o legislador também listou, nada mais nada menos que 16 (dezesesseis) opções ofertadas ao devedor em crise, estas, lançadas no texto do artigo 50 da regência normativa da lei 11.101/2005.

Profissionais de aptidão comprovada devem servir ao devedor na escolha da estratégia de salvamento, tais como economistas, contabilistas, administradores, analistas de mercado e, por juristas.

A recuperação, como pode ser visto, tem o escopo de tutelar não apenas os exclusivos e individuais interesses do empresário, mas sim, macro interesses de ordem coletiva e social,

8 "Este princípio é ponto de partida da aplicação da Lei 11.101/2005. O magistrado, juntamente com o administrador judicial deve verificar, analisando os balanços, a viabilidade daquela atividade empresarial. É certo que a aplicação da nova legislação merece cautela, para que se possa fazer valer o espírito da Lei, qual seja, a manutenção da empresa viável, e a verificação de viabilidade deve ser avaliada, mesmo preliminarmente, no deferimento ou não do processamento do plano de recuperação." (SIMIONATO, 2008, p. 130)

9 Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. § 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado. § 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes. (BRASIL, Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 20 ago. 2020)

razão esta que justifica uma investigação e interpretação que vá ao encontro da verdadeira intenção e eficácia da ação recuperacional, dos seus princípios correlatos e do próprio sistema jurídico da insolvência.

Não pode ser considerada a empresa como atividade organizada apenas em prol dos interesses estritamente individuais do empresário, como sendo um bem de sua exclusiva propriedade que dela faz o que bem quer e deseja, pois, a empresa na atualidade serve à sociedade como pilar do seu equilíbrio econômico, do desenvolvimento social.

A Lei 11.101/2005, sensível à importância social da empresa e ao nocivo efeito da falência perante a sociedade, propõe uma nova interpretação e visão finalística em prol da manutenção e preservação da empresa, por isso, cede lugar a perspectiva meramente liquidatória da falência para a aplicação séria e segura da recuperação da empresa e, por conseguinte, a preservação e manutenção do núcleo produtivo. Proposta a medida, processada a causa, submetida à análise dos credores, a aprovação do plano confere à recuperação judicial a natureza jurídica de um contrato judicial de feição novativa.

Para a jurista Maria Celeste Morais Guimarães, o aspecto processual da medida recuperacional é destacada na definição, pois, para tal doutrina:

A recuperação judicial é uma ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização da função social da empresa. (GUIMARÃES, 2007. p. 126)

Na definição de Alberto Caminã Moreira, também se vislumbra a ideia de um contrato a ser celebrado entre o devedor e os seus credores, estes, os destinatários da proposta constante do plano. Para aquela doutrina, a recuperação judicial consiste no direito do devedor de apresentar aos seus credores uma proposta, um plano, que poderá ou não ser aceita por eles. Não se trata, pois, de medida litigiosa, mas sim de um procedimento cuja causa de pedir é a proposta de superação da crise através da efetivação de um plano estratégico que será analisado e, aprovado ou rejeitado pelos credores.¹⁰

Afirma Joaquim Jorge Lobo, que a recuperação judicial tem natureza e características próprias do Direito Econômico, pois as normas que a regulam não visam resolver um conflito à luz do ideal de justiça, mas sim, oferecer soluções, meios e condições para que as empresas em estado de crise possam se reerguer e se reestruturar, de modo que possa voltar a cumprir sua função econômica e social na cadeia produtiva.¹¹

10 Para Alberto Camiña: "Na recuperação judicial não há pretensão exercida contra os credores, entendida a pretensão como a afirmação de um direito contra o réu, para que seja este submetido a ele. O direito do devedor, na recuperação judicial, é de apresentar uma proposta, apresentar um plano. O destino do plano, contudo, está nas mãos dos credores, que poderão aceitá-lo, modificá-lo ou rejeitá-lo. [...] Negociação é a palavra chave; e essa negociação, conquanto se dê perante o Poder Judiciário, dá-se sem a intervenção do juiz. A lei não prevê a atuação jurisdicional para esse fim; muito embora o juiz brasileiro disponha de poderes gerais de conciliação, e ela seja mesmo muito enfatizada pela doutrina." (Ibid., p. 249-250).

11 Para Joaquim Jorge Lobo, "embora 'ato complexo' e 'ação constitutiva', a recuperação judicial tem natureza e as características de um instituto de Direito Econômico, como passo a demonstrar. Filio-me à doutrina, liderada, no País, por Orlando Gomes, que sustenta (a) estar o Direito Econômico situado numa zona intermediária entre o Direito Público e o Direito Privado, (b) possuir uma tríplice unidade: 'de espírito, de objeto, e de método' e (c) não orientar-se regra de direito pela ideia de justiça (princípio da igualdade), mas pela ideia de eficácia técnica devido à especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, em que prevalecem interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela colima preservar e atender prioritariamente, daí o caráter publicístico de suas normas, que se materializam através de 'fato de príncipe', 'proibições legais' e 'regras excepcionais'. Com efeito, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, porque suas normas não visam precipuamente realizar a ideia de justiça, mas sobretudo criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifício de seus credores". (LOBO,

A doutrina em referência vê na recuperação judicial um instituto ligado ao Direito Econômico, notadamente porque a medida recuperacional tem o propósito de ofertar à empresa em crise meios que propiciem a reestruturação da atividade e, não diretamente a solução do caso sob a ideia precípua de justiça.

Marlon Tomazette, por seu turno, diz a recuperação judicial como um:

Conjunto de atos, cuja prática depende de concessão judicial, com objetivo de superar as crises de empresas viáveis. Assim, podemos estabelecer os elementos essenciais da recuperação judicial: (a) série de atos; (b) consentimento dos credores; (c) concessão judicial; (d) superação da crise; e (e) manutenção das empresas viáveis: (TOMAZZETE, 2011, p.42)

O conceito elaborado pelo didático autor revela a recuperação judicial enquanto procedimento, contrato judicial e, ainda, o seu aspecto teleológico e principiológico.

3.1 ESTUDO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA

Na leitura de sua natureza jurídica, os adeptos da doutrina privatista tendem a afirmar que a natureza jurídica da recuperação judicial é um contrato judicial. Os publicistas, que vêm na recuperação um instituto de direito público, afirmam que a recuperação judicial é um instituto do direito processual (LOBO, 2005, p.126).

Para Sérgio Campinho a recuperação judicial é um contrato judicial de feição novativa. É contrato que se celebra perante o poder judiciário e, depois de deferido o processamento da ação recuperacional, tal qual proclama a norma do art. 59 da Lei n. 11.101/2005, implica na novação dos créditos anteriores ao pedido.

Tomazette, segue a mesma linha que confere a natureza jurídica de contrato à recuperação judicial, e explica, ainda, que a atuação judicial presente no curso da ação recuperacional não desconfigura a sua feição contratual, pois o juiz é mero supervisor do procedimento.

O poder judiciário, portanto, não impõe a recuperação, ele só poderá concedê-la caso se chegue ao acordo entre os credores. Portanto, a recuperação judicial é um acordo de vontades entre o devedor em crise e seus credores, que se manifestam em conjunto, por meio da assembleia de credores, uma vez que possuem uma comunhão de interesses (TOMAZETTE, 2011).

Em que pese a autoridade dos argumentos sobre natureza jurídica da recuperação da empresa, o aspecto contratual da recuperação judicial da empresa salta aos olhos, na medida em que ele, o instituto, é examinado a par dos elementos jurídicos que configuram o contrato privado, e com a identificação de pontos que lhes são coincidentes – recuperação da empresa e contrato privado.

Não se pode desprezar, por óbvio, a importância e valor de outras construções jurídico científicas que também definem a natureza jurídica da recuperação, mas de modo diferente.

A natureza processual, a propósito, é igualmente rica e fundada, desde que edificada a partir da constatação que a recuperação judicial é processada por meio do exercício do

direito de ação, subordinada à jurisdição estatal do Poder Judiciário, portanto, eminentemente processual sua natureza.

A natureza contratual do instituto da recuperação da empresa, por sua vez, destaca-se a partir da existência de um plano viável de recuperação da empresa, realizado sob a presença da elaboração estratégica, apresentação aos credores, deliberações, alterações e aprovação (consenso) – elemento volitivo.

A declaração das vontades, geral, livre e consentida, de contratar um plano viável de recuperação judicial da empresa, é pressuposto fundante do instituto jurídico. Desse modo, revela-se clara a feição contratual da natureza jurídica da recuperação da empresa, pois tanto neste instituto, quanto nos contratos privados em geral, o acordo de vontades é requisito jurídico consagrado tanto no plano da existência, quanto da validade.

Na recuperação judicial, o devedor e credores “sentam-se a mesa” para efetivamente negociarem quanto aos laços obrigacionais que os vinculam, tudo isso, realizado ante o poder jurisdicional estatal, que conferem segurança e validade aos efeitos que do instituto recuperacional resultam.

Está presente, portanto, elementos coincidentes, de natureza contratual, na construção jurídica científica da recuperação judicial da empresa.

O direito das obrigações, regido pelo código civil, completa e normatiza o conteúdo dos contratos privados em geral, pois estes, os contratos, são essencialmente instrumentos de pactuação de obrigações, seja de fazer ou não, de entregar ou não, de satisfazer ou não. As obrigações pactuadas no cenário das operações negociais empresariais se concretizam nos contratos, os quais, erigem-se a partir das declarações volitivas, livres e consentidas.

Ainda, o artigo 47 da lei 11.101/2005, normatiza a preservação da empresa como objetivo legal da recuperação judicial da empresa. A preservação, do mesmo modo, é preceito que também normatiza os contratos em geral, na medida em que o ordenamento jurídico consagra a preservação dos contratos como postulado normativo que orienta a interpretação e execução das obrigações contratuais. No plano da ação recuperacional, a aprovação do plano, como sabido, produz novação das obrigações então celebradas, efeito este que também é próprio do direito privado das obrigações.

Dispõe a lei que: “Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei”.

No mesmo sentido, a aprovação do plano também vincula o devedor às obrigações insertas no plano, e se não cumprir qualquer delas, a convalidação da ação recuperacional em falência é efeito já previsto na lei.

O vigor da lei, e a sedimentada doutrina e jurisprudência, firmaram consenso no sentido de que o plano, depois de aprovado, deve ser cumprido à risca pelo devedor recuperando, sob pena de ser convalidada a sua ação recuperacional em falência. Ainda, se passado o prazo de tramitação processual da ação, o incumprimento de obrigação ainda remanescente, no tempo e modo, justifica a causa de pedir para propositura de ação falimentar. Como se vê, aprovado o plano, ou o devedor em recuperação o cumpre, ou a sua falência há de ser fatalmente decretada.

Prevê a lei:

Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial. (BRASIL, 2005)

No entanto, em tempos atuais, em que o mundo se vê avassalado pelos efeitos econômicos provocados pela pandemia do covid-19, decerto que as empresas buscarão as alternativas existentes para lhes proverem sobrevivência durante e após a crise instalada, em especial, a ação de recuperação.

Além disso, outras tantas empresas que já se encontravam em situação de recuperação são agora obrigadas a encontrar o ponto de equilíbrio capaz de garantir viabilidade para sua existência jurídica, ainda que num cenário fático certamente muito diferente daquele existente quando da construção do plano recuperacional.

Estas empresas se encontram sob a severidade do vigor normativo do sistema jurídico recuperacional e falimentar, obrigadas a cumprir um plano obrigacional elaborado, discutido e aprovado num contexto totalmente diverso. As estratégias eleitas, projetadas e elaboradas para garantir viabilidade e sucesso à recuperação, estão agora desafiadas por um novo, incerto, desconhecido e inesperado mundo.

Qual tratamento deve ser dispensado a estas instituições empresariais? Decretar a sua fatal falência sob o fundamento jurídico literal do texto normativo? Ou, lado outro, a par da regência dos princípios da preservação da empresa e dos contratos, da função social, dos interesses dos credores, a revisão do plano já aprovado poderia ser permitida, inclusive como uma releitura do instituto recuperacional.

Nesta linha, novamente a aceitação da recuperação judicial também em sua natureza contratual é necessária para que seja aplicada a teoria da imprevisão, própria das relações obrigacionais privadas, para garantir ao devedor em recuperação oportunidade para revisar o plano já aprovado, por óbvio, mediante a participação dos credores inclusive em nova assembleia.

Com amparo na teoria da imprevisão, nas hipóteses de incumprimento de obrigação por fato imprevisível e extraordinário, tal qual a ainda incomensurável crise do covid-19, o plano de recuperação judicial deve ser sujeito ao direito de revisão, para que seja proporcionado ao recuperando o reequilíbrio da situação, e o atingimento do objetivo sacro, a saber, a recuperação da empresa.

Sujeitar a lei 11.101/2005 a novo e atual exercício interpretativo, sob a batuta das garantias constitucionais sedimentadas no ordenamento, significa enquadrar o quadro fático real das circunstâncias a uma moderna interpretação e aplicação da lei recuperacional, para per-

mitir a revisão judicial do plano aprovado, por meio de novo conclave e obediência aos ritos e garantias processuais.

Por meio de fundamento de essência, construído a partir da natureza jurídica contratual do plano recuperacional, permitir-se-ia a revisão do plano de recuperação da empresa, sob a regência conjunta e harmônica das leis privadas, notadamente as de natureza contratual e obrigacional, e das regras insculpidas no sistema jurídico recuperacional e falencial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vigora no Brasil, há quinze anos, um sistema jurídico falencial e recuperacional, tendo como objeto o regramento jurídico dos conflitos de crise empresarial, eminentemente, na atividade privada.

Referido sistema cuida de forma ampla do processo falencial, e também recuperacional das empresas em crise.

O conjunto destas normas foi instituído por conteúdo principiológico moderno, instituído no ambiente do século XXI. Está, aos quinze anos de vigência, e já com jurisprudência direcionada desafiado por um estado fático avassalado por uma pandemia sanitária, de saúde, financeira e econômica sem precedentes no mundo.

Nas linhas anteriores insertas ao longo deste estudo, a pretensão foi a de demonstrar a forte construção normativa do tema, seus aspectos históricos, gerais, e regramentos específicos, estes, trazidos para o desafio do mundo que nesta hora se apresenta. Eis a maior e sacra função do direito, qual seja, regular os conflitos sócio humanos.

É este o momento em que a doutrina do direito se dedica a pensar em soluções, com respaldo fundado, capazes de permitir a manutenção das empresas, sob atual e necessária releitura do sistema de leis.

Até hoje, o simples e imotivado incumprimento de obrigações do plano aprovado em assembleia transmuda, no dizer da lei, convola, quase que num passe automático, um projeto de recuperação de empresa em fatal processo de liquidação falencial e encerramento da atividade.

A revisão das obrigações contratadas própria do direito dos contratos privados, pode ser aplicada na ação recuperacional, permitindo-se uma outra oportunidade de superação a empresa recuperanda, diante de um novo, extraordinário, e imprevisível mundo das coisas.

A proposta é nada mais, nada menos voltada à consagração dos princípios e objetivos do instituto, protagonistas deste sistema ora posta em xeque, a preservação e função social da empresa, zelo pelos interesses dos credores e manutenção da fonte produtora de empregos. revisão das obrigações contratadas no plano recuperacional, encontra fundamento no diálogo das fontes do direito civil – obrigações e contratos, com direito de empresa.

REFERÊNCIAS

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes; PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL, Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976. *Dispõe sobre as sociedades por ações*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. *Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do novo Código Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3: Direito de Empresa.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1: Direito de Empresa.

DELGADO, José. Interpretação contemporânea da lei de recuperação judicial e sua aplicação ao produtor rural quando pratica atos empresariais. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, Florianópolis, v. 1, n. 0, p. 11-57, jan./mar. 2010.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. *Recuperação judicial de empresas e falências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOBO, Jorge Joaquim. Direito da Empresa em crise: a nova lei de recuperação da empresa. *Revista Forense*, v. 379, p. 119-131, maio-jun. 2005.

MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STAJN, Rachel; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências: lei 11.101/2005 – artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1: teoria geral e direito societário.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2011. v. 3: Falência e recuperação de empresas.

Recebido/Received: 08.10.2020.

Aprovado/Approved: 03.12.2020.

AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UMA PERSPECTIVA DE INCLUSÃO

THE ADVANCE DIRECTIVES:
A PERSPECTIVE OF INCLUSION

CLEBER AFFONSO ANGELUCI¹
ANA LETÍCIA BONGARDI²

RESUMO

Diante da finitude da vida humana e suas nuances, o estudo traça uma análise sobre o processo natural de morrer, diante da obstinação terapêutica em sustentar a vida de pacientes a qualquer custo, mesmo que sem nenhuma qualidade, anulando a autonomia existencial desses sujeitos. Nesse sentir, a pesquisa teve como finalidade promover uma abordagem científica sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs) e como esse instituto preserva a autonomia privada do paciente, principalmente daqueles que se encontram impedidos de expressar sua vontade e pensamentos. A pesquisa defende que as DAVs, embora não haja uma legislação federal sobre o tema, trata-se de negócio jurídico existencial válido e passível de eficácia no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, ressalta que a ausência normativa sobre o assunto impede a difusão do instituto para a população brasileira, bem como cria uma certa insegurança jurídica, vez que torna as pessoas reféns de variáveis interpretações sobre a validade e eficácia desses instrumentos. O estudo foi construído segundo o método hipotético-dedutivo, instrumentalizado por revisão bibliográfica acerca do tema.

Palavras-chave: Finitude da vida humana. Diretivas Antecipadas de Vontade. Autonomia.

ABSTRACT

In view of the finitude of human life and its nuances, the present work draws an analysis of the natural process of dying, in view of the therapeutic obstinacy to sustain the lives of patients at any cost, even without any quality, nullifying the existential autonomy of these persons. In this sense, the research aimed to promote a scientific approach to the Advanced Directives and how this institute preserves the patient's private autonomy, especially those who are prevented from expressing their desire and thoughts. The research argues that the Advanced Directives, although there is no federal legislation on the subject, it is a valid existential legal business and liable to be effective in the Brazilian legal system. However, it emphasizes that the absence of regulations on the subject prevents the dissemination of the institute to the Brazilian population,

1 Docente de Direito Civil da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - Campus de Três Lagoas/MS. Doutor em Educação. Mestre em Direito. Doutorando em Direito. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-3683-2023>. E-mail: patobranco11@hotmail.com.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas/MS. Pesquisadora Pivic/UFMS período 2019/2020. Integrante do Grupo de Pesquisa 'Direito Civil Emergente' da mesma instituição. E-mail: anale-bongardi@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

ANGELUCI, Cleber Afonso; BONGARDI, Ana Letícia. *As diretivas antecipadas de vontade: uma perspectiva de inclusão*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 27-42, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.7774>.

as well as creates a certain legal uncertainty, since it makes individual's hostages of variable interpretations about the validity and effectiveness of these instruments. The study was built according to the hypothetical-deductive method, instrumented by bibliographic review on the topic.

Key-words: *Finitude of human life. Advance directives. Autonomy.*

INTRODUÇÃO

Durante toda existência humana existiram questionamentos atinentes à terminalidade da vida, seja acerca da misticidade sobre o depois da morte ou pela dificuldade em se aceitar o processo de morrer. Com a evolução da medicina e das tecnologias houve a propagação de procedimentos e tratamentos destinados a preservar a vida a qualquer custo, com a única finalidade de distanciar a morte, ocasionando, por consequência, o prolongamento de um estado de vida, muitas vezes, sem qualidade.

São inúmeras as situações em que a autonomia do paciente é desrespeitada no ambiente médico-hospitalar, prevalecendo a opinião médica ou dos familiares, principalmente quando o sujeito encontra-se impedido de expressar sua própria vontade, seja diante de uma limitação biológica, como o caso de doenças degenerativas e estado de coma, também por limitações jurídicas, por exemplo, quando o indivíduo está sob o poder de decisão de seu curador, tutor ou representante legal.

Diante dessa conjuntura social que revela a ingerência dos profissionais de saúde e familiares na autonomia dos pacientes, o propósito deste trabalho consiste na análise do implemento no ordenamento jurídico brasileiro das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs), instituto jurídico capaz de preservar a vontade do indivíduo em situações que talvez não possa exprimir suas aspirações pessoais, como forma de garantir a proteção de sua personalidade e singularidade.

De início, foi realizado um exame sobre o fim da pessoa natural, suas nuances e os desafios que ainda persistem no ambiente médico, ressaltando os métodos e procedimentos de obstinação terapêutica que foram aplicados aos seres humanos com o único objetivo de se prolongar uma vida artificial, sem qualidade de vida.

Por meio desta análise, o trabalho possui o propósito de criticar os procedimentos influenciados pela distanásia, rechaçando a aplicação de técnicas médicas cujo foco seja a manutenção precária da vida humana, bem como defender um processo natural da morte, ou seja, refletir acerca da ortotanásia como forma de se preservar a autonomia dos pacientes.

Na sequência, elaborou-se uma contextualização histórica e semântica sobre o instituto jurídico das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs), analisando a sua origem, como ocorreu a sua implementação no sistema jurídico, bem como todas as particularidades do documento, ressaltando os dois modelos que foram desenvolvidos para tanto, o testamento vital e o mandato duradouro. Com esta análise buscou-se defender que a DAV trata-se de um negócio jurídico existencial, no qual a autonomia do sujeito deve ser preservada e propagada.

Por derradeiro, houve uma análise sobre a inexistência de normativa federal sobre as DAVs, ressaltando que o mencionado negócio jurídico existencial é válido possui amparo

constitucional e infraconstitucional, entretanto revela-se essencial uma normativa que regule o assunto, como forma de permitir a solução de conflitos procedimentais acerca do seu registro, bem como a disseminação do instituto, tornando-o acessível aos brasileiros.

À vista disso, esse estudo reservou-se a analisar as particularidades existentes no processo de finitude da vida humana, a autonomia existencial dos pacientes e a ingerência familiar e médica nesta seara personalíssima do ser, bem como as DAVs como uma solução para estas questões, portanto, as discussões que permeiam esta temática são realizadas sob a perspectiva civil-constitucional entre o direito privado e o direito público.

Os questionamentos levantados correlacionam-se com o direito à vida e à liberdade, expressamente previstos no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal e a autonomia privada existencial do paciente, sua possibilidade de se autodeterminar no momento da morte, que, assim como a vida, deve ser digna. Logo, as discussões transpõem a tutela da personalidade prevista no Código Civil e se relacionam com os direitos fundamentais expressos no texto constitucional, diante da dignidade da pessoa humana, a autonomia existencial associada à liberdade e integridade psicofísica.

1. O FIM DA PESSOA NATURAL: O PROCESSO DA TERMINALIDADE DA VIDA

Em diversos períodos da Humanidade o homem se aperfeiçoou na busca de soluções de diversas doenças crônicas que afligem a população. Uma das grandes finalidades das tecnologias e dos aperfeiçoamentos da medicina foi e está sendo o distanciamento da morte, prolongando o estado de vida do ser humano, ainda que através de mecanismos cuja qualidade dessa vida seja duvidosa. Contudo, o ser humano possui uma única certeza na sua vida: sua finitude. Desta forma, são necessários e atuais os questionamentos e reflexões sobre as diversas questões atinentes ao final da vida.

A morte, extinção da pessoa natural, é uma consequência inevitável da vida. A incapacidade humana de compreendê-la e refletir sobre ela é milenar. O homem sempre possuiu a ambição de domá-la e assim prolongar sua sobrevivência, esquecendo-se da sua própria fragilidade de corpo e mente. A senilidade e a finitude são processos biológicos e, assim, naturais. Contudo, o distanciamento incansável e incessante da morte e a preservação da vida a qualquer custo são processos não naturais, artificiais, que podem preservar uma vida dolorosa, um processo de morte mais sofrida, anulando, assim, a dignidade e a liberdade de uma pessoa (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 236-237).

O fim da pessoa é tão real quanto o era seu início, e justamente no sentido de que, assim como não existíamos antes do nascimento, já não existiremos após a morte. Contudo, a morte não pode suprimir mais do que o nascimento estabeleceu, ou seja, ela não pode suprimir aquilo que desde o princípio tornou possível o nascimento. Nesse sentido, *natus et denatus* (nascido e desnascido) é uma bela expressão. Entretanto, o conhecimento empírico como um todo apresenta apenas fenômenos: por isso, apenas estes são afetados pelos processos temporais do nascimento e do perecimento, mas não pelo que se fenomenaliza, a essência em si (SCHOPENHAUER, 2013, p. 23-24).

No processo da existência humana, considerando o 'ser-no-mundo', existem alguns momentos em que as pessoas não possuem a capacidade de expressar sentimentos e vontades, pois encontram-se em estado de limitação biológico ou jurídico para esse mister. No Brasil, infelizmente, são nestes momentos que muitas pessoas possuem sua vontade e perspectiva de vida anuladas, ou seja, desrespeitadas.

Isso porque, ainda perduram no ambiente hospitalar e no seio familiar condutas de obstinação terapêutica que promovem a distanásia, sem levar em conta, muitas vezes a própria vontade do paciente. Ademais, a sociedade brasileira também reforça esses procedimentos, por continuar estática perante o assunto do processo de morrer, daí a necessidade de se discutir o processo de final de vida, suas nuances, venturas e desventuras, respeitando-se a dignidade da pessoa humana em todos os sentidos e de forma abrangente.

Dentre essas situações citadas há o chamado estado vegetativo, por exemplo, situação em que certa pessoa pode ter sua vontade desrespeitada com a aplicação de determinados tratamentos médicos que não condizem com a sua própria história e perspectiva de vida. Além disso, há também as chamadas doenças degenerativas que podem debilitar a consciência humana e impedir que a pessoa possa exercer plenamente sua existência e tomar decisões acerca de procedimentos e tratamentos médicos, como Alzheimer, reumatismo, esclerose múltipla, entre outras.

Contudo, há de se ressaltar que nem sempre são os casos de debilidade na consciência e impossibilidade de expressar pensamentos e sentimentos que ocorrem o desrespeito à liberdade e vontade de uma pessoa. Essa situação de ingerência na autonomia do paciente também pode estar presente em indivíduos que possuem doenças crônicas, como por exemplo, o câncer. Estes sujeitos vivem no ambiente hospitalar fragilizados e vulneráveis, muitas vezes, à submissão de todo e quaisquer tipos procedimentais que possam distanciar artificialmente a morte, prologando a vida a todo custo (distanásia), sem qualquer qualidade de vida.

Nestes casos, os tratamentos médicos são, na maioria das vezes, dolorosos para o paciente e, pela falta de comunicação e informação, bem como diante da ingerência familiar e médica na autonomia privada existencial, estas pessoas encontram-se à mercê destes tratamentos que apenas prolongam uma vida artificial, suprimindo, por conseguinte, a própria dignidade da pessoa humana.

Assim, a autonomia privada, além de estabelecer a liberdade do indivíduo em realizar negócios jurídicos patrimoniais, livre da interferência de outrem, também está atrelada ao controle que a pessoa possui sobre o seu próprio corpo. Nesse sentir, o exercício de atos conservadores pela família ou médicos no ato de decisão dos pacientes sobre questões atinentes a sua integridade física e/ou psíquica – ainda que influenciados pela solidariedade social – revelam-se ilegítimos, pois podem ocasionar a violação à dignidade humana, tendo em vista que, ao não respeitar a trajetória biográfica do ser, ferem a sua autonomia privada (TEIXEIRA; SÁ, 2018, p. 244).

O direito de escolher os procedimentos médicos que deseja ou não que sejam realizados no próprio corpo se relaciona intimamente à liberdade, ou seja, à autonomia privada existencial. Portanto, decidir sobre questões atinentes ao corpo e à finitude da vida correspondem a

uma expressão da individualidade humana, livre da ingerência de outrem, afinal, nas palavras de Stefano Rodotà:

De quem é o corpo? Da pessoa interessada, dos familiares que a cercam, de um Deus que lhe há doado, de uma natureza que o quer inviolável, de um poder social que de mil formas dele se apossa, de um médico ou de um magistrado que estabelecem o seu destino? (RODOTÀ *apud* MORAES; CASTRO, 2014, p. 780).

São com essas situações que os questionamentos surgem, tendo em vista que a morte é um processo inevitável, teria o indivíduo poder sobre ela? Seria possível que ele tivesse direito de escolher quais os tratamentos que deseja ou não serem aplicados em si mesmo? Teria, portanto, direito à escolha do momento certo de sua morte, quando nos processos de terminalidade da vida? Todo indivíduo possui o amparo legal e constitucional para uma vida digna, contudo, o ser humano teria o direito a uma morte digna?

Embora essas questões possam parecer insolúveis num primeiro momento, há necessidade de enfrentá-las, ponderando, por opção de recorte metodológico, que não se tratará da eutanásia, consistente na

"ação médica intencional de apressar ou provocar a morte – com exclusiva finalidade benevolente – de pessoa que se encontre em situação considerada irreversível e incurável, consoante os padrões médicos vigentes, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos" (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 239).

No Brasil, o legislador constituinte inseriu a ideia de que a vida, para ser digna, necessita da mais ampla liberdade quando se refere aos aspectos existenciais do ser, conforme interpretação teleológica do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal (BODIN DE MORAES, 2010, p. 189-190). Portanto, o respeito às decisões subjetivas no momento da finitude humana, de modo responsável e informado, livre da intromissão de terceiros, é uma das formas de se tutelar a vida humana digna em toda a sua completude.

Assim, sob o ponto de vista civil-constitucional, o conteúdo da liberdade, no que se refere à autonomia privada existencial, é um direito fundamental que pode se expressar de diferentes maneiras: na liberdade como a oportunidade de realizar tudo o que a legislação não proíbe, como também o dever da não-intervenção na seara privada do ser humano, bem como engloba o processo de autodeterminação – "obediência a si mesmo" (BODIN DE MORAES, 2010, p. 190-191). Dessa forma, o processo de escolha, incluído o momento de fim da vida, como a oportunidade de realização das DAVs, deve ser assegurado e o seu conteúdo deve ser preenchido unicamente pela pessoa, individualmente considerada.

O conteúdo, ora defendido, está atrelado aos aspectos civis e constitucionais referentes à liberdade humana, expressada na autonomia privada existencial e a possibilidade da realização das DAVs, instrumento, conforme se verá, apto a promover a preservação da autodeterminação do ser humano que alcança, até mesmo, o momento final da vida. A presente análise cinge-se, portanto, ao direito privado, principalmente quanto às premissas da vida privada previstas no Código Civil, como também o direito público, referente ao Direito Constitucional, diante das garantias fundamentais da liberdade, privacidade e intimidade dos seres humanos, como forma de se garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

Nessa linha argumentativa, se pretende a defesa do que se pode chamar de processo natural de morte, ou seja, refletir acerca da ortotanásia, “da morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia” (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 240), respeitando, assim, a autonomia da pessoa quanto ao seu existir no processo natural de vida, rechaçando a incidência de procedimentos médicos cujo foco seja a manutenção artificial da vida humana a qualquer custo.

Surge, então, o seguinte questionamento: seria a vida um direito disponível? A reflexão acerca do direito à realização das DAVs se relaciona com a possibilidade de disponibilidade ou indisponibilidade da vida humana. De início, ao considerá-la como um direito personalíssimo e fundamental, é possível entender o direito à vida como uma prerrogativa indisponível, vez que se revela um dos bens jurídicos mais importantes, senão o mais importante da pessoa, ou seja, ela seria absolutamente inviolável.

Entretanto, a vida humana não se restringe ao dinamismo biológico, mas também pode ser compreendida como um processo de autodeterminação da pessoa humana, como um desenvolvimento da vontade única e insubstituível de cada ser (ROCHA, 2007, p. 224). Portanto, para além de uma vida, visualizada unicamente sob o aspecto biológico, é imprescindível a compreensão dela como um processo de fortalecimento da autonomia humana, a fim de se garantir a dignidade.

Não há na Constituição Federal um dever à vida e sim uma relação íntima entre o direito à integridade psicofísica e o direito a uma vida digna. Esta dignidade se manifesta na possibilidade de realizar escolhas, conscientes e responsáveis, sobre a própria vida, surgindo, portanto, a premissa de que não é legítima a interferência nas decisões subjetivas, referentes à finitude humana, da vontade de terceiros ou a realização de procedimento compulsórios aptos a estabelecer tratamentos que apenas prolongam o processo natural da morte, o que afronta a própria dignidade humana (ROCHA, 2007, p. 224).

Portanto, ao se garantir a possibilidade de realização do negócio jurídico existencial das Diretivas Antecipadas de Vontade, está se assegurando a dignidade da vida humana da pessoa nos instantes derradeiros de sua existência. Assim, não há que se falar, no momento de realização deste ato e no cumprimento das escolhas existenciais ali consignadas, em disponibilidade da vida humana, mas que sua eficácia reflete o respeito à trajetória biográfica de cada um. Desse modo, nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira e Maria de Fátima Freire de Sá

é preciso deixar claro que, se a morte figurar como possibilidade no processo de construção da personalidade, ela deve ser considerada, não como afronta ao direito à vida, mas como realização de um projeto de vida boa de um destinatário ou coautor do direito que busca a realização de sua individualidade (TEIXEIRA; SÁ, 2018, p. 243).

Desse modo, o respeito à dignidade da pessoa humana, também no processo de morrer, bem como a garantia de realização das DAVs, possibilita a tutela da vida humana em sua integralidade, tendo em vista que alcança, acima de tudo, os valores desenvolvidos pela própria pessoa no decorrer de sua existência, ou seja, sua trajetória de vida. Assim, tais direitos se relacionam com a personalidade do sujeito, codificada no Código Civil, como também nos

direitos e garantias expressos na Constituição Federal, sendo estas as perspectivas aqui observadas.

2 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E SEMÂNTICA

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAVs) consistem no gênero de manifestação da autonomia de vontade a respeito de tratamentos e procedimentos médico-cirúrgicos que se deseja ou não a serem aplicados na pessoa natural, ou seja, é por meio deste instrumento que o paciente pode exercer a liberdade para decidir sobre os tratamentos, procedimentos e cuidados médicos a serem aplicáveis em seu próprio corpo, inclusive quando não mais puder decidir. São informações essenciais concernentes a tratamentos inofensivos até cirurgias invasivas e arriscadas (GODINHO, 2012, p. 955), ou seja, instrumento hábil à plena efetividade de que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, nos moldes do art. 15 do Código Civil.

A DAV pode ser considerada como uma projeção da autonomia privada para o futuro, portanto, trata-se de um negócio jurídico capaz de antecipar a vontade individual, para que seus efeitos sejam implementados posteriormente. De início, esse instrumento surgiu com o objetivo de limitar a “intervenção médica não curativa”, ou seja, a obstinação terapêutica, principalmente em casos de doenças terminais ou inconsciência irreversível. Atualmente, as DAVs também possuem a finalidade do paciente recusar determinadas opções terapêuticas e escolher os tratamentos que lhe convém, a serem realizados no futuro, principalmente diante do possível caso de inconsciência (SÁ, 2012, p. 183), notadamente considerando os avanços tecnológicos na área da saúde na atualidade.

As DAVs surgiram na década de sessenta com o direito estadunidense, sendo que foram positivadas pela lei federal *Patient Self Determination Act* de 1991, o objetivo desta lei consistiu na proteção da autodeterminação da vontade dos pacientes nas decisões que envolvessem os cuidados de sua saúde. Isto foi um grande avanço para a comunicação entre médico e paciente, contornando uma visão paternalista, em que o médico era senhor das decisões sobre a saúde de determinado paciente, sendo, portanto, este submisso a sua vontade técnica e profissional (DADALTO, 2013, p. 1).

Na sistematização norte-americana, as DAVs são formalizadas por meio de um documento em que o paciente reduz a escrito os tratamentos pelos quais não deseja ser submetido quando estiver em estado vegetativo ou em outros casos em que não consiga expressar sua vontade. A expressão dessa vontade, aposta no instrumento, se sobrepõe à vontade dos profissionais da saúde, bem como dos familiares, amigos, tutores ou curadores e este documento deve ser assinado por duas testemunhas. Além disso, o documento deve ser entregue ao médico pessoal, cônjuge, advogado ou ao confidente do paciente, bem como o documento deve ser referendado pelo Comitê do hospital em que o paciente estiver sendo tratado. Por fim, este documento pode ser revogado a qualquer tempo até o momento em que o paciente atingir o estado de inconsciência (MELO *apud* DADALTO, 2018, p. 254).

De modo geral, as Diretivas Antecipadas de Vontade valorizam a autonomia pessoal, com o objetivo de se respeitar as escolhas esclarecidas das pessoas tendo por objeto o próprio corpo. Consiste, pois, em um possível impedimento à obstinação terapêutica, já que a pessoa natural poderá escolher determinado tratamento médico que valoriza sua qualidade de vida, ou seja, que consista no enaltecimento da vida digna e, também, da morte digna, menos dolorosa e sofrida.

Esse instituto constitui uma possibilidade do paciente se autodeterminar perante a vontade dos médicos e familiares no ambiente hospitalar. A autonomia, diante das opções de tratamentos médicos, tem como premissa a oportunidade de recusar determinado procedimento que lhe seria aplicado. Essa alternativa encontra respaldo na Constituição Federal, especificamente no direito à liberdade, garantindo que a vontade do paciente se sobreponha à opção terapêutica escolhida pelo profissional da saúde, desde que seja uma decisão consciente e após as informações devidas (DANTAS, 2019, p. 590-591).

As DAVs guardam relação direta com os chamados Cuidados Paliativos (CP), havendo estudos sérios, no sentido de sua aplicação no âmbito domiciliar, por equipes que compõem a Atenção Primária à Saúde (APS). Assim,

A APS compreende um modo de atenção constituído de cuidados essenciais de saúde baseados em métodos, tecnologias práticas e evidências científicas socialmente aceitáveis que estejam ao alcance universal de indivíduos, famílias e comunidade, mediante o incentivo à participação popular. Tal pressuposto, originário da Declaração de Alma-Ata 4 de 1978, tem em mira uma nova forma de organização do sistema de saúde, caracterizada por ações multidisciplinares de âmbito individual e coletivo, situadas no primeiro nível de atenção nesses sistemas. Cabe ressaltar que os CP implicam uma relação interpessoal entre os que cuidam e quem é cuidado, dependendo, assim, de abordagem multidisciplinar para produzir assistência harmônica, voltada para o indivíduo sem possibilidade de cura, bem como para sua família (SOUZA; ZOBOLI; PAZ; SCHVEITZER; HOHL; PESSALACIA, 2015, p. 350).

Em muitas ocasiões as opções terapêuticas apresentadas aos pacientes podem ocasionar maior sofrimento, em virtude do mal-estar e efeitos colaterais intensos. Diante disso, por meio das DAVs, a pessoa pode optar por opções terapêuticas menos invasivas, ou seja, pode decidir por cuidados paliativos³, de modo a preservar sua personalidade, até mesmo, no momento de finitude da vida humana (TEIXEIRA; SÁ, 2018, p. 246).

Dessa forma, as DAVs propagam o conhecimento e amadurecimento do ser humano sobre sua finitude e vulnerabilidade, ou seja, o ser humano, consciente de sua própria fragilidade biológica, poderá escolher quais tratamentos médicos são condizentes com sua história de vida, identidade e dignidade, a ponto de não desejar o prolongamento de uma vida artificial e sim, escolher procedimentos médicos menos dolorosos que lhe garantam um conforto físico e mental para uma morte digna em respeito à sua trajetória de vida.

A autonomia, em seu viés existencial, constitui o autogoverno, a manifestação da subjetividade, no ato de elaborar leis que conduzem sua própria vida e coexistem com as normas

3 Os cuidados paliativos podem ser definidos, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), como "cuidado ativo total ao paciente cuja doença não responde mais ao tratamento curativo. Controle da dor e de outros sintomas e problemas de ordem psicológica, social e espiritual são prioritários. O objetivo dos Cuidados Paliativos é proporcionar a melhor qualidade de vida para os pacientes e seus familiares" (OLIVEIRA; LOPES, 2007, p. 168).

criadas pelo Estado, ou seja, é justamente a liberdade em decidir individualmente, de forma racional e não coagida, sobre questões subjetivas que não afetam terceiros, mas somente si mesmo (TEIXEIRA, 2018, p. 95).

Assim, o ato de realizar uma DAV corresponde a uma manifestação da autonomia existencial, tendo em vista que consiste no autorregular-se, na possibilidade de decidir sobre procedimentos médicos que se deseja ou não sejam aplicados no próprio corpo e, sendo uma decisão consciente e informada, de índole eminentemente individual, deve ser respeitada por todos e observada pelos profissionais da saúde.

No período em que a lei federal estadunidense foi publicada diversos estados norte-americanos reconheceram sua legitimidade e a adotaram, sendo que havia dois tipos de DAVs: *living will* (conhecido como testamento vital) e *durable power of attorney for health care* (conhecido como mandato duradouro). O primeiro consiste em um documento em que determinada pessoa capaz exterioriza suas vontades a respeito de tratamentos médicos que ratifica ou rejeita e que deverá ser observado futuramente caso se encontre em situação que não consiga expressar sua verdadeira vontade, um exemplo seria o estado comatoso. O segundo traduz-se na nomeação de uma ou mais pessoas para decidirem a respeito dos tratamentos médicos a serem realizados no paciente que também se encontrar em situação que não consiga expressar sua vontade. Nesse caso, essa terceira pessoa, também chamada de procurador, deverá respeitar a vontade nata do paciente (DADALTO; TUPINAMBÁS; GRECO, 32013, p. 464).

Estes documentos (testamento vital e mandato duradouro) não possuem nenhuma finalidade patrimonial, pois relacionam-se a direitos personalíssimos, irrenunciáveis e intransmissíveis, mais especificamente, ligados ao poder da pessoa em controlar seu próprio corpo no que concerne aos procedimentos médicos que deseja ou não a serem aplicados.

Neste ponto, surge, até mesmo, uma reflexão acerca da terminologia "testamento vital", pois, conforme se observa os argumentos esposados, há uma impropriedade terminológica acerca da expressão "testamento", tão cara ao Direito Civil no que diz respeito às disposições patrimoniais por ato 'causa mortis', o que se dá, por uma tradução quase literal da expressão americana, embora deva ser feita a leitura a partir de direitos existenciais e não patrimoniais, pois destes não se trata.

Há, também, outras críticas pertinentes ao emprego desta terminologia, como, por exemplo, o fato de o testamento somente produzir efeitos *post mortem* e, isso não necessariamente ocorrerá no caso das DAVs. Ademais, questiona-se a característica da solenidade, imprescindível no caso do ato de disposição do patrimônio, mas questionável no caso das DAVs (SÁ, 2012, p. 184), dada a ausência normativa própria no sentido de estabelecer formalidade específica.

No Brasil, para que as Diretivas Antecipadas de Vontade adentrem o ordenamento jurídico, é necessário, em primeiro plano, a reflexão acerca do possível direito a uma morte digna em respeito ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana insculpido na Constituição Federal de 1988, de modo a se impedir a obstinação terapêutica, consistente na aplicação de procedimentos médicos, muitas vezes não tolerado pelo paciente, cujo principal objetivo é o prolongamento de uma vida artificial, sofrida e dolorosa.

Ressalte-se uma vez mais, que não se está aqui defendendo a chamada eutanásia, em que o paciente pretende pôr fim à vida, mas apenas e exclusivamente, permitindo à pessoa, o pleno exercício de escolha acerca de tratamentos e procedimentos médicos que pretende ou não se submeter, isso porquê há uma infinidade de possibilidades tecnológicas cujo fim principal consiste em prolongar a vida, sem levar em conta os riscos, danos e sofrimentos a que se sujeita a pessoa, numa linha tênue a sua coisificação. A eutanásia demanda um estudo mais acurado, cujos limites do presente trabalho não permite sua abordagem.

Para que as Diretivas Antecipadas de Vontade ingressem no sistema jurídico brasileiro é necessário que se firme uma relação honesta e sincera entre o paciente e o médico, livre do paternalismo em que o médico é o centro da tomada de decisões, e sim uma relação de respeito à autonomia de vontade do paciente, de modo que possa antecipar suas escolhas quanto aos tratamentos médicos a serem aplicados futuramente em uma dada situação de vulnerabilidade que se encontrar, tendo em vista que essa é uma característica da vida humana.

Registre-se que não há legislação vigente expressa sobre as DAVs no ordenamento jurídico brasileiro, o que por si não é suficiente para impedir a validade e eficácia de disposições com tais conteúdos, vez que se está no campo da autonomia privada de vontade e não há nenhum impedimento legal às disposições sobre as questões relacionadas ao processo de fim de vida, sem pretensão de antecipação da morte, mas apenas regulando, por declaração de vontade os procedimentos e tratamentos médico-cirúrgicos que se permite submeter. Já se afirmou, em outra ocasião "desde que não haja proibição legal, não contrarie a ordem pública e os bons costumes, as pessoas gozando de sua autonomia privada podem se vincular a negócios jurídicos, que no caso têm por objeto direitos existenciais, porque não dizem respeito a direitos patrimoniais, mas ao exercício de direitos que têm a própria pessoa e sua dignidade como centralidade" (ANGELUCI, 2019, p. 49).

Ademais, é mister ressaltar que a autonomia corporal, compreendida como a autode-terminação do sujeito em relação ao seu próprio corpo, subespécie do gênero da autonomia existencial, também está relacionada ao implemento da vontade consignada nas DAVs, tendo em vista que contém expressões da atuação concreta da liberdade e comporta consequências somente na esfera de seu titular (BODIN DE MORAES; CASTRO, 2014, p. 796). Portanto, a ausência de legislação pertinente sobre a temática, não impede a realização e o implemento da vontade consignada nesse instituto jurídico, já que corresponde à atuação da autonomia corporal, uma das características do exercício da liberdade.

Deve-se, entretanto, ressaltar que essa ausência normativa conduz a pelo menos dois problemas identificados: i) impede o amplo acesso e conhecimento sobre a temática e, por consequência, sua difusão para o maior número possível de pessoas e ii) permite uma certa insegurança jurídica sobre o tema, pois a ausência regulamentar torna as pessoas reféns de interpretações variáveis quanto à validade e eficácia desses instrumentos.

Na esteira desses problemas, o Conselho Federal de Medicina editou norma regulamentar sobre as DAVs que são, até o momento, as únicas fontes normativas que se tem notícia no ordenamento jurídico brasileiro, embora se trate de norma de cunho deontológico e, por isso, com aplicação restrita à esfera dos profissionais da medicina, consiste em relevante passo sobre o tema, que carece de mais avanços.

3 PARA UM FUTURO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Historicamente o Direito Civil centra sua preocupação maior com o patrimônio da pessoa, sua regulação e preservação, raramente há uma preocupação explícita com sua existência e dignidade, o que se tem sentido mais ultimamente, a partir do Código Civil de 2002 que expressamente regulou os direitos da personalidade e demonstrou preocupação mais acentuada com a pessoa em cada relação jurídica, como decorrência das diretrizes da própria Constituição Federal de 1988.

Nota-se que, com o passar dos anos as preocupações deixaram de ser estritamente patrimoniais e ganharam um enfoque existencial, e é isso com que as DAVs se preocupam, especificamente com a expressão da autonomia privada de cada ser humano no processo de final de vida.

A autonomia pode ser exercida de modo prospectivo, ou seja, diante do apontamento de quais atos devam ser seguidos futuramente pelos médicos e profissionais de saúde, principalmente diante de casos de inconsciência, de modo a garantir, se for o caso, dignidade no final da vida (TEIXEIRA; SÁ, 2018, p. 255-256). É nesse sentido que as DAVs atuam, expressando o poder de atuação da pessoa em todo o processo de sua existência, de forma a tutelar a integralidade do seu ser.

Desse modo, alguns dos efeitos positivos que estudiosos apontam são a preservação da autodeterminação do paciente, bem como a possibilidade de que estes documentos funcionem como guias que reduzirão conflitos nas decisões dos familiares ou até mesmo dos tutores e curadores. Além disso, cabe mencionar que as DAVs também podem diminuir os dilemas profissionais que surgem na terminalidade da vida (MELO *apud* COGO, 2018, p. 256).

Apesar de todos os estudos realizados acerca do tema, ainda há um impasse persistente no bojo destas pesquisas, qual seja, ainda não há uma legislação federal que regule as DAVs, sendo reguladas expressamente apenas por uma Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), conforme mencionado anteriormente.

O Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, adotado por meio da resolução CFM nº 2217/2018, de 27 de setembro de 2018, assume o compromisso deontológico de respeito à autonomia do paciente, o que se pode verificar quando expressamente proíbe o médico de "garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo" (art. 24), bem como, quando proíbe "abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal" (art. 41, *caput*), orientando que "nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal" (parágrafo único do art. 41), devendo, pois respeitar a vontade do paciente.

Ademais, o CFM publicou, em 2012, a Resolução nº 1.995 que disciplina as DAVs no Brasil, haja vista a atual discussão do tema e a preocupação social e profissional para disciplinar a condutas dos médicos (MELO, 2018, p. 269).

Contudo, a Resolução n° 1.995, por ter sido criada pelo CFM, sob o legítimo poder de regulamentar classista, embora se preocupe em disciplinar sobre este tema atual, ela apenas normatiza a conduta do médico em circunstâncias adversas das DAVs e, em muitas ocasiões, a mencionada resolução desconsiderou a autonomia privada do paciente, como bem se observa no artigo 2°, § 2° da referida resolução⁴.

Deste modo, verifica-se que tal resolução, embora apresente a digna preocupação em normatizar as DAVs sob o enfoque da conduta médica, ela ainda é insatisfatória, pois não traça regras para a formalização deste documento, seu registro, direitos do paciente, entre outras questões importantes para assegurar o direito personalíssimo de autodeterminação do ser humano quando se depara com a terminalidade da vida.

Nesse contexto, o Projeto de Lei n° 524 do Senado Federal, proposto em 2009, dispunha acerca dos direitos do paciente em fase terminal de alguma doença, especificamente no que consiste "à tomada de decisões sobre a instituição, a limitação ou a suspensão de procedimentos terapêuticos, paliativos e mitigadores do sofrimento" (art. 1°). Contudo, referido projeto foi arquivado em 2014 (MELO, 2018, p. 270).

Há, além desse, outro Projeto de Lei n° 5.559/2016 que está em tramitação na Câmara dos Deputados, que também versa sobre direitos dos pacientes, bem como disciplina, em seu artigo 20, o direito dos pacientes em ter respeitado suas DAVs, tanto pelos profissionais da saúde, como por seus familiares. Contudo, este projeto não dispõe sobre a formalização deste documento, entre outras questões procedimentais, embora represente um avanço legislativo por introduzir as DAVs como uma questão existencial e personalíssima do paciente (MELO, 2018, p. 270-271).

Embora haja amparo constitucional e infraconstitucional para a validade das DAVs, haja vista que a interpretação integrativa consubstanciada nos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 5°) e a proibição de tratamento desumano (art. 5°, III) alicerçam as DAVs (DADALTO, 2013, p. 4), ainda há, no Brasil, a falta de legislação que regule o assunto, o que pode causar uma insegurança jurídica, pois a aplicação das DAVs ficará à mercê da interpretação de cada aplicador do direito, pois não há uma legislação que discipline o assunto, o que leva a considerável insegurança jurídica⁵.

4 Art. 2°. Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

(...)

§ 2° O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

5 A exemplo da decisão exarada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: "JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE. ORTOTANÁSIA. Pretensão de estabelecer limites à atuação médica no caso de situação futura de grave e irreversível enfermidade, visando o emprego de mecanismos artificiais que prologuem o sofrimento da paciente. Sentença de extinção do processo por falta de interesse de agir. Manifestação de vontade na elaboração de testamento vital gera efeitos independentemente da chancela judicial. Jurisdição voluntária com função integrativa da vontade do interessado cabível apenas aos casos previstos em lei. Manifestação que pode ser feita por meio de cartório extrajudicial. Desnecessidade de movimentar o Judiciário apenas para atestar sua sanidade no momento da declaração de vontade. Cartório Extrajudicial pode atestar a livre e consciente manifestação de vontade e, caso queira cautela adicional, a autora poderá se valer de testemunhas e atestados médicos. Declaração do direito à ortotanásia. Autora que não sofre de qualquer doença. Pleito declaratório não pode ser utilizado em caráter genérico e abstrato. Falta de interesse de agir verificada. Precedentes. Sentença de extinção mantida. Recurso não provido". TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível n° 1000938-13.2016.8.26.0100, 7ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: < https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=12400740&cd Foro=0&uuidCapcha=sajcapcha_1fa8c7d2220844cbb31c121fd409e1d1&vICapcha=rzvtq& novoVICapcha=> >. Acesso em: 09/02/2020.

Além do mais, muitas pessoas desconhecem a existência das DAVs que lhes garante o direito de expressar, por meio de um documento, os tratamentos médicos que não deseja ser submetido em situações que não consiga expressar a sua vontade, ou seja, em situações que esteja inconsciente. Deste modo, por meio da legislação, com sua devida publicidade, mais pessoas conheceriam as DAVs e, deste modo, exerceriam o seu direito de autodeterminação e liberdade.

Contudo, isto não significa que a legislação deva ser estritamente procedimental, haja vista que, por ser as DAVs uma questão existencial e, deste modo, por ser fluída, talvez seja melhor ser regulada por meio de cláusulas gerais que permitam uma maior abertura do sistema, sendo necessário, apenas, disciplinar questões que envolvam o registro destes documentos, bem como algumas formalidades que o documento deveria consignar, de forma mais geral e não restritiva, a fim de permitir à pessoa o pleno exercício de sua liberdade, a respeito das questões existenciais.

Neste sentido, é relevante uma legislação específica acerca deste assunto para possibilitar maior efetivação das DAVs e sua disseminação no Brasil, com o fim de normatizar alguns critérios de capacidade e/ou discernimento do outorgante (com o devido respeito ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, possibilitando, assim, sua inclusão para a realização deste documento de cunho existencial), bem como disciplinar o conteúdo das DAVs que seriam juridicamente válidos no ordenamento brasileiro (tendo em vista que, ainda, em nosso ordenamento, a eutanásia e suicídio assistido são proibidos), e também regular se haveria ou não prazo de eficácia para estes documentos e também quem poderia ser nomeado como procurador para cuidados de saúde e eventuais aspectos formais para o seu registro (DADALTO, 2013, p. 6)

Nesta seara procedimental, as DAVs ainda não possuem um meio oficial para o seu registro, sendo que alguns estudiosos acerca do tema, como Luciana Dadalto, defendem que a confecção deste documento deveria ser realizado por meio de escritura pública, a fim de garantir segurança jurídica, pois, como ainda não há um meio oficial para o seu registro, na prática estão ocorrendo erros grotescos, gerando a possibilidade de anulação destes documentos por serem frágeis (DADALTO, 2013, p. 9).

Ademais, muitos estudiosos defendem, igualmente como foi proposto em Portugal, por meio da Lei nº 25/2012, a criação de um Registro para as DAVs para assegurar o seu depósito em um único local, tornando de fácil acesso para os profissionais de saúde e, deste modo, se evite que as DAVs fiquem dependentes das pessoas que por vezes estão acompanhando o paciente (RAPOSO, 2011, p. 183), o que poderia ser armazenado em nuvem, com acesso pelos profissionais da saúde, quando necessário.

Entretanto, há quem defenda a desnecessidade da utilização de escritura pública para o registro das DAVs, haja vista o alto custo para o registro deste documento e, deste modo, isto ocasionaria pouca aderência a realização das DAVs, bem como não tornaria o direito constitucional de autodeterminação do paciente viável aos brasileiros.

Diante de todos esses impasses apontados, muitas vezes ocasionados pela falta de legislação acerca do tema, parece necessário legislação federal que discipline o assunto para que torne este direito constitucional acessível a todos os brasileiros que ainda sofrem nos hospitais e não conseguem se autodeterminar por estarem em uma situação de incons-

ciência ou em sua iminência e, ainda, dependem da vontade de seus familiares, tutores ou curadores.

O Projeto de Lei nº 25/2012 aprovado em Portugal que, apesar de algumas disposições serem criticadas pelos estudiosos (como por exemplo o prazo de eficácia do documento em cinco anos e que, após decorrido, este deve ser renovado pelo outorgante) apresenta avanços sobre o tema e pode ser utilizado como inspiração para a criação da legislação brasileira, adequando às necessidades e peculiaridades desse sistema que se aproxima muito daquele. A título de exemplo, o mencionado projeto dispõe sobre a criação do Registro Nacional de Testamento Vital (DADALTO, 2013, p. 4), com a finalidade de facilitar o acesso dos profissionais de saúde às DAVs, bem como ajuda a preservar a vontade do paciente.

Quanto ao panorama jurídico espanhol, é relevante ressaltar que a primeira normativa sobre DAVs surgiu na Cataluña, onde foi criada a Lei nº 21, de 29 de dezembro de 2000. Este documento jurídico era dirigido ao médico responsável pelo tratamento, no qual uma pessoa maior e capaz manifestava suas escolhas quanto as opções terapêuticas a serem aplicadas caso, futuramente, não conseguisse expressar pessoalmente sua vontade. A lei catalã dispõe ainda, como requisito para a existência do ato jurídico, a realização perante notário ou três testemunhas, maiores de idade e com capacidade civil plena, sendo que duas delas não podem ter relação de parentesco até segundo grau, bem como não pode ter vínculo patrimonial com o outorgante (FREIRE DE SÁ, 2012, p. 184-185).

A comunidade de Madri também regulamentou esta temática por meio da Lei nº 3, de 23 de maio de 2005, prevendo como direito do cidadão a possibilidade de estabelecer as instruções prévias de vontade sobre tratamentos médicos que a pessoa poderia autorizar para realização em seu próprio corpo. Também houve a criação do Registro de Instruções Prévias da Comunidade de Madri, onde referidos documentos devem ser depositados, conservados, sendo garantida a acessibilidade naquele âmbito territorial (FREIRE DE SÁ, 2012, p. 185).

Posteriormente, a legislação espanhola sobre DAVs também criou um Registro Nacional de Instruções Prévias que seria administrado pelo Ministério da *Sanidad y Consumo* e foi regulamentado por meio do decreto nº 124/2007 (DADALTO, 2013, p. 3-4), com o fim de garantir que os médicos tenham conhecimento do documento e, assim, respeitem a vontade do paciente.

Deste modo, verifica-se que, apesar da DAVs possuir amparo constitucional e infra-constitucional, é essencial que se estabeleça uma legislação que discipline o assunto, para deste modo, permitir a resolução de alguns dos conflitos procedimentais e registrais, bem como para que dissemine este instituto, tornando-o acessível e de conhecimento de todos os brasileiros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que a expectativa de vida tem sofrido considerável aumento com os avanços da medicina e das ciências em geral, havendo forte influência no processo de final de vida, pois

esse estágio já não ocorre como outrora, vem acompanhado de um possível prolongamento artificial graças aos avanços tecnológicos.

Esse avanço, ao mesmo tempo é motivo de comemoração e preocupação, o primeiro porque o ser humano parece ter encontrado fórmula para a longevidade, embora não seja ainda a fórmula da imortalidade, já é um alento, considerada a expectativa de vida dos antepassados. De outro lado, consiste em fonte de preocupação, pois esse retardar a morte artificialmente pode representar custos à própria dignidade da pessoa, que premida de sua capacidade de decidir, poderá ser aprisionada a tratamentos e medicamentos fúteis, contrariando sua própria historicidade.

Surge então as DAVs como instrumento hábil para declarar a vontade acerca de tratamentos, cuidados, medicamentos e procedimentos que pretende ou não se submeter quando não mais puder expressar conscientemente a vontade; relevante mecanismo para permitir à pessoa, o pleno exercício de sua autonomia no tocante às questões existenciais, notadamente quanto ao estágio de final de vida, quando as forças e a consciência já não correspondem aos seus anseios. Portanto, um estágio de vulnerabilidade que clama pela inclusão e respeito às experiências e vivências do ser no mundo.

Embora não haja legislação expressa, trata-se de negócio jurídico válido e passível de eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, a ausência de regulamentação causa uma infinidade de debates, muitas vezes estéreis e que acabam obstaculizando o pleno exercício de direitos existenciais da pessoa, daí a necessidade de se buscar debater e regulamentar o tema.

É preciso dialogar sobre os momentos de fim de vida e as DAVs representam um caminho para esse mister, afinal a morte é a única certeza que se tem!

REFERÊNCIAS

- ANGELUCI, Cleber Affonso. Considerações sobre o existir: as diretivas antecipadas de vontade e a morte digna. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 21, p. 39-59, jul./set., 2019.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. Uberlândia, MG, v. 38, p. 235-274, 2010.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Revista Pensar*, Fortaleza, vol. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014.
- BRASIL. *Projeto de Lei n° 52, de 2009*. Dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença. Diário do Senado Federal, edição n° 188. Publicado em 26/11/2009. Sessão 25/11/2009, p. 62602.
- BRASIL. *Projeto de Lei n° 5.559, de 22 de junho de 2016*. Dispõe sobre os direitos dos pacientes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087978>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética Médica*. Resolução CFM n°. 1931/2009. Brasília: CFM, 2010. Publicada no Diário Oficial da União, em 24 de setembro de 2009, Seção I.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n.º 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: CFM, 2010. Publicada no Diário Oficial da União. 2012, Seção I.

DADALTO, Luciana. Aspectos registrais das diretivas antecipadas de vontade. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/aspectos-registrais-das-diretivas-antecipadas-de-vontade/>. Data de acesso 17 ago. 2017.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*. Belo Horizonte, MG, v. 21, n. 3, p. 463-476, ago.-nov./2013.

DANTAS, Eduardo. Respeitarei todas as suas opiniões que concordarem com as minhas. O Conselho Federal de Medicina e seu peculiar conceito de autonomia do paciente. *Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)*, Lisboa – Portugal, Ano 5 (2019), n.º 6, p. 581-597.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no Ordenamento Brasileiro. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Lisboa, Portugal, Ano 1, n.º 2, p. 945-978, 2012.

LOPES, Ruth Gelehrter da Costa; OLIVEIRA, João Batista Alves de. Cuidados paliativos: A necessidade na medicina atual diante do paciente fora da possibilidade terapêutica de cura. *Revista Prática Hospitalar*, ano IX, n. 51, maio-jun. 2007.

MELO, Vivianne Rodrigues de. Diretivas Antecipadas de Vontade: Construção de Bases Dogmáticas e Jurídicas. *Revista de Direito*. Viçosa, MG, v. 10, n. 01, p. 251-279, 2018.

RAPOSO, Vera Lúcia. Diretivas Antecipadas de Vontade: em busca da lei perdida. *Revista do Ministério Público*. Portugal. Janeiro, março de 2011.

ROCHA, Eneyde Gontijo Fernandes M. Direito à verdade e autonomia da vontade no enfermo. De Jure – *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 8 (jan./jun. 2007), 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SOUZA, Hieda Ludugério de; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone; PAZ, Cássia Regina de Paula; SCHVEITZER, Mariana Cabral; HOHL, Karine Generoso; PESSALACIA, Juliana Dias Reis. Cuidados Paliativos na atenção primária à saúde: considerações éticas. *Revista Bioética*. v. 23, p. 349-359, 2015.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a morte: pensamentos e conclusões sobre as últimas coisas*. Tradução de Karina Jannini; São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FREIRE DE SÁ, Maria Fátima. Cuidados paliativos: entre autonomia e solidariedade. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, Itajaí/SC, vol. 23, n. 1, jan./abr. 2018.

Recebido/Received: 06.04.2020.

Aprovado/Approved: 04.07.2020.

NARRATIVA EDUCACIONAL TRANSMÍDIA E O PODCAST

TRANSMEDIA EDUCATIONAL NARRATIVE AND PODCAST

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH¹

ALESSANDRA ABRAHAO COSTA²

RESUMO

Esta pesquisa usa o método hipotético dedutivo e tem como referencial teórico a Resolução n. 5 do Ministério da Educação, de 17/12/2018, que estabelece que o Projeto Pedagógico do Curso (PPC) de Direito deve ter como elementos estruturais, dentre outros, a realização de inter e transdisciplinaridade, o incentivo à inovação, a integração entre teoria e prática, a especificação das metodologias ativas utilizadas. O problema é que os professores e alunos dos cursos jurídicos normalmente não sabem como fazer isso na prática. A pesquisa busca apontar caminhos viáveis para isso, a partir da narrativa educacional transmídia e do podcast.

Palavras-chave: Narrativa educacional. Transmídia. Podcast.

ABSTRACT

This research uses the hypothetical deductive method and has Resolution n. 5 of the Ministry of Education, of 12/17/2018, as theoretical reference, which establishes that the Law Course Pedagogical Project (PPC) should have as structural elements, among others, the realization of inter and transdisciplinarity, the incentive to innovation, the integration between theory and practice, the specification of the active methodologies

- 1 Doutor, Mestre, Especialista em Direito Comercial/Empresarial e graduado em Direito pela mesma Universidade Federal de Minas Gerais (2007, 2000, 1993 e 1990). Professor Adjunto da Universidade Fumec (desde 1995). Responsável pelas disciplinas Direito Empresarial I e II (graduação), Estratégias Jurídicas das Organizações (mestrado), Metodologia de Ensino Jurídico (mestrado), Direito, Arte, Literatura e Transdisciplinaridade (mestrado). Coordenador de Projeto de Pesquisa, autor de livros e artigos científicos, e orientador de diversas dissertações de mestrado voltadas para Análise Estratégica do Direito, das Metodologias de Ensino e da Transdisciplinaridade. Diretor da Análise Estratégica, com experiência em negociação, mediação, arbitragem, direito societário, fusões e aquisições, estruturação de negócios, educação corporativa, design instrucional, inovação disruptiva. Conselheiro (voluntário) - Câmara Mineira de Arbitragem Empresarial (Caminas). E-mail: fredericogabrich@fumec.br.
- 2 Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade FUMEC, na área de concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia. Linha de pesquisa: Direito Público (Esfera pública, legitimidade e controle). Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Parecerista "ad hoc" da Revista Meritum. Membro do Núcleo de Pesquisa do PPGD da Universidade FUMEC. Associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPED). Possui pós-graduação em andamento em Direito Civil: Doutrina e Jurisprudência, pela Escola Paulista de Direito. Atuou como estagiária docente na Universidade FUMEC, na área de Direito Penal. Possui graduação em Direito (2017) pela Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH), da Universidade FUMEC e graduação em Jornalismo (2012) pela Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH), da Universidade FUMEC. Tem experiência na área de Comunicação Social, com ênfase em Comunicação e Linguagem. Atuou na Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG), onde constituiu equipe de Assessoria de Imprensa em gabinete de Deputado Estadual. Exerceu atividade de repórter e produtora da Rádio Band News FM, do Grupo Bandeirantes de Telecomunicação. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Imobiliário, Direito Civil e Direito do Trabalho. Advogada. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1678-8950>. E-mail: alessandracosta7@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

GABRICH, Frederico de Andrade; COSTA, Alessandra Abrahao. *Narrativa educacional transmídia e o podcast*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 43-59, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8181>.

used. The problem is that law professors and students usually don't know how to do this in practice. The research seeks to point out viable paths for this, from the transmedia educational narrative and the podcast.

Keywords: Educational narrative. Transmedia. Podcast.

1. INTRODUÇÃO

A arte, a literatura e a transdisciplinaridade podem indicar caminhos para resolver ou para minimizar alguns dos maiores problemas atuais dos cursos de Direito: o desinteresse e/ou a apatia crescente dos alunos, a falta de conexão entre teoria e prática, a ausência de inovação disruptiva e do uso de metodologias realmente ativas de ensino e de aprendizagem.

De fato, as diretrizes curriculares dos cursos de Direito, estabelecidas pela Resolução n. 5 do Ministério da Educação, em 17/12/2018, no artigo 2º, §1º, estabelecem que o Projeto Pedagógico do Curso (PPC) de Direito deve ter como elementos estruturais, dentre outros, a realização de interdisciplinaridade, o incentivo à inovação, a integração entre teoria e prática, a especificação das metodologias ativas utilizadas, a inclusão obrigatória do TC – Trabalho de Curso (BRASIL, 2018).

Além disso, o artigo 5º da mesma Resolução MEC n. 5/2018, estabelece em seu §2º que *“o PPC incluirá as três perspectivas formativas, considerados os domínios estruturantes necessários à formação jurídica, aos problemas emergentes e transdisciplinares e aos novos desafios de ensino e pesquisa que se estabeleçam para a formação pretendida”* (BRASIL, 2018).

O problema é que o ensino, a pesquisa e a extensão desenvolvidas atualmente nem sempre preparam os alunos dos cursos de Direito para tudo isso. E mais: os alunos e professores precisam desenvolver conteúdos, atividades e pesquisas inter, multi e transdisciplinares, inovadoras, que permitam a integração entre teoria e prática, com o uso de metodologias ativas, e normalmente não sabem como fazer isso na prática. Pior: os projetos pedagógicos das instituições de ensino muitas vezes também não demonstram, de forma objetiva e clara, como isso acontecerá realmente durante o curso.

Com fundamento no método científico hipotético dedutivo e tendo como referencial teórico a própria Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, do Ministério da Educação, esta pesquisa busca apontar caminhos viáveis para solucionar o problema acima, especialmente por meio da narrativa educacional transmídia, que pode ocorrer também pela produção de *podcasts* que promovam, de forma inovadora e ativa, a interação entre o Direito, a arte e a transdisciplinaridade. Tudo com o objetivo de favorecer que as competências previstas no PPC se transformem, de maneira eficaz e de forma significativa para os alunos, em realidade concreta nos cursos de graduação em Direito.

2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DA EDUCAÇÃO INOVADORA E TRANSDISCIPLINAR

A educação é um direito social assegurado pela Constituição da República em seu artigo 6º (BRASIL, 1988), e constitui um dos pilares mais importantes para a sustentação de um Estado de direito realmente democrático e livre.

Mas não se trata apenas de uma educação meramente formal e desconectada com os reais interesses das pessoas, mas uma educação real, concreta e voltada para o pleno exercício da cidadania e para a verdadeira qualificação para o trabalho no século XXI (e não necessariamente para o emprego), que precisa ser, cada vez mais, inovador, colaborativo, empreendedor.

Nesse sentido, de acordo com o disposto no artigo 205 da Constituição brasileira:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Para a concretização desse desiderato, a Constituição brasileira assegura aos professores e professoras, em todos os níveis de ensino, as garantias previstas no artigo 206, dentre as quais destacam-se, a *"liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber"*, bem como o *"pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas"*. Tudo isso sem falar na autonomia didático-científica específica das universidades, determinada pelo artigo 207 da Constituição (BRASIL, 1988).

No plano constitucional, são exatamente essas garantias que permitem aos docentes no ensino superior, o desenvolvimento de práticas pedagógicas inovadoras, transdisciplinares, ativas e focadas no desenvolvimento pleno dos discentes para o exercício da cidadania e para a melhor qualificação para mundo do trabalho, que se modifica e evolui constantemente, bem como que valoriza cada vez mais o empreendedorismo sustentável, a inovação, a capacidade de resolução de problemas complexos e intergeracionais. Em teoria, a partir da melhor qualificação docente isso é possível, inclusive, quando não existe um projeto pedagógico adequado ou quando não existem as melhores diretrizes educacionais estratégicas determinadas previamente pela instituição de ensino.

No plano infraconstitucional, vale destacar, segundo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei n. 9.394/1996:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares (BRASIL, 1996).

Não há nenhum problema, portanto, quando a Resolução n. 5 do Ministério da Educação, de 17 de dezembro de 2018, no artigo 2º, §1º, estabelece que o Projeto Pedagógico do Curso (PPC) de Direito deve ter como elementos estruturais, dentre outros, a realização de interdisciplinaridade, o incentivo à inovação, a integração entre teoria e prática, a especificação das metodologias ativas utilizadas, a inclusão obrigatória do TC – Trabalho de Curso (BRASIL, 2018). Nem tampouco, quando o artigo 5º da mesma Resolução MEC n. 5/2018, estabelece em seu §2º que "*o PPC incluirá as três perspectivas formativas, considerados os domínios estruturantes necessários à formação jurídica, aos problemas emergentes e transdisciplinares e aos novos desafios de ensino e pesquisa que se estabeleçam para a formação pretendida*" (BRASIL, 2018).

Todavia, segundo Horácio Wanderlei Rodrigues:

O PPC, além da clara identificação de todos esses elementos, deve conter também a expressa indicação de como eles serão *operacionalizados* no mundo real; incluir formalmente cada um deles é insuficiente.

É necessário indicar as formas (estratégias, métodos, metodologias e técnicas) e os meios (recursos e instrumentos) através dos quais o que é dito será efetivado. Além de sinalizar como os seus conteúdos e competências serão trabalhados para que o profissional desejado seja efetivamente formado.

Não basta mais listar um conjunto de características e capacidades as quais o futuro profissional deverá ter incorporado ao final. É preciso demonstrar como o curso fará para que elas, de fato, sejam agregadas ao patrimônio pessoal do egresso (RODRIGUES, 2020, p. 134).

A grande questão é: como fazer tudo isso se transformar em realidade concreta nos cursos de Direito, considerando as deficiências dos projetos pedagógicos (muitos deles meramente formais), as estruturas curriculares muito apegadas ao tradicionalismo, os modelos mentais e a realidade da formação dos professores, dos coordenadores e dos gestores educacionais atuais? Como fazer isso de forma contemporânea, inovadora, com linguagem sig-

nificativa para os alunos, planejada, sistemática e com a participação ativa dos professores e dos discentes?

3. A NARRATIVA EDUCACIONAL TRANSMÍDIA E O PODCAST

O ensino e a aprendizagem atuais precisam acompanhar a realidade da vida dos alunos, que está completamente inserida em uma multiplicidade de dados, informações e conhecimento, que circulam de forma frenética (gratuita ou quase gratuita) nos mais diversos meios e mídias de comunicação, que se complementam e se completam em uma narrativa transmídia. Por isso, a educação contemporânea deve ser também transmídia, pois as mensagens e conteúdos educacionais precisam ser comunicados aos alunos, eles precisam se comunicar com os professores e também entre eles mesmos, por meio das mais variadas mídias que se complementam e/ou completam, tais como: a narrativa do professor – ao vivo – em salas de aula (físicas ou virtuais); as vídeo-aulas gravadas (pelos professores e também pelos próprios alunos); a linguagem dos artigos e livros impressos e digitais; bem como os programas de rádio e tv, as reportagens publicadas em jornais e revistas, além dos games, apps, sites, redes sociais, blogs, vlogs e podcasts.

Segundo Vicente Gosciola, a narrativa transmídia é um termo que apareceu pela primeira vez em 1975 e foi criado pelo compositor e instrumentista Stuart Saunders Smith, quando este compunha melodias, harmonias e ritmos diferentes para cada instrumento e para cada executor. Mas o conceito somente foi aplicado na comunicação em 1991, quando Marsha Kinder relatou as múltiplas conexões que o seu filho fazia, no cinema, na tv, nos games, nas brincadeiras, com os personagens Tartarugas Ninja, o que a mencionada autora chamou de um supersistema de entretenimento ou “transmedia intertextuality” (CAMPALANS; RENÓ; GOSCIOLA, 2012, p. 8-9).

Nesse sentido, a narrativa transmídia baseia-se, fundamentalmente, em um projeto em que as partes de uma história (de uma informação, de uma ideia ou de um conhecimento que se quer transmitir, divulgar, colaborar), estão completamente ligadas por múltiplos meios de comunicação e interação, pelas mais diversas mídias, que se completam, se comunicam, se explicam, se autorreferenciam. Não se trata de dados, informações ou ideias desconexas e separadas arbitrariamente, mas que deliberadamente são transmitidas em partes, por diversas mídias, para formar um todo, com muito mais eficácia e significado para quem recebe a mensagem, a informação, o conhecimento.

De fato, o ensino e a aprendizagem precisam atualmente ser transmídia, comunicados em partes, de formas diferentes, mas também de maneira inovadora e disruptiva, racionalmente unificada, para garantir a maior eficácia possível do processo educacional. Nesse contexto, ainda, a narrativa educacional transmídia, precisa também valorizar os métodos de ensino ativos, que coloquem os alunos no centro do processo educacional e que os permita desenvolver o espírito crítico, a capacidade de resolução de problemas complexos e relacionados com as suas vidas reais.

Uma das mídias possíveis dessa “narrativa educacional transmídia” pode ser o podcast, que permite, dentre outras, a conexão entre o objeto (jurídico) de ensino, com a literatura e com as mais diversas manifestações artísticas (que também são meios de comunicação de ideias, fatos e sentimentos), dentre as quais a música, o cinema, o teatro etc. Inserida em uma estratégia narrativa e educacional transmídia, o podcast pode ser uma peça importante não apenas para a transmissão de informações e conhecimento, mas também de conexão entre o tema objeto de estudo, a prática e a realidade da vida do aluno.

De acordo com Pablo de Assis, em um dos capítulos do livro *Reflexões sobre o podcast*:

O podcast já recebeu diversas definições, umas mais precisas, outras menos. Ele já foi chamado de uma “espécie de rádio pela internet”, ou ainda “uma forma de fazer download de arquivos de áudio”. Porém, por mais que aqueles que nunca ouviram falar do que é um podcast consigam ter uma imagem do que seria isso, essas definições não dão conta dessa nova mídia.

O podcast pode ser definido brevemente como um arquivo de mídia, tradicionalmente um arquivo de formato de áudio, transmitido via podcasting. E podcasting pode ser definido como uma forma de transmitir arquivos digitais, através da internet, utilizando a tecnologia feedRSS e um agregador (ASSIS, 2014, p. 29-30).

Para esclarecer a diferença entre o rádio e o podcast, bem como a importância da tecnologia feedRSS, o mesmo autor acrescenta, que:

Com os podcasts e a utilização de feeds, a mídia é baixada automaticamente para o computador ou aparelho do usuário, pelo agregador, sem necessidade de *pull* direto ou *push* involuntário. É quase como se o usuário escolhesse receber automaticamente a mídia, em um misto de *pull* e *push*. E isso só é possível pelo uso do feed, pois o usuário precisa escolher qual programa baixar para assinar seu feed, mas o download é automático. Porém, ainda reconhece-se o podcast como um sistema de *pull*, pois, por mais que o arquivo seja baixado automaticamente, o assinante pode escolher como e quando acessa seu conteúdo e a assinatura ainda é ativa na busca por conteúdo.

Uma última coisa notável sobre os feeds relacionados aos podcasts é a possibilidade de assinar um podcast e baixar programas antigos presentes nesse feed e ouvi-los. Isso permite que um programa seja “eterno, enquanto dure” na internet, pois as informações contidas nesse feed podem ser acessadas muito tempo depois de lançados. [...]

Isso aponta para a questão central do podcast: o ouvinte não é mais “refém” da imposição das mídias tradicionais. Diferentemente da radiodifusão, chamada também de *broadcasting*, onde o ouvinte recebe passivamente as informações de áudio passadas através de ondas eletromagnéticas por uma central de distribuição que é recebida por um aparelho de rádio somente nos locais e momentos disponibilizados pela central de distribuição, o podcast é disponível a qualquer momento e a qualquer pessoa que ativamente buscar esses arquivos na internet.

Esse exercício de liberdade que o podcast oferece é uma boa forma de demonstrar ao usuário o poder de suas ações e decisões. Ouvir um podcast não é como ouvir uma rádio: “o que será que está passando?”, mas é mais uma ferramenta criativa: “vou ouvir o que eu quero” (FRANCO, 2009) e quando quero (ASSIS, 2014, p. 33-34).

Por tudo isso, o podcast é uma mídia altamente libertária, tanto para quem produz conteúdo, que está livre para tratar dos temas e assuntos que lhe aprouver, quanto para quem recebe, que escolhe quais programas e temas quer receber automaticamente em seu agregador de conteúdo, ou individualmente, por meio de pesquisas customizadas. Além disso, como Pablo de Assis comenta:

O podcast, por precisar da intenção do podovinte, faz com que o processo de ouvir seja mais íntimo. Não se ouve um podcast “por acaso”, da mesma forma como se abre um site por acaso ou lê-se uma postagem de blog de qualquer forma. O podcast é direcionado a um público, a um nicho e se o podovinte faz parte dele, ele percebe justamente essa relação (ASSIS, 2014, p. 39).

Daí, inclusive, a força e a significação que o podcast pode atingir em uma narrativa educacional transmídia. Quem produz o conteúdo tem total liberdade para tratar dos assuntos que entende relevantes, para um nicho específico de ouvintes, interessados em utilizar as informações recebidas como elementos que completem outras informações acessadas por meio de outras mídias, em outros momentos. Essa conexão e complementariedade, não apenas estabelecem vínculos mais “íntimos” entre as partes, mas também mais significativos e eficazes para o processo de ensino e aprendizagem. Mais: o podcast permite promover mais facilmente o pensamento crítico e reflexivo, por meio de conexões entre a teoria, a prática e a vida real de quem recebe a informação, além das abordagens inter, multi e transdisciplinares (inclusive com a literatura e com as artes), que podem favorecer muito mais a compreensão emocional e vinculativa de todo o conteúdo educacional que se quer transmitir pelas mais diversas mídias.

4. COMO USAR O PODCAST NO DIREITO E COLOCAR O ALUNO NO CENTRO DO PROCESSO DE APRENDIZAGEM

De fato, o podcast é uma mídia que pode ser usada em uma narrativa educacional transmídia, para o ensino de qualquer disciplina, em qualquer ciência. Basta que exista um planejamento educacional transmídia (preferencialmente previsto e estruturado no projeto pedagógico do curso), que promova a complementariedade entre os conteúdos transmitidos e recebidos (em mão dupla), por meios das mais diversas mídias disponíveis, como demonstrado no capítulo anterior. E no Direito não é diferente.

O professor de Direito pode utilizar-se do método expositivo tradicional (instrucionista), bem como combinar essas aulas com outras que se utilizem das metodologias construtivistas e construcionistas, por intermédio de métodos ativos de ensino e aprendizagem, tais como: sala de aula invertida, *peer instruction*, ensino híbrido, mapas mentais, divisão do palco etc. Mas o professor de Direito pode (e deve) valer-se de tudo isso, por meio de múltiplas mídias, que se complementam: a narrativa do professor – ao vivo – em salas de aula (físicas ou virtuais); as vídeo-aulas gravadas (pelos professores e também pelos próprios alunos); a linguagem dos artigos e livros impressos e digitais; bem como os programas de rádio e tv, as reportagens publicadas em jornais e revistas, além dos games, apps, sites, redes sociais, blogs, vlogs e podcasts.

Especificamente em relação ao podcast, dada a liberdade e a facilidade de criação, produção e recepção, esta é uma mídia que pode ser produzida tanto pelos professores, quanto pelos alunos. E ser nesse sentido utilizada como um meio de troca cruzada de informações, conteúdos e conhecimentos.

Para isso, tanto os professores podem produzir podcasts com abordagens complementares àquelas disponibilizadas em outras mídias (sala de aula, aulas gravadas, livros, artigos, leis, acórdãos), como os alunos podem também produzir podcasts com reflexões, resultados de pesquisas, debates, entrevistas etc. Tudo isso com o potencial de conexão transdisciplinar entre o Direito, a arte, a literatura e outras manifestações artísticas e culturais, que podem permitir maior significação e interesse por parte dos discentes, quer em relação às disciplinas e temas que integram o que no passado chamava-se “currículo mínimo”, quer no que respeita ao tratamento transversal de conteúdos exigidos em diretrizes nacionais específicas, tais como políticas de educação ambiental, de educação em direitos humanos, de educação para a terceira idade, de educação em políticas de gênero, de educação das relações étnico-raciais e histórias e culturas afro-brasileira, africana e indígena, entre outras (§4º, do art. 2º, da Resolução n. 5/2018 do MEC).

5. EXEMPLO DE PODCAST JURÍDICO E TRANSDISCIPLINAR: “NEVER AGAIN - O CICLO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM VERSOS”

Produzir um podcast pode ser atividade realizada tanto por professores, quanto por alunos. E isso pode ocorrer tanto nos cursos de graduação, quanto de pós-graduação em Direito, sobretudo quando a atividade estiver prevista no projeto pedagógico do curso, como estratégia e método para a real implementação de uma narrativa educacional transmídia.

Em alguns casos, todavia, independentemente do projeto pedagógico formal ou real do curso, a produção do podcast pode decorrer da liberdade de cátedra do professor (art. 206 da Constituição brasileira) e surgir como atividade complementar a outros métodos e estratégias de ensino e aprendizagem utilizadas no curso ou em uma disciplina específica.

Nesse sentido, o roteiro do podcast a seguir demonstrado, foi escrito e depois produzido pela mestrandia coautora desta pesquisa, como trabalho final da disciplina optativa denominada Direito, Arte, Literatura e Transdisciplinaridade.

No caso específico, não se trata de uma disciplina estanque e superespecializada, comumente encontrada nos cursos jurídicos, desde a graduação até a pós-graduação. Trata-se de uma disciplina relativamente aberta, vanguardista e dinâmica, que possibilita ao aluno desenvolver pesquisas inovadoras, transdisciplinares, que fazem sentido para ele, e que acabam promovendo também ativismo discente, reflexões e muitas conexões com os problemas reais da sociedade, além de mudança do modelo mental relativo aos métodos mais eficazes de ensino e de aprendizagem.

O podcast “Never Again: o ciclo da violência doméstica em versos” é, portanto, resultado da reflexão acerca da possibilidade de implementação de uma narrativa educacional trans-

mídia, bem como da conexão entre a ciência jurídica com as diversas expressões artísticas e culturais, de forma a favorecer a maior eficácia das novas diretrizes estabelecidas pela Resolução n. 5/2018 do Ministério da Educação (BRASIL, 2018).

De fato, o mencionado podcast relacionou a música "Never Again", da banda canadense "NickelBack", com os números da violência doméstica no Brasil e com a (in)eficácia da Lei 11.340, de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

O objetivo da produção do *podcast* foi demonstrar, também, a importância da transdisciplinaridade no desenvolvimento dos mais variados temas jurídicos. O propósito foi, ainda, diversificar a forma transmissão do conhecimento (por intermédio de uma mídia contemporânea) e demonstrar como que o estudante pode realmente ser protagonista no processo de ensino e de aprendizagem, para, assim, deixar de ser um mero espectador e/ou receptor passivo de conteúdos muitas vezes não contextualizados com a sua vida real.

A seguir apresenta-se, a título de exemplo, que pode ser usado como paradigma para outras produções, o roteiro utilizado na gravação do *podcast*, que foi dividido em seis partes: introdução, explicações sobre a canção, traduções da música, *clímax* e fechamento. Os trechos em negrito e em letras maiúsculas identificam os momentos de maior entonação da voz; os parágrafos foram divididos com linhas para representar os momentos de pausa na fala, durante a gravação; as partes foram delimitadas de acordo com o conteúdo da música, e por isso há marcação em segundos e minutos.

Para maior compreensão do potencial da narrativa educacional por meio do podcast (que deve complementar ou ser complementada por outras mídias), sugere-se que seja realizada simultaneamente, a leitura do roteiro e a escuta do áudio do podcast, que pode ocorrer por meio do seguinte link de acesso: <https://soundcloud.com/alessandra-costa-283153873/podcast-never-again-a-violencia-domestica-em-versos>.

5.1 ROTEIRO E ESTRUTURA DO PODCAST:

O *podcast* "Never Again: o ciclo da violência doméstica em versos" tem início com a melodia da canção "Never Again", até os primeiros 28 segundos. A música é de autoria da banda de *rock* canadense Nickelback, formada em Hanna, na província de Alberta, em 1995, pelo vocalista Chad Kroeger, o baixista Mike Kroeger, o guitarrista e tecladista Ryan Peake e o baterista Brandon Kroeger. Entre 1995 e 2005, a formação do grupo passou por diversas alterações, até que Daniel Adair substituiu o baterista Ryan Vikedal.

Após o instrumental que marca o início da composição, é feita a apresentação da locutora e dos objetivos do canal. A finalidade do *podcast* é desmistificar a ideia de que não é possível aprender o Direito fazendo conexões com outras áreas do conhecimento, inclusive com aquelas que não consideradas ciências, como as artes, o cinema, a literatura e a música.

Depois da abertura do *podcast*, o ouvinte compreende qual o assunto será tratado no primeiro episódio. A partir de então, são explicitados os versos da canção escolhida como ponto de conexão do tema do episódio.

A música "Never Again" foi lançada em 2003, como *single* do álbum "Silver Side Up". Originalmente, havia um videoclipe feito para a canção. Porém, por ser considerado demasiadamente violento, o vídeo foi proibido de ser exibido em alguns canais musicais.

O *podcast* "Never Again: o ciclo da violência doméstica em versos" relaciona os trechos musicais com a realidade social das vítimas da violência doméstica, seguido de breve introdução sobre a mensagem da música e algumas explicações sobre o abuso doméstico.

Parte 1: MELODIA INDROTUDÓRIA E APRESENTAÇÃO DO CANAL (28")
O <i>podcast</i> começa com as primeiras batidas da música. Posteriormente, é feita a apresentação da locutora e do canal.
Parte 2: EXPLICAÇÕES SOBRE O ENREDO MUSICAL
No primeiro episódio, "NEVER AGAIN": O CICLO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM VERSOS, nós vamos destrinchar os versos da canção da banda Nickelback fazendo uma relação com a violência doméstica e com a "Lei Maria da Penha".
NEVER AGAIN é uma música pouco difundida da banda canadense Nickelback, que retrata a vida de uma mulher que sofre violência do marido toda vez que ele bebe. O final é surpreendentemente jurídico. O abuso doméstico é um assunto pesado por si só. Nessa canção, a banda resolveu tratar do tema na perspectiva de uma criança que presencia o pai abusando e violentando sua mãe. A produção musical traz seriedade do tópico e expõe a raiva e a frustração, com um belo grito na voz do vocalista Chad Kroeger.

No trecho seguinte, as explicações da locutora são interrompidas para que o ouvinte escute mais alguns segundos da canção. Em seguida, é feita uma tradução dos versos para a língua portuguesa, relacionando a letra da música com a realidade das vítimas de violência doméstica.

Além disso, o ouvinte conhece um pouco sobre a vida de Maria da Penha, mulher que deu origem a Lei contra a violência doméstica e familiar no Brasil, e sobre os objetivos do Diploma Legal que levou o seu nome.

Em 2017, o Instituto Maria da Penha lançou o projeto "Relógios da Violência", que estima quantas mulheres são diariamente agredidas física ou verbalmente no Brasil. Os dados levantados fazem parte de uma pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha, em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que mostra que a cada dois segundos, uma mulher é vítima de violência física ou verbal, no Brasil.

De fato, a violência doméstica e familiar contra a mulher passou a ser considerada crime, a partir da aprovação da Lei nº. 11.340, em 07 de agosto de 2006, que ficou conhecida como Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

Realmente, essa norma jurídica criou no Brasil mecanismos para coibir e prevenir a agressão ambientada na convivência familiar, e se tornou um instrumento de transformação social ao longo de mais de 13 anos de existência. Nesse sentido, de acordo com o artigo 1º da Lei nº. 11.340/2006:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

Maria da Penha Maia Fernandes, nascida em Fortaleza, Ceará, em 1945, tem hoje 74 anos. Farmacêutica, ela foi uma das inúmeras mulheres vítimas de violência doméstica.

Em 1983, Maria da Penha sofreu duas tentativas de homicídio pelo seu então marido, Marco Antônio Heredia Viveiros. Na primeira tentativa, após disparo de arma de fogo, Maria foi gravemente ferida e ficou internada por quatro meses. Em decorrência das agressões, ela sofre de paraplegia irreversível e utiliza uma cadeira de rodas para se locomover (CIDH, 2001).

Os peticionários indicam que o temperamento do Senhor Heredia Viveiros era agressivo e violento e que ele agredia sua esposa e suas filhas durante o tempo que durou sua relação matrimonial, situação que, segundo a vítima, chegou a ser insuportável, pois não se atrevia, por temor, a tomar a iniciativa de separar-se. Sustenta ela que o esposo procurou encobrir a agressão alegando ter havido uma tentativa de roubo e agressão por parte de ladrões que teriam fugido. **Duas semanas depois de a Senhora Fernandes regressar do hospital, e estando ela em recuperação, pela agressão homicida de 29 de maio de 1983, sofreu um segundo atentado contra sua vida por parte do Senhor Heredia Viveiros, que teria procurado eletrocutá-la enquanto se banhava** (CIDH, 2001, grifos do autor).

Penha denunciou a tolerância do Estado, que por mais de 15 anos agiu com negligência, e não cumpriu com as diligências necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias feitas pelo Ministério Público.

Em 1991, o crime foi julgado pela primeira vez. A defesa alegou irregularidades no procedimento do júri. Novamente, em 1996, o ex-marido de Penha foi condenado pela segunda vez. Porém, repetidamente, a defesa alegou irregularidades (CIDH, 2001).

O processo continuou aberto e o agressor em liberdade. Somente em 2002, após 19 anos, o ex-companheiro de Maria da Penha foi preso, mas ficou apenas dois anos em regime fechado (CIDH, 2001).

A história de Penha é particular e, ao mesmo tempo, tão comum à de outras mulheres. Sua batalha revelou um fenômeno social, político e ideológico, camuflado por uma cultura machista e desigual, que afeta de forma grave muitas pessoas.

Parte 3: TRADUÇÕES E HISTÓRIA DE MARIA DA PENHA (50")

"Ele está bêbado de novo, é hora de brigar.
Ela deve ter feito algo errado essa noite.
A sala de estar vira um ringue de boxe.
É hora de correr quando você o vê cerrando os punhos.
Ela é apenas uma mulher... Nunca mais".

Aqui, o ouvinte conhece a história de vida de Maria da Penha, que inspirou a publicação da Lei 11.340, agosto de 2006.

Para chegar ao *clímax* do *podcast*, são exibidos mais alguns versos da canção "Never Again". O refrão, com mais algumas traduções, procura emocionar o ouvinte e sensibilizá-lo. Depois, são feitas explicações a respeito das fases e do ciclo da violência doméstica.

Em 2015, a Lei nº 13.104 alterou o artigo 121, do Código Penal, que passou a prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e o incluiu no rol de crimes hediondos (BRASIL, 2015). Assim, o artigo 121 do Código Penal passou a prever o seguinte:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (...)

Femicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

(Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:

(Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

VIII - (VETADO): (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos (BRASIL, 1940).

Não obstante, é nesse trecho do episódio que o ouvinte conhece a definição de violência doméstica e o rol das violências domésticas previstos na Lei.

Parte 4: EXPLICAÇÕES SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (1'38")

NEVER AGAIN! NUNCA MAIS.

As mulheres que são vítimas da violência doméstica e familiar estão submetidas ao ciclo da violência.

São identificadas três fases principais da agressão:

A primeira fase é aumento da tensão; seguida pelo ato de violência; passando pela fase de arrependimento e comportamento carinhoso.

Esse ciclo da violência é retratado nos versos da canção.

"Eu ouço ela gritar do fundo do corredor
Incrível como ela ainda consegue falar
Ela me diz aos prantos: "volte para a cama"
Tenho medo que ela possa acabar morta nas mãos dele
Ela é apenas uma mulher... Nunca mais
Já passei por isso antes, mas não desse jeito
Já tinha visto isso, mas não assim
Eu nunca tinha visto ficar tão ruim assim
Ela é apenas uma mulher... Nunca mais"

Com o tempo, os intervalos entre uma fase e outra ficam menores, assim como as agressões passam a acontecer sem obedecer à ordem das fases. Em alguns casos, chega-se ao feminicídio, que é o assassinato da vítima.

Em 2015, o Código Penal passou a prever o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, e o incluiu no rol de crimes hediondos.

A definição de violência doméstica mais utilizada é a adotada pela "Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher de Belém do Pará", realizada em 1994. A Convenção definiu como: "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado".

A violência contra a mulher deve ser analisada em sentido amplo. Pode ser de natureza física, sexual, psicológica, moral, patrimonial, entre outras. O rol das hipóteses não é taxativo, nem excludente.

Quase ao final do programa, mais música é tocada, demonstrando a relação dos versos com as mudanças legislativas sofridas em virtude da Lei Maria da Penha, com o objetivo de garantir a eficácia do combate à violência doméstica e familiar.

Busca-se aqui emocionar, ao narrar o final da canção, pois toda violência sofrida pela personagem da canção é vista pelos olhos de uma criança. O final é surpreendente.

<p>Parte 5: TRADUÇÕES E DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (2'33")</p> <p>"Apenas diga à enfermeira que você escorregou e caiu. Começa a doer à medida que começa a inchar. Ela olha pra você e quer a verdade. Que está bem na sala de espera com aquelas mãos, Com a aparência mais doce do mundo."</p>
<p>Assim como na canção, nos hospitais chegam mulheres com braços quebrados, olhos roxos, marcas de espancamento e queimaduras. Muitas vezes, a vítima mente para os profissionais de saúde, alegando que caíram da escada, que tropeçaram ou que bateram em algum móvel.</p>
<p>No Brasil, desde 2011 o profissional de saúde que atende uma mulher e suspeita que ela tenha sido vítima de violência doméstica é obrigado a preencher uma ficha de notificação e encaminhar para a secretaria de saúde do seu estado.</p>
<p>O final da música é mesmo surpreendente. Na visão da criança, ela vê o pai chegar mais uma vez bêbado, mas é tempo de lutar. A mãe está farta e decide usar uma arma e puxar o gatilho. É o fim. Never again. Nunca mais.</p>

No fechamento do episódio, dados alarmantes são noticiados. De acordo com o Mapa da Violência 2015: homicídios de mulheres no Brasil, em um grupo de 83 países, o Brasil ocupa a 5ª posição no *ranking* dos que mais matam mulheres no mundo. Apenas El Salvador, Colômbia, Guatemala (três países latino-americanos) e a Federação Russa evidenciam taxas superiores às do Brasil. No entanto, os números do Brasil são muito superiores aos de vários países: ocorrem 48 vezes mais homicídios femininos do que no Reino Unido; 24 vezes mais homicídios femininos que na Irlanda ou Dinamarca; 16 vezes mais homicídios femininos no Japão ou Escócia (WAISELFISZ, 2012).

A esperança de reverter o quadro surgiu com a publicação da Lei Maria da Penha. Contudo, a questão vai além dos aspectos jurídicos, diz respeito a aspectos socioculturais de uma sociedade patriarcal e de origem escravocrata.

Mais do que um aspecto jurídico, a mudança de paradigmas depende de amadurecimento social, da mudança de comportamento dos agressores, bem como da devida aplicação dos dispositivos legais para que a Lei seja verdadeiramente eficaz. Assim, no episódio, também é feito um alerta para que denúncias sejam registradas, através da Central de Atendimento à Mulher (Disque 180).

<p>Parte 6: FECHAMENTO (3'21")</p>
<p>Para finalizar, o ouvinte conhece os dados levantados pelo Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil.</p>
<p>(3'50") Para incentivar as "denúncias", o canal faz um convite para que o silêncio não contribua com os números da violência doméstica e familiar.</p>

6. CONCLUSÃO

Como restou demonstrado nesta pesquisa, de acordo com as novas as diretrizes curriculares dos cursos de Direito, estabelecidas pela Resolução n. 5/2018 do Ministério da Educação, o Projeto Pedagógico do Curso de Direito deve ter como elementos estruturais, dentre outros, a realização de interdisciplinaridade, o incentivo à inovação, a integração entre teoria e prática, a especificação das metodologias ativas utilizadas, a inclusão obrigatória do TC – Trabalho de Curso, além de permitir o domínio da solução de problemas emergentes, complexos e transdisciplinares, vinculados com a realidade regional e nacional. Mais do que isso, o Projeto Pedagógico deve garantir o tratamento transversal de conteúdos exigidos em diretrizes nacionais específicas, tais como políticas de educação ambiental, de educação em direitos humanos, de educação para a terceira idade, de educação em políticas de gênero, de educação das relações étnico-raciais e histórias e culturas afro-brasileira, africana e indígena, entre outras (§4º, do art. 2º, da Resolução n. 5/2018 do MEC).

Como se não bastasse, de acordo com as atuais diretrizes curriculares dos cursos de Direito, os alunos e professores precisam desenvolver conteúdos, atividades e pesquisas inter, multi e transdisciplinares, inovadoras, que permitam a integração entre teoria e prática, com o uso de metodologias ativas.

O problema é que o ensino, a pesquisa e a extensão desenvolvidas atualmente nem sempre preparam os alunos dos cursos de Direito para tudo isso. Pior: os projetos pedagógicos das instituições de ensino muitas vezes são apenas documentos formais, desconectados com a prática pedagógica real, e também não demonstram, de forma objetiva e clara, como todas essas diretrizes acontecerão realmente durante o curso, por meio do trabalho integrado e planejado da Instituição de Ensino, dos professores e dos alunos.

Com fundamento no método científico hipotético dedutivo e tendo como referencial teórico a própria Resolução n. 5/2018 do Ministério da Educação, esta pesquisa apontou uma das possibilidades viáveis para solucionar o problema acima: o planejamento e a implementação de uma narrativa educacional transmídia, que pode ocorrer também pela produção de *podcasts* que promovam, de forma inovadora e ativa, a interação entre o Direito, a arte e a transdisciplinaridade. Tudo com o objetivo de favorecer que as competências previstas na Resolução n. 5/2018 do MEC e no PPC, se transformem, de maneira eficaz e de forma significativa para os alunos, em realidade concreta nos cursos de graduação (e também de pós-graduação) em Direito.

Para tanto, a pesquisa apresentou também um exemplo de roteiro de um podcast, que pode ser utilizado como paradigma para que professores e alunos dos cursos de Direito, se aventurem em empreitadas similares, para concretização de uma narrativa educacional transmídia, por meio de uma linguagem contemporânea; o podcast.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Fernando. ORÉLIO, Grégoire Balasko. EHLERS, Marcelo Geyer. *A Família Investidora e o Family Office*. Porto Alegre: Buqui, 2017 (ebook).

ASSIS, Pablo. In: LUIZ, Lucio (Org.). *Reflexões sobre o Podcast*. Nova Iguaçu (RJ): Marsupial Editora, 2014.

BRASIL 2019. Lei 13.836, de 04 de junho de 2019. Acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13836.htm. Acesso em 08 jan. 2020.

BRASIL, 1988. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL, 1996. Decreto nº 1973, de 01º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 8 jan. 2020.

BRASIL, 2002. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 8 jan. 2020.

BRASIL, 2006. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 08 jan. 2020.

BRASIL, 2015. Lei 13.104, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL, 2018. Lei 13.641, de 04 de abril de 2018. Altera a Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL, 2019. Lei 13.827, de 13 de maio de 2019. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm. Acesso em: 08 dez. 2019.

BRASIL, Ministério da Educação. Resolução n. 5, de 17/12/2018. Institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria MS/GM nº 104, de 25 de janeiro de 2011. Define as terminologias adotadas em legislação nacional, conforme o disposto no Regulamento Sanitário Internacional 2005 (RSI 2005), a relação de doenças, agravos e eventos em saúde pública de notificação compulsória em todo o território nacional e estabelece fluxo, critérios, responsabilidades e atribuições aos profissionais e serviços de saúde. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0104_25_01_2011.html. Acesso em: 08 jan. 2020.

CAMPALANS, Carolina. RENÓ, Denis. GOSCIOLA, Vicente. *Narrativas transmedia: ente teorias e práticas*. Bogotá: Univesidad del Rosario, 2012.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM. Instrução 472, de 31 de outubro de 2008. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento, a oferta pública de distribuição de cotas e a divulgação de informações dos Fundos de Investimento Imobiliário - FII. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst472.html>. Acesso em: 21 mai. 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM. Instrução 555, de 17 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação das informações dos fundos de investimento. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html>. Acesso em: 21 mai. 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM. Instrução 578, de 30 de agosto de 2016. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst578.html>. Acesso em: 21 mai. 2019.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Caso 12.051, Relatório 54/01, *Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil*, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FEDERAL, Senado. *A violência contra a mulher*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 10 dez. 2019.

FERNANDES, M. da P. M. *Sobrevivi... Posso contar*. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010.

FERNANDINO, Matheus Bonaccorsi. *Governança Jurídica nas Empresas Familiares*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016.

GABRICH, Frederico de Andrade. *Análise Estratégica do Direito*. Florianópolis: Conpedi, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/09_418.pdf. Acesso em: 17 mai. 2019.

GABRICH, Frederico de Andrade. *Transdisciplinaridade no Ensino Jurídico*. Conpedi, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=57db7d68d5335b52>. Acesso em: 25 mar. 2020.

INSTITUTO MARIA DA PENHA, Relógios da violência. Disponível em: <https://www.relogiosdaviolencia.com.br/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

LUIZ, LUCIO (org.). Reflexões sobre o podcast. Nova Iguaçu (RJ): Marsupial Editora, 2014.

NEVER AGAIN (CANÇÃO DE NICKELBACK). In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Never_Again_\(can%C3%A7%C3%A3o_de_Nickelback\)&oldid=55778901](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Never_Again_(can%C3%A7%C3%A3o_de_Nickelback)&oldid=55778901). Acesso em: 25 mar. 2020.

NICKELBACK. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Nickelback&oldid=57472624>. Acesso em: 18 fev. 2020.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Cursos de Direito no Brasil: diretrizes curriculares e projeto pedagógico*. 2ª ed. Florianópolis: Habitus, 2020 (formato e.pub).

WAISELFISZ, J. J. *Mapa da Violência 2015: Homicídios de Mulheres no Brasil*. Brasília, UNESCO, 2015.

Recebido/Received: 06.08.2020.

Aprovado/Approved: 19.12.2020.

DIGNIDADE HUMANA E DIREITO AO RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE PESSOAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO EXTRAJUDICIAIS

HUMAN DIGNITY AND THE RIGHT
TO RECOGNIZE PERSONAL IDENTITY:
AN ANALYSIS FROM EXTRAJUDICIAL PROTECTION INSTRUMENTS

ALOÍSIO ALENCAR BOLWERK¹
NEUTON JARDIM DOS SANTOS²

RESUMO

O presente artigo pretende estabelecer um elo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito ao reconhecimento da identidade pessoal, com abordagem de alguns instrumentos de proteção, especialmente os extrajudiciais, a exemplo dos provimentos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Como metodologia, utilizam-se o método indutivo para abordagem e a técnica de pesquisa bibliográfica na área doutrinária e de legislação sobre identidade, identidade humana, reconhecimento e direito ao reconhecimento da identidade pessoal, levando em consideração os conceitos, a natureza e os dados sobre esse reconhecimento no Brasil. Estabelece-se, assim, vínculo com o princípio do acesso à justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana. A pesquisa bibliográfica decorreu de dados levantados sobre o tema no período de março a junho de 2020 e incidiu, no âmbito do CNJ, prioritariamente, sobre os Provimentos nº 28/2013, 63/2017, 73/2018, 82/2019 e a Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 3/2012. O resultado obtido a partir dessas considerações é uma análise crítica sobre a efetividade desses instrumentos de proteção extrajudiciais, com o objetivo de contribuir para a consecução dos direitos fundamentais do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Dignidade humana. Identidade pessoal. Proteção extrajudicial.

1 Doutor em Direito Privado pela PUC Minas. Professor adjunto da Universidade Federal do Tocantins - UFT e Professor Permanente do Programa de Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/Esmat. Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional. Advogado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-4229-4337>. E-mail: bolwerk@uft.edu.br.

2 Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Estado do Tocantins em parceria com Escola da Magistratura do Estado do Tocantins (ESMAT). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Unirg. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Unitins. Especialista em Direito Público pelo ITOP. Especialista em Direito e Processo Constitucional pela Universidade Federal do Tocantins. É Defensor Público na Defensoria Pública do Estado do Tocantins e Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0160-8072>. E-mail: neutonjardim@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

BOLWERK, Aloísio Alencar; SANTOS, Neuton Jardim dos. *Dignidade humana e direito ao reconhecimento da identidade pessoal: uma análise a partir dos instrumentos de proteção extrajudiciais*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 60-75, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.7946>.

ABSTRACT

This article sought to establish a link between the principle of the dignity of the human person and the right to recognition of personal identity, addressing some protection instruments, especially extrajudicial ones, such as the provisions of the National Council of Justice. An inductive method will be used to approach it, presenting an overview of the technique of bibliographic research, doctrine and legislation on the right to personal identity recognition, with concepts, nature and data on this recognition in Brazil, establishing a link with the principle of access to justice and on the principle of human dignity. Based on these considerations, a critical analysis will be carried out on the effectiveness of these extrajudicial protection instruments, with the objective of contributing to the realization of the fundamental rights of access to justice and the dignity of the human person.

Keywords: Human dignity. Personal identity. Extrajudicial protection.

INTRODUÇÃO

Desde a pré-história, a datar do momento em que o homem passou a se aglomerar e surgiram as primeiras comunidades, os indivíduos passaram a procurar formas de se identificar, de modo a criar uma identidade pessoal própria, a se individualizar.

Segundo Calissi(2016),

A identidade é um termo de reconhecimento perante o "outro" e termo de autoconhecimento. De um lado, a pessoa existe porque é composta internamente como manifestação de sua mente, de seu pensamento, mas existe, também, socialmente, porque percebida pelo "outro". Assim, a identidade é o conhecimento do sujeito a partir de si mesmo e a partir do outro. (CALISSI, 2016, p. 115)

O direito à identificação pessoal ultrapassa os limites clássicos do Direito Privado e do Direito Público, de modo que devemos protegê-lo de maneira interdisciplinar, em juízo ou fora dele, seja de forma repressiva, ao corrigir danos à identidade, seja de forma fomentadora, ao divulgar e instigar a proteção a esse direito. Nesse segmento, estão os direitos ao nome, à identidade cultural, a conhecer as próprias origens e à liberdade de orientação sexual, entre outros (KONDER, 2018). O direito ao nome e à identidade exigem assentos oficiais substanciais e hígidos, podem proteger uma cultura, a exemplo das etnias indígenas, referendam uma origem genética, bem como reclassificam o sexo como condição autopercebida ou autodeclarada, no caso de pessoa transgênero.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019), na região norte, a cobertura do Registro Civil de Pessoas Naturais é de apenas 87,5% enquanto em todas as demais regiões do país supera 93,1%. Os mais atingidos com subregistro são indígenas, população em situação de rua, trabalhadores rurais e população LGBTQI+, o que se traduz em um abalo à dignidade da pessoa humana(INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019).

Erros e omissões nos assentos de registros públicos de nascimento, casamento e óbito junto aos cartórios do registro civil de pessoas naturais são comuns, o que inviabiliza ou retarda também o exercício de direitos como à moradia, de ir e vir, patrimonial e outros servi-

ços públicos. Logo, há necessidade de buscar fomento de atividades que possibilitem tornar eficaz a entrega desses direitos fundamentais que garantem o exercício da cidadania.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)nº 4275, autorizou a alteração de registro civil de nascimento ou casamento para adaptar a realidade declarada da pessoa transgênero. E o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou vários provimentos, facultando registros e retificações extrajudiciais pelos cartórios de registro civil de pessoas naturais³, a indicar, em ambas as situações, a primazia pelo direito à dignidade dos cidadãos.

Este artigo pretende justificar o reconhecimento do direito à identidade pessoal como um direito fundamental, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, norte orientador na Constituição Federal brasileira. A partir dos direitos da personalidade, estabeleceu-se conexão com o direito à identidade pessoal com a finalidade de afirmar que é um direito que deve receber tutela judicial ou extrajudicial, sempre à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro enfoque foi o acesso à justiça plena para concretização desses direitos, o que foi feito explorando princípios constitucionais, leis e atos administrativos do CNJ. Para a análise do tema, adotou-se o método de abordagem indutivo, por necessidade de comprovação de que o direito à identidade pessoal e sua respectiva tutela são direitos fundamentais e de que a conclusão está baseada em princípios constitucionais e em valores éticos. Como técnica de estudo (métodos de procedimentos), utilizou-se a pesquisa bibliográfica, doutrinária e de legislação, já que o tema em estudo tem relação com esses elementos de pesquisa.

O texto estrutura-se, além desta introdução, em três partes. Na primeira, abordam-se direito à dignidade da pessoa humana, conceitos e normatização internacional e interna e principiologia. Na segunda, abordam-se identidade, identidade humana, reconhecimento e direito à identidade pessoal sob a ótica doutrinária e constitucional, estabelecendo-se conceitos e sua natureza jurídica. Na terceira, são feitas considerações sobre instrumentos de proteção judicial e extrajudicial desses direitos com base na lei e em normas técnicas emitidas pelo CNJ, com enfoque no acesso à justiça e na duração razoável do processo, dando destaque às medidas positivas e negativas para ampliação de tutela ao direito à identidade e citando, em tópico específico, o caso concreto da ADI nº 4275 e do Provimento nº 73/2018 do CNJ.

Pretende-se com este trabalho contribuir para aprofundar os conhecimentos sociais do direito, na medida em que são discutidos ensinamentos sobre direitos humanos, princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e meios de acesso à justiça a partir da resposta extrajudicial.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece, na parte preambular, que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, e, no seu art.1º, que “todas os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 1948, p. 2).

Para Piovesan (2019), a Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, enfatizada pela universalidade e pela indivisibilidade. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos; e indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, na igualdade e na dignidade. Enfatizam, mais, que a dignidade da pessoa humana é uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, confere-lhes conteúdo ético e dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer. Logo, o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção (RAMOS, 2020).

A dignidade da pessoa humana foi colacionada no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, sendo princípio singular e irradiador do texto constitucional. Bulos (2018) assevera que a dignidade da pessoa humana é diretriz cogente para desenho do Estado, determinando-lhe o modo e forma de ser, e que garante unidade constitucional e baliza interpretações para a tomada de decisões.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o autor ainda destaca que:

[...] este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expresso na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, esta consagrando um imperativo de justiça social, *um valor constitucional supremo*. [...] Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem.[...] Notório é o caráter instrumental do princípio, afinal ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância.(BULOS, 2018, p. 513)

Na filosofia, temos a corrente kantiana, que defende ser o homem o fim em si mesmo e que a dignidade humana se funda na capacidade humana de propor fins e, não apenas, autonomia. É dizer, todos os seres humanos têm dignidade, independentemente de sua condição, de modo que, devemos respeitar a humanidade, sempre, como fim em si mesmo e nunca, meramente, como meio (KANT, 2009). A dignidade humana existe como meta finalística em favor da humanidade, como regra moral e um “dever-ser” necessário e universal. As pessoas têm, sempre, dignidade.

Para Reale, "o homem não é uma simples entidade psicofísica ou biológica, redutível a um conjunto de fatos explicados pela Psicologia, pela Física, pela Anatomia, pela Biologia". O autor continua o pensamento, afirmando que nele existe algo que representa a possibilidade de inovação e superação. O homem representa algo que é um acréscimo à natureza como instaurador de novos objetos do conhecimento, como no ato constitutivo de novas formas de vida (REALE, 2002, p. 211).

É claro, o elo que liga a dignidade da pessoa humana ao direito de identidade pessoal, como forma de estabelecer os anseios de pertencimento, seja pertencimento individual do ser ao seu mundo particular, seja pertencimento coletivo, a um contexto cultural (CALISSI, 2016).

Desse modo, a dignidade da pessoa humana reforça que o direito à identidade pessoal deve ser aperfeiçoado como meta humanitária, com vistas à plena realização do homem como fim em si mesmo.

3. O DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

As relações sociais são ordenadas por normas e princípios, que objetivam, não somente, protegê-los como assegurar-lhes direitos e impor-lhes deveres.

Urge estabelecer os conceitos de identidade, identidade humana, identificação e reconhecimento. Em medicina legal, a antropologia forense fixa que a identidade é "o conjunto de caracteres próprios e exclusivos das pessoas, dos animais, das coisas, dos objetos. É a soma de sinais, marcas e caracteres positivos ou negativos que, no conjunto, individualizam o ser humano ou uma coisa, distinguindo-os dos demais" (CROCE JR., 2011, p. 63).

Cumprir distinguir identidade humana e identificação. Para Croce Júnior (2011), identidade humana é "o conjunto de características pessoais e peculiares que diferencia o indivíduo dos outros e lhe confere uma situação temporoespacial específica e status social único enquanto identificação é a determinação da identidade, ou seja, da individualidade. É a demarcação da individualidade".

França (2015) distingue reconhecimento e identificação, ao dizer que o primeiro significa apenas o ato de certificar-se, conhecer de novo, admitir como certo ou afirmar conhecer; e identificação consiste em um conjunto de meios científicos ou técnicas específicas empregados para que se obtenha a identidade.

Num viés psicológico, Jacques (1998 *apud* HOGEMANN; MOURA, 2018) sustenta que a identidade pessoal é a maneira pela qual as pessoas enxergam a si mesmas e está intimamente relacionada à própria imagem, ao passo que, sob um olhar sociológico, é um construir-se por meio do processo de socialização, que se dá até a morte.

A Declaração sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (DUGHDH) garante, em seu art. 1º, que "o genoma humano tem subjacente a unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como reconhecimento de sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico, constitui o patrimônio da Humanidade". A identidade pessoal, sob esse viés, passa pela determinação da origem genética, conferindo a característica a todos

aqueles que pertencem à espécie humana, e, no particular, expressa os caracteres do patrimônio genético individualizador recebido dos pais, na concepção, fundamental para a plena integridade psíquica (UNESCO, 1997).

Evidenciado que a identidade humana é um conjunto de caracteres pessoais encontrado pelo processo de identificação, que é o meio para demarcá-la, é de se consignar que a identidade da pessoa humana deve ser encarada como necessidade psicológica, social, individual, cultural e genética.

O contexto da dignidade da pessoa humana expressa que, o homem é o centro, de modo que, o indivíduo exista, mas, de forma digna, com sua identidade, suas diferenças e sua cultura, e que o Estado possibilite meios para essa realização. Emerge da dignidade da pessoa humana, o direito à identidade pessoal, também reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 6º, que dispõe que, “todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei” (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 1948, p. 6).

Muito embora o reconhecimento ao direito à identidade pessoal não se restrinja ao reconhecimento do direito a ter nome, parte-se aqui desse elemento para levar em consideração as demais necessidades, pois deve-se garantir que se agreguem ao nome, direito nato e personalíssimo, as necessidades psicológicas, sociais, individuais, culturais e genéticas.

Um dos elementos da identidade pessoal é o nome. A partir da coerente e oportuna classificação doutrinária de Orlando Gomes(2019) para a discussão em tela, há, em resumo, três teorias principais para explicar a natureza jurídica do direito ao nome civil: teoria da propriedade, teoria do Estado e teoria do direito da personalidade.

A primeira entende que o nome é natureza patrimonial de que goza o sujeito de forma absoluta. A segunda defende que o nome é um fato protegido pela ordem jurídica. E a terceira, sobre a qual será dedicada maior explanação neste artigo, estabelece que o nome pertence aos direitos da personalidade, teoria adotada pelo atual Código Civil Brasileiro.

O reconhecimento da identidade pessoal passa pela existência pessoal e social, de modo que cada pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, conforme propõe o artigo 10 do Código Civil. Trata-se de direitos da personalidade, com previsão no Livro I, Título I, Capítulo II do Código Civil Brasileiro.

Para Almeida (2017), devemos

Recompor a sistemática atinente à tutela do nome à luz do princípio da dignidade da pessoa humana significa concretizar uma qualificação civil condizente com uma real individualização perante si e seus semelhantes. Em outras palavras, o nome deve servir, enquanto signo distintivo exterior e visível de individualização, como uma expressão concreta do princípio da dignidade da pessoa humana. (ALMEIDA, 2017, p. 1.153)

Konder (2018) vem conceituando que:

O direito à identidade pessoal deve dar guarida à construção coletiva e dialógica das identidades, protegendo o próprio processo pelo qual as identidades se constroem intersubjetivamente [...] é imprescindível recorrer aos desenvolvimentos científicos da psicologia, da antropologia e da sociologia, e ainda, dentro do direito, aos estudos da filosofia do direito, do direito constitucional e, claro, do direito civil. (KONDER, 2018, p. 4-5)

Ser titular de direito da personalidade é garantia de que o indivíduo possa ter um nome, um caractere específico e um distintivo. Essa individualização exige, na sua formatação, elementos que reflitam sua satisfação e respeitabilidade, sem que haja exposição ao ridículo ou constrangimento pessoal e, ainda, possa expressar suas origens, sua cultura e sua maneira de se perceber no cosmo. A necessidade de estabelecer reconhecimento pessoal e social fez que a identidade pessoal ganhasse corpo, com matrizes normativas que assegurem sua proteção.

O reconhecimento como pessoa, individual ou socialmente, concretiza-se como direito da personalidade, que nasce com o ser humano e reflete na necessidade de defesa substancial perante a sociedade, com garantias de instrumentos eficazes para essa proteção.

3.1 A PROTEÇÃO DO DIREITO À IDENTIDADE: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS

Como roteiro lógico e equilibrado, onde há estabelecimento de direitos, deve haver, seguramente, meios de proteção. Não adianta estabelecer direitos sem regras de proteção.

A defesa dos direitos à identidade pessoal, nos mais variados aspectos— nome civil, adaptação do nome ao sexo biológico, inclusão ao nome dos aspectos culturais de um povo, nome dos pais biológicos, direito a ter o registro do nome oficialmente, bem como suas retificações ou alterações— somente é possível se o cidadão tiver o pleno acesso à justiça.

No plano internacional existem pactos e convenções, que corroboram o escopo do princípio do acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos termos do artigo 10, da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de acordo artigo 6º, 1, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, nos termos do artigo 14, 1 e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, nos termos do artigo 8º, 1. A Constituição Federal brasileira expressa que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de lesão, nos termos do artigo 5º, XXXV.

No Brasil, a Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/73, orienta o serviço estatal comprometido com a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos; Um dos papéis desse serviço é o registro civil de pessoas naturais, a exemplo de nascimento, emancipações, casamentos e óbitos. Essa lei veio para corporificar o direito existencial, corrigir falhas e, sobretudo, garantir meios para obtenção da cidadania.

Para que possam cumprir, correta e eficientemente o dever de velar pela validade e eficácia, publicidade e segurança dos negócios. Os registradores devem ter amplo conhecimento do Direito Privado e de aspectos do Direito Público, por isso são considerados profissionais do direito. Tanto isso é verdade que a lei lhes confere o dever funcional de se manterem atualizados no tocante às matérias de lei e aos correspondentes regulamentos administrativos que digam respeito à sua atividade, pondera Loureiro(2018).

A proteção dos direitos da personalidade dá-se em vários campos do ordenamento jurídico e poderá ser realizada de forma preventiva ou repressiva, haja vista a previsão constitucional do princípio da inafastabilidade da jurisdição. A tutela preventiva abrange, logicamente, o caráter promocional dessa defesa.

A tutela à identificação pessoal, amparada por lei ou normas técnicas, pode ser processada pela via judicial ou extrajudicial. Atende ao caráter preventivo, repressivo ou promocional do direito à identidade pessoal, de modo que seja um instrumento capaz de ser utilizado por todos, com plena eficácia em resultados desejados pelos interessados. Preservam-se, assim, a dignidade da pessoa humana, o acesso à justiça e a celeridade de tramitação processual.

A tutela judicial do direito à identidade pessoal é sempre possível para que se possa obter, entre outros, modificação, alteração ou retificação de nome, alteração ou supressão de prenome, correção de dados primários ou acessórios do registro civil de nascimento, óbito ou casamento. Visa a atender ao princípio da realidade fática entre o assento no registro e o indivíduo que o ostenta e prescinde de exaurimento das vias extrajudiciais. Logo, judicialmente, pode-se pleitear a defesa dos direitos à identidade que seja autorizada pela via administrativa(extrajudicial).

Loureiro (2018) entende que, em regra, o nome goza de imutabilidade, mas exemplifica a permissão da modificação para retificações ou alteração do registro civil de pessoas naturais nos casos de alteração do gênero, conforme propõe artigo 58 da Lei nº 6015/73, com interpretação dada pela ADI 4275(STF).

Como medida de tutela correta e eficaz, a Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, como propõe artigo 5º, LXXVIII, da CF/88, de modo a assegurar a dignidade da pessoa humana na prestação jurisdicional, bem como criou o CNJ, órgão máximo administrativo do Poder Judiciário nacional. O Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 4º, como ênfase ao acesso à justiça, fez coro à Emenda Constitucional nº 55/2004, trazendo idêntica disposição.

Acerca da tutela extrajudicial, com a criação do CNJ, possibilitou-se a edição de vários atos normativos como provimentos e resoluções, autorizando a proteção do direito à identidade por meio de pedido extrajudicial diretamente pelo interessado aos cartórios de registro civil de pessoas naturais.

Nesse ponto, constata-se a efetiva e necessária atuação do CNJ para obtenção, sem necessidade de intervenção de um juiz de direito nem de um membro do Ministério Público, de alteração, modificação ou retificação registral. O exercício do direito de petição para defesa de direitos pessoais pode ser direto, sem advogado, sem defensor público ou sem procurador.

A medida desjudicializante é a expressão da facilitação do acesso à justiça e teve também fundamentos técnicos, jurisprudenciais e gerencial, do Poder Judiciário, mas sempre mirando a dignidade do cidadão e sua plena harmonização com sua ordem existencial ontológica. A tutela extrajudicial pode ser albergada, entre outros, a partir dos provimentos do CNJ.

Assim, tem-se o provimento, que trata do registro tardio de nascimento por oficial do registro civil de pessoas naturais (Prov. nº 28/2013); o que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida por oficial de registro civil de pessoas naturais (Prov. nº 63/2017); o provimento sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa

transgênero no registro civil de pessoas naturais (Prov. nº 73/2018); o Provimento nº 82, que dispõe sobre procedimento e averbação no registro de nascimento e no de casamento dos filhos e alteração do nome do genitor e dá outras providências; e, ainda, a Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 3, de 19 de abril de 2012, que possibilita o registro civil dos indígenas.

No Provimento nº 28, por exemplo, procura-se combater, sobremaneira, a ocorrência do subregistro civil de nascimento no Brasil que, na Região Norte, representa 12,5% dos nascimentos (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019), dando-se possibilidade direta aos interessados de ter corporificada a sua existência e o seu pertencimento, perante a sociedade, deixando-se de viver na invisibilidade. É o provimento que regula o registro de nascimento extemporâneo, ou seja, fora do prazo.

O Provimento nº 73, consequência do julgamento pelo STF da ADInº 4275, – que autorizou a alteração de registro civil de nascimento ou casamento para adaptar à realidade declarada da pessoa transgênero–, permite que o interessado, sem processo judicial e parecer do Ministério Público, possa averbar diretamente no cartório, o seu direito fundamental à identidade de gênero, estabelecendo a realidade do sexo psicológico. Privilegiou-se a realidade autopercebida como forma de garantir o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o efetivo acesso à justiça.

O registro civil de indígena não integrado é facultativo. No entanto, a identidade cultural dos povos indígenas é fomentada também pela Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 3, de 19 de abril de 2012, de modo a possibilitar registros civis dos indígenas também pela via extrajudicial.

Recentemente, foi editado o Provimento nº82/2019, que facilitou, sobremaneira, a vida das pessoas que tiveram alterações no nome dos genitores ao incluírem o patronímico do cônjuge em razão de casamento, assim como de separação ou de divórcio. Esse provimento permitiu que as pessoas pudessem voltar a usar nome de solteira–(o), possibilitando averbação desse acréscimo no assento de nascimento dos filhos para refletir o atual nome dos pais, bem como averbar a alteração do nome dos pais, quando voltar nome de solteiro (decote patronímico do cônjuge pelo casamento). Isso será possível, doravante, diretamente no cartório de registro civil, nos termos da referida resolução.

Exemplo de aplicação do Provimento nº 82/2019 é que, havendo divórcio ou separação judicial e o cônjuge voltar a usar nome de solteiro, poderá postular modificação no assento de nascimentos dos filhos, alterando nome da mãe ou do pai, modificado pelo divórcio ou pela separação judicial, sem ordem judicial, para adaptar à realidade atual do *status* dos pais. Igual postulação foi permitida, em caso de morte de um dos cônjuges, em que poderá pedir o cônjuge sobrevivente que volte a usar o nome de solteiro(a), diretamente em cartório, onde foi feito assento do casamento, sem ordem judicial nem parecer do Ministério Público.

Elencam-se tais provimentos como demonstração de que, os princípios da dignidade humana e da cidadania são guias das políticas e de acesso à justiça. Contudo, é notório que, a justiça, ainda que mais acessível, como se vê, pode ter entraves diante do sistema de custeio das atividades dos cartórios extrajudiciais no país, já que, os oficiais e tabeliães não são remunerados pelo Poder Judiciário, sendo tal incumbência de quem solicitar o serviço delegado, de acordo com lei de emolumentos da cada unidade da Federação. Perquire-se, portanto, a afetividade normativa dessas políticas de proteção diante da necessidade de

pagamento de emolumentos pelos usuários hipossuficientes, como propõe artigo 28 da Lei nº 8.935/94.

Nessa circunstância, a gratuidade dos atos às pessoas declaradamente pobres perante os cartórios revela-se também um instrumento de eficiência para garantia da tutela plena do direito à identidade. A Cártula Federal, conforme artigo 5º, LXXVII, estabeleceu que são gratuitos, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

Para regulamentar a norma constitucional de eficácia contida e garantir desenvolvimento social, o Brasil editou a Lei nº 9.534/97, estabelecendo o seu art. 1º que "são gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados: [...] o registro civil de nascimento e o de óbito, bem como a primeira certidão respectiva". Tais normas, seguramente, facilitam o acesso ao serviço de registro civil de pessoas naturais e podem diminuir o subregistro civil de nascimentos.

Muitas são as causas, por exemplo, que levam ao subregistro civil de nascimento. Guimarães (2015) cita, entre outras, desinformação, descaso, desconhecimento. Córcova (1998) faz referência à opacidade do direito e propõe informar que, entre o direito e seu destinatário (homem comum), há uma barreira opaca, que não é transparente, tornando-se o homem comum sem possibilidades de absorção da mensagem e dos sentidos do direito, bem como de utilização dos instrumentos de que poderia se beneficiar.

A ausência de acesso à informação de políticas de ensino e divulgação dos direitos da cidadania contribui para travar o acesso pleno aos instrumentos que garantem plena satisfação dos direitos humanos, especialmente da proteção da identidade pessoal.

A ineficácia ou insuficiência das medidas desjudicializantes pode comprometer o acesso à justiça, de modo que devemos discutir meios de sua maior incidência, seja difundindo-as, seja com medidas de orientação.

Para Cappelletti (1988), a acepção de acesso à justiça tem finalidades básicas de como o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos e de que, os resultados produzidos precisam ser individual e socialmente justos. Além disso, o autor defende que, acesso à justiça pode, portanto, ser considerado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e, não apenas, proclamar direitos de todos.

Diante disso, as retificações ou alterações extrajudiciais do registro civil das pessoas naturais surge como paradigma para complementação do modelo judicial nas Varas de Registros Públicos, superando as limitações destas, pois se apresentam como instrumento de resolução extrajudicial de conflito baseado na dignidade da pessoa humana e na célere duração do processo, na inclusão social, buscando-se a harmonização do acesso à justiça.

3.2 O CASO DA ADI Nº 4275 E DO PROVIMENTO Nº 73/2018 DO CNJ: UMA ANÁLISE CONCRETA DE DOMÍNIO PÚBLICO

Com objetivo de demonstrar a força da proteção dos direitos da identidade pessoal, citamos o julgamento da ADI nº 4275, de 1º março de 2018, pela qual o STF entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil diretamente nos cartórios de registro civil de pessoas naturais, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de

redesignação de sexo, sem apresentação de laudos médicos ou psicológicos e sem necessidade de processo judicial e parecer do Ministério Público.

A ação foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República com objetivo de se estabelecer uma interpretação, conforme a Constituição Federal, do art. 58 da Lei nº 6.015/73, que trata da possibilidade de alteração do nome e do prenome.

O Poder Judiciário brasileiro, com essa interpretação, deu um passo histórico para a valorização da identidade de gênero e autodeclarada por pessoa transgênero, de modo a dar-lhes dignidade na sua identificação pessoal e psicológica, podendo ostentar, em seus documentos, o que realmente sentem no seu psíquico e na sua realidade social, observável por todos.

As razões do julgamento foram orientadas pelo princípio basilar da dignidade da pessoa humana, direito a uma ordem jurídica inclusiva, à autoidentificação, não discriminação por orientação de sexo ou gênero, liberdade e igualdade.

Como ponderaram Menezes e Lins(2020)

Parte-se da premissa de que a pessoa humana é livre no processo de desenvolvimento de sua personalidade e, conseqüentemente, na sua afirmação identitária. Reitera-se que o gênero não é uma condição biológica inata, cristalizada nos determinantes do sexo cariotípico. Resulta de uma construção subjetiva ao longo da vida, que deve ser acatada como uma manifestação da personalidade, a ser reconhecida pelo Estado e respeitada pela sociedade, independentemente de 'qualquer' readequação corporal do sexo genético. Por isso, não é demais destacar que a identidade de gênero em desacordo com o sexo biológico não constitui efeito patológico a ser corrigido, nem um desvio moral a ser repreendido. (MENEZES; LINS, 2020, p. 18)

Logo após o julgamento pelo STF, ocorreu um vácuo normativo nacional sobre como esses pedidos administrativos seriam feitos junto aos cartórios. Isso se deu por três meses da data do julgamento, quando então o CNJ editou o Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018, com base no poder de orientação e estabelecimento de normas técnicas, com o passo para, enfim, uniformizar os pedidos dos interessados em todo o país.

O Provimento nº 73 exige, para efetuar averbação de prenome e gênero, idade mínima de 18 anos, comparecimento ao cartório de registro civil de pessoas naturais, bem com requisitos obrigatórios e facultativos. Dentre os documentos obrigatórios, estão documentos pessoais do interessado, comprovante de endereço, certidão do distribuidor cível, criminal e execução criminal do local da residência dos últimos cinco anos (estadual e federal), certidão dos tabelionatos de protestos, da Justiça Eleitoral e do Trabalho, do local da residência dos últimos cinco anos e certidão da Justiça Militar, se for o caso. Como documentos facultativos, laudos médicos e pareceres psicológicos que atestem a transexualidade/travestilidade e a realização de cirurgia de redesignação de sexo.

Muito comemorada a chegada da normatização, mas sem comprovação de efetividade abrangente que contemplasse uma considerável gama de transgênero, especialmente pela dificuldade na obtenção da gratuidade nos cartórios de registro civil de pessoas naturais, já que a maioria dos potenciais interessados sofre com a exclusão social e familiar.

Embora tenha a sua importância para efetivação dos direitos da comunidade transgênero, o Provimento nº 73 poderia ser mais enfático nos fatores da estruturação das fontes

de custeio desses serviços, prevendo expressa e diretamente, no documento, a uniformização e a simplificação de procedimentos, seja nos cartórios, seja na Central de Informações do Registro Civil (Provimento nº 38/2014 da Corregedoria Nacional de Justiça), para, por exemplo, dispensar os interessados de comparecimento direto nos cartórios para formalizar o pleito, o que poderia ser feito por procuradores (pessoas físicas, advogados, defensores públicos).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das abordagens apresentadas neste artigo, é imperioso reconhecer que, os direitos humanos são necessários para construção de pacto social, estabelecendo um conjunto de valores diretivos. Constituem o elemento ético e informativo de todo um sistema jurídico e evoluem a cada momento histórico, diante da elevada dinamicidade de seu conteúdo e indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, na igualdade e na dignidade

O sistema jurídico tem foco no ser humano e o Estado tem o dever de promover a dignidade de seu povo. Foca-se no cidadão. O homem é o centro, seguramente, e convive com as estruturas de Estado.

Os direitos humanos, na Constituição Federal brasileira, inserem-se na cláusula de não taxatividade para que os fundamentos da República Federativa do Brasil sejam efetivos, e aptos a deferir com maior concretude a dignidade da pessoa humana, pois esta é medida guia para os intérpretes e poderes, tanto nas relações públicas quanto privadas.

Constata-se que ao ser humano, como fim em si mesmo, deve-se deferir uma identidade, um signo representativo das construções sociais como uma necessidade individual, psicológica, social, cultural e genética. Para isso, confere-se um processo de identificação que pode ser atestado pelo reconhecimento de uma identidade pessoal.

Um dos elementos importantes da identificação pessoal é o nome, um direito da personalidade, segundo previsão do Código Civil Brasileiro. Devemos atribuir uma recomposição à função do nome, como norte do direito da identidade pessoal, com o fim de conclamar necessidades de quem o ostenta, especialmente aos fins psicológicos, como nos casos da pessoa transgênero, seja aos fins culturais, no caso de agregação ao nome da etnia indígena a que pertence, seja nos casos de reconhecimento e registro tardio para reconhecimento da identidade genética do pai biológico.

Fica, com isso, estabelecido que, o direito de identificação pessoal, que no Brasil tem a natureza jurídica de direito da personalidade, é a mais lídima expressão dos princípios da dignidade da pessoa humana. Ter seu signo, seu pertencimento e suas características psicológicas adaptadas à realidade do seu nome representa condição existencial de paz e harmonia com seu ser. Deve-se atribuir à identidade pessoal o caráter interdisciplinar, de modo a garantir maior satisfação da pessoa humana.

Sobre as tutelas, pode-se agir na defesa preventivamente ou repressivamente. Ao termo "preventivamente", adiciona-se a necessidade de atividade promocional desses direitos, mesmo antes de iminência de ameaça de lesão. Evidencia-se que, a qualquer momento

pode-selancar mão da tutela judicial desse direito, já que, a Constituição Federal não estabeleceu exigência de jurisdição condicionada ao exaurimento das vias administrativas. As vias judiciais servem aos interessados, mesmo para os casos em que seja possível a tutela pela via extrajudicial, pois se trata de discricionariedade do interessado, como forma de fortalecimento de proteção e acesso à jurisdição.

Todavia, o surgimento de novos instrumentos extrajudiciais corrobora a defesa dos direitos à identidade pessoal. Além do leque, expressamente previsto na Lei de Registros Público, tem-se, ainda, a Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe a garantia da razoável duração do processo e criou o CNJ, órgão administrativo máximo do Poder Judiciário nacional.

Com atuação administrativa e reguladora de normas técnicas para cartórios extrajudiciais, o CNJ possibilitou acesso à justiça, sem necessidade de processo perante um juiz nem intervenção do Ministério Público, quando autorizou ao interessado pleitear diretamente no cartório de registro civil de pessoas naturais alteração, retificação, averbações de dados de assentos registrais pessoais, em franca demonstração do vetor de dignidade da pessoa humana.

Em matéria legislativa, conclui-se que, a gratuidade para atos da vida civil, como certidão de nascimento, óbito e a respectiva emissão da primeira via desses atos, revela-se um instrumento também capaz de estimular, promover o exercício da cidadania de ter um registro oficial do nome, inclusive para obtenção de outros direitos, como inscrição eleitoral e na Receita Federal, assim como acesso a serviços de saúde e educação.

Contudo, necessário observar que, mesmo com tais medidas extrajudiciais promocionais de direitos humanos, verifica-se que existe, ainda, uma cifra, inclusive, de subregistro civil de nascimento, especialmente na região norte, haja vista a falta de conhecimento e desinformação dos direitos básicos para que as pessoas, efetivamente, granjeiem a realização dessa garantia.

Expressa-se relevo do julgamento da ADI nº 4275, em que se estabeleceu um caso concreto de domínio público, possibilitando aos transgênero a averbação de prenome e gênero diretamente em cartório, sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, sem apresentação de laudos médicos ou psicológicos e sem necessidade de processo judicial e parecer do Ministério Público.

Tal julgamento deu origem ao Provimento nº 73/2018 do CNJ, que representa um avanço para a concretização do direito ao sexo psicológico, muito embora tenha sido omissa quanto à fonte de custeio desses serviços, o que tem trazido dificuldade na obtenção da gratuidade nos cartórios de registro civil de pessoas naturais, já que a maioria dos potenciais interessados sofre com a exclusão social e familiar. Além disso, não previu possibilidade de pedido por procurador, ao exigir comparecimento pessoal do interessado ao cartório, culminando, em certos casos, na impossibilidade de comparecimento e inviabilidade de acesso a esse serviço.

Salutar o cumprimento de ensinar os direitos humanos, dialogar com as políticas públicas, com o fim de estabelecer meios efetivos de promoção do direito à identidade, garantindo-se acesso à justiça efetivo, ampliando-se medidas extrajudicializadoras e elevando-se a incidência das gratuidades dos serviços de cartórios.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Vitor. A Disciplina jurídica do nome da pessoa humana à luz do direito à identidade pessoal. *Revista Jurídica Eletrônica Direito Sociedade e Desenvolvimento*. Ano 3, nº 3, p. 1141-1205, 2017. Disponível em: <http://www.ufrj.br/SEER/index.php?journal=RJEDSD&page=article&op=view&path%5B%5D=3471>. Acesso em: 28 jun. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 28*, de 5 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 73*, de 28 de junho de 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 82*, de 3 de julho de 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2973>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução Conjunta 3*, de 19 de abril de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm#art1. Acesso em: 27 abr. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Pacto internacional de direitos civis e políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 27 abr. 2020.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 27abr. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 8.935*, de 18 de novembro de 1997. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 9.534*, de 10 de dezembro de 1997. Dá nova redação ao art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos; acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania; e altera os arts. 30 e 45 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9534.htm. Acesso em: 27 abr. 2020.
- 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/L10406.htm. Acesso em: 16 abr. 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. Acesso em: 18 abr. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo*. Publicado em 1º de março de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em: 28 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275*. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Edson Fachin, 1º de março de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CALISSI, Jamile Gonçalves. A Identidade como um direito fundamental articulado a partir dos direitos da personalidade. In: Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, 7., 2016, Jacarezinho. *Anais [...]*. BREGA FILHO, Vladimir; MACHADO, Edinilson Donisete; SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni (org.). Sistema constitucional de garantia de direito. Jacarezinho: UENP, 2016. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2016/sistema-constitucional-de-garantia-de-direitos.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CAPPELLETI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: Ltr, 1998.

COMISSÃO INTERAMERICA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica*. San José, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502149533/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS COUCIL OF EUROPE. *Convenção Europeia para a salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. p. 138. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/76438763/medicina-legal-10-ed-2015-franca-genival-veloso-1>. Acesso em: 28 jun. 2020.

GAGLIANO, PabloStolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172764/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GUIMARÃES, Raphael Pinheiro Cavalcanti. O procedimento de registro tardio de nascimento à luz da Provimento nº 28 do Conselho Nacional de Justiça. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 142, nov. 2015. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16583&revista_caderno=7. Acesso em: 20 abr. 2020.

HOGEMANN, Edna Raquel; MOURA, Solange Ferreira de. O direito fundamental à identidade pessoal e o estigma do abandono. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 9, n. 1, p. 55-68, maio 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/504>. Acesso em: 1º jul. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatística do registro civil 2017*. Estat. Reg. Civ., Rio de Janeiro, v. 44, p. 1-8, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em: 25 maio 2020.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. O Alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 1, p. 1-11, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7497>. Acesso em: 20 abr. 2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; LNS, Ana Paola de Castro e. Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Belo Horizonte, v. 17, p. 17-41, jul./set. 2018. Disponível em: par. Acesso em: 1º jul. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Declaração universal dos direitos humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. Prefácio de Celso Lafer. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, André de. *Carvalho curso de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

UNESCO. Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. *In*: 29ª Sessão da Conferência Geral da Unesco. Novembro 11, 1997. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm1. Acesso em: 28 jun. 2020.

Recebido/Received: 30.05.2020.

Aprovado/Approved: 09.07.2020.

O EFEITO EXTRAJURISDICIONAL DOS PRECEDENTES NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

THE EXTRAJURISDICTIONAL EFFECT OF PRECEDENTS ON BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL SYSTEM

JEAN CARLOS DIAS¹
SAMIRA VIANA SILVA²

RESUMO

Este trabalho teve por objetivo analisar a relação entre precedentes judiciais vinculantes e arbitragem, agências reguladoras e órgãos parajurisdicionais, a fim de verificar se em ambientes não jurisdicionais os precedentes também exercem efeito vinculante. Através de pesquisa bibliográfica, foi possível verificar que, em que pese a grande divergência doutrinária acerca do assunto, o entendimento mais adequado é aquele segundo o qual os precedentes vinculam a administração pública e a arbitragem, em observância de princípios constitucionais que são pedras angulares no ordenamento jurídico brasileiro, como segurança jurídica e isonomia, bem como para que haja uma coerência sistêmica entre os entendimentos firmados sobre o mesmo direito tanto no âmbito do Judiciário quanto em ambientes extrajurisdicionais. Entretanto, ainda é necessário que o sistema de precedentes brasileiro passe por adaptações a fim de que este entendimento se fortaleça.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais. Extrajurisdicional. Efeito Vinculante.

ABSTRACT

The main objective of this work was to analyze the relation between judicial precedents and arbitration, regulatory agencies and parajudicial bodies, in order to verify if in these non-jurisdictional environ-

- 1 Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará (2006). Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal do Pará (2002). Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa Rio de Janeiro (2000). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (1993). Atualmente é Advogado, Sócio-Sênior de Bastos & Dias s/s, escritório especializado em Direito Empresarial. Professor de Teoria do Direito, Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Direito Econômico nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Pará- CESUPA onde também coordena o Programa de Pós-graduação em Direito. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do estado do Pará, do Centro de Formação do Ministério Público do Estado do Pará, da Escola Superior da Advocacia, da Escola Judiciária do Tribunal de Justiça do Amapá, da Escola Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 8a. Região. É membro do Instituto dos Advogados do Pará, da Associação Norte-Nodeste de Professores de Processo, do Instituto Brasileiro da Política e Direito da Informática, da Fundação Brasileira de Direito Econômico. Integra diversos Conselhos Editoriais de revistas jurídicas. Membro de bancas de Concursos Públicos. Tem participado como Conferencista e Professor em diversos congressos, cursos de pós-graduação, seminários e encontros jurídicos em vários Estados brasileiros. É autor de vários livros e artigos publicados nacionalmente. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8372-9758>. E-mail: jean@bastosedias.com
- 2 Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Pós-graduanda em Direito Processual Civil pelo CESUPA. Advogada. E-mail: samiraviana7@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

DIAS, Jean Carlos; SILVA, Samira Viana. *O efeito extrajurisdicional dos precedentes no sistema processual civil brasileiro*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 76-91, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.7874>.

ments the precedents have binding effect. Through a bibliographical research, was possible to verify that, in spite of the great doctrinal divergence about this subject, the more appropriate understanding is that precedents bind the public administration e the arbitration, due to principles that are corner stones in the brazilian legal system, such as legal certainty and isonomy, as well as for there to be systemic coherence between the understandings made about the same right, both within the Judiciary and in extrajudicial environments. However, it's still necessary that the brazilian system of precedents undergo some adaptations, that this understanding may be strengthened.

Key-words: Judicial Precedent. Extrajudicial. Binding Effect.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de precedentes estabelecido no nosso atual Código de Processo Civil assumiu, como a tradição já consolidada na experiência internacional, a vinculatividade vertical e horizontal. Isso significa que, instituído o precedente, nos moldes estabelecidos pela legislação, a obrigatoriedade de atendimento é exigível tanto em relação aos juízes vinculados a um determinado Tribunal como também o é em relação à própria Corte que o editou.

Ainda que, pontualmente, se discorde do caráter obrigatório dos precedentes, de fato a introdução desse modelo em nosso sistema jurídico não teria qualquer razão de ser senão assegurar a uniformidade de decisões judiciais. A uniformidade, por sua vez, pressupõe a inexistência de faculdade na aplicação dos padrões normativos já fixados pelo sistema de produção dos precedentes entendido como uma fonte legítima. Porquanto se possa avançar na refutação de todas as teses centrais desse argumento, não trataremos do tema aqui.

É certo que a uniformização, por parte dos Tribunais, de teses jurídicas por meio de precedentes judiciais impacta diretamente em questões socialmente relevantes, o que acaba ocasionando uma regulação e controle jurídicos dessas questões, em especial no que tange aos serviços públicos. Dessarte, se um precedente judicial gera esses efeitos em relação a aspectos relevantes de um determinado direito, este precedente seria de observância obrigatória em ambientes extrajudiciais nos quais haja conflito acerca deste mesmo direito?

O ponto em questão é investigar até que ponto é possível sustentar a obrigatoriedade de adoção dos precedentes em ambientes não jurisdicionais, ou dito de outro modo, o que se perquire é a possibilidade de um efeito vinculativo extrajudicial. Portanto, o presente ensaio demonstrará que o campo de incidência dos precedentes é uma questão problemática e pode ter sérias consequências do ponto de vista da resolução de conflitos institucionalizados.

2. A VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES

Precedente judicial consiste em uma decisão pretérita aplicada a casos futuros que possuam identidade quanto às circunstâncias fáticas e jurídicas. A parte do precedente que lhe confere vinculatividade é chamada de *ratio decidendi*. Nesse sentido, Cláudia Aparecida Cimardi indica que:

[...] é necessário que, na realização da atividade do raciocínio elaborado pelo juiz, seja desvendada a *parte* da decisão anterior que efetivamente deve ser observada com força vinculante. Essa parte da decisão, denominada *ratio decidendi* (ou *holding*), pode ser considerada o núcleo do precedente (grifo do autor) (CIMARDI, 2015, p. 43).

Conforme o pensamento de Jean Carlos Dias e Samira Viana Silva, (2017, p. 182), “[a] *ratio decidendi* é considerada a parte vinculante, obrigatória do precedente, na qual o tribunal apresenta os fundamentos essenciais à decisão e a solução jurídica do caso, que podem ser ligados analogicamente a outros casos”. É interessante o entendimento de Hermes Zanetti Jr. acerca do papel das Cortes Supremas na teoria dos precedentes:

A teoria dos precedentes é uma teoria para Cortes Supremas. Isto quer dizer duas coisas: primeiro, que são as Cortes Supremas os principais destinatários de uma teoria dos precedentes por serem cortes de vértice e delas depender a uniformidade da interpretação do direito; segundo, porque também as Cortes Supremas devem ser vinculadas aos próprios precedentes do ponto de vista do ônus argumentativo para afastar a aplicação de um precedente ou superar um precedente antigo na aplicação atual (ZANETTI JÚNIOR, 2017, p. 315).

Este pensamento corrobora o fato de que não somente as instâncias inferiores são vinculadas aos precedentes emanados pelas Cortes Supremas, mas elas próprias, com ainda mais razão, também o são. Isto se deve ao fato de que o respeito das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes demonstra que a uniformização de entendimentos – a fim de garantir coerência e integridade ao ordenamento – deve ser levada a sério.

É imperioso destacar que a vinculatividade de um sistema de precedentes não é automática. Sequer na tradição inglesa o precedente “nasceu” vinculante, ou seja, nem o país conhecido por ter uma tradição jurídica marcada por decidir com base em precedentes teve, em sua origem, um sistema de precedentes obrigatórios. Segundo Daniel Mitidiero,

[...] o significado do precedente no direito inglês alterou-se profundamente desde as suas origens medievais até a época contemporânea. Trata-se de evolução que pode ser bem sintetizada em três significativas expressões: *ilustração, persuasão e vinculação* (grifo do autor) (MITIDIERO, 2017, p. 27).

O autor (2017, p. 28-30) ensina que desde o medievo os juízes utilizavam precedentes nos casos. Entretanto, o faziam apenas como forma de ilustrar ou explicar o Direito a ser aplicado no caso concreto, o que demonstra, dessa forma, a função ilustrativa do precedente na formação do direito inglês, de modo que todo e qualquer caso era considerado precedente, indistintamente. No entender de Neil Duxbury:

[...] the notion of precedent which existed in the medieval courts was very different from that which was to emerge later. The medieval judicial precedent was, strictly speaking, nothing more than the judgment entered on the plea roll [...] Certainly, a precedent could make an impression on lawyers because it was evidence of common learning, but no single precedent would be accepted as authority in preference to such learning. Indeed although, in the medieval courts, precedents were sometimes treated as evidence of what the law was commonly held to be, the occasional judge or serjeant would

precedent remark that precedents must not be mistaken for law.³ (DUXBURY, 2008, p. 32-33)

No século XVI, mais especificamente no início da era Tudor (DUXBURY, 2008, p. 33), os precedentes deram outro passo rumo à vinculatividade. Como preleciona Mitidiero (2017, p. 31), os precedentes começaram a desempenhar um papel um pouco mais relevante que outrora no processo de tomada de decisão, passando a servir de critério para decisão do caso – uma vez que não sejam contrários ao *Common Law* –, alcançando, desse modo, uma função persuasiva, o que marca, com efeito, o início da teoria dos precedentes.

Nesta toada, o precedente judicial passou a ser visto como a evidência da própria existência do *Common Law* (MITIDIERO, 2017, p. 32). Duxbury (2008, p. 34) assevera que “[t]his subtle shift in emphasis was certainly evident to Coke in his *Commentary upon Littleton*: ‘our book cases are the best proofs what law is’[...]”. Isto é, houve um grande avanço entre as fases de transição acerca da vinculatividade do precedente na Inglaterra, haja vista que antes o precedente não poderia jamais ser confundido com a lei, agora ele passa a ser uma evidência do que ela é.

Muito embora o precedente, na sua fase persuasiva, tenha tido sua relevância para o sistema jurídico inglês, nas palavras de Mitidiero (2017, p. 35) “o precedente persuasivo não chegava a constituir uma *norma* propriamente dita, na medida em que estava nas mãos dos juízes posteriores, mesmo *reconhecendo que o precedente se amoldava ao caso*, negar a sua aplicação para a solução do caso”. Isto demonstra que o caráter simplesmente persuasivo de um precedente não constitui motivo suficiente para que, contraposto à liberdade interpretativa dos magistrados, faça com que os juízes abandonem sua liberdade de decidir e adotem um precedente não dotado de vinculatividade, muito embora o deveriam fazer. De acordo com Cimardi:

Importante notar que a denominada doutrina inglesa do *stare decisis* não nasceu antes do século XVIII, e, apesar dos diferentes significados que a expressão possa ter, corresponde aos princípios e regras que orientam o uso dos precedentes e seu *status* de autoridade vinculante (*binding precedentes*) (CIMARDI, 2015, p. 39).

No século XIX, portanto, o precedente deixou seu caráter persuasivo e efetivamente passou à vinculação, especialmente a partir da influência de Bentham e Austin e com o advento dos *Law Reports* de 1865 e dos *Judcature Acts* de 1873-1875 (MITIDIERO, 2017, p. 36). Entretanto, é importante observar que para o sistema de precedentes inglês chegar ao estágio em que se encontra hoje, houve um longo processo que se iniciou no século XIX.

Há somente um caso, datado de 1898, em que todos os *Lords* da *House of Lords* disseram em unanimidade que os precedentes da Corte eram vinculantes. E somente em 1966, a partir de um *Practice Statment*, a Corte entendeu que poderia superar seus precedentes (MITIDIERO, 2017, p. 37).

3 [...] a noção de precedente que existia nas cortes medievais era muito diferente daquela que emergiria mais tarde. O precedente judicial medieval era, estritamente falando, nada mais que um julgamento introduzido na *plea roll* [...] Certamente, um precedente poderia impressionar os advogados porque era uma evidência do conhecimento comum, mas nenhum precedente sequer seria aceito como vinculante em preferência a esse conhecimento. De fato, embora nas cortes medievais os precedentes sejam tratados como evidência do que a lei costumava ser, o juiz ou sargento ocasional observariam pontualmente que precedente não pode ser confundido com lei (tradução nossa).

4 Esta mudança sutil na ênfase foi, certamente, evidente para Coke no seu Comentário sobre Littleton: ‘nossos livros de casos são as melhores provas do que o direito é (tradução nossa)’.

Tais fatos demonstram que um sistema de precedentes não se consolida rapidamente, são necessárias muitas adaptações e amadurecimento, tanto das Cortes, quanto da sociedade, para entender e aprender a racionar e trabalhar com precedentes, bem como viver uma cultura de valorização do precedente. No caso do Brasil, o primeiro registro de precedente vinculante advém dos assentos portugueses, na época do Brasil Imperial. Após isto, em 1963, através do Ministro Victor Nunes Leal – então Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) –, ocorreu a criação das súmulas de jurisprudência do STF, as quais não possuíam caráter vinculante.

Foram sendo criados, posteriormente, outros instrumentos, sejam processuais ou de jurisdição constitucional, anteriores ao Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), que podem ser considerados como precedentes vinculantes. Dentre estes, estão as decisões provenientes de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), cuja Lei é de 1999; a súmula vinculante e a repercussão geral em recurso extraordinário, ambos instituídos pela Emenda Constitucional nº 45/2004; o recurso especial repetitivo, que foi inserido no Código de Processo Civil de 1973 através de uma Lei do ano de 2008.

O objetivo do trabalho não é adentrar nos pormenores de tais institutos, contudo, é mister trazer à memória um fato sempre comentado pela doutrina: o CPC/2015 não trouxe a ideia de precedentes vinculantes pela primeira vez na história processual brasileira recente, o que não afasta o fato de que o novel código deu um grande passo no tocante à sistematização da matéria.

Nas palavras de Ravi Peixoto (2019, p. 138), “[o] CPC/2015 aparece como um consolidador das reformas anteriores para tentar instaurar o *stare decisis* no direito brasileiro”. Tal consolidação ocorreu por meio de uma série de artigos colocados no novo código no sentido de garantir a aplicação dos precedentes e, especialmente, através do art. 927, o qual trata da obrigatoriedade de se observar os precedentes. A previsão contida no art. 927 do CPC/15 é considerada pela doutrina como uma norma fundamental do novo código, muito embora não esteja no rol dos doze primeiros artigos do códex, pois não se trata de rol exaustivo. Posicionam-se nesse sentido, dentre outros autores, Carlos Frederico Bastos Pereira (2018, p. 107-110) e Fredie Didier Jr (2017, p. 71).

Saliente-se que o processo de vinculação formal – ou seja, as alterações legislativas que foram feitas até que se chegasse ao CPC/15 – representou o primeiro passo no curso das adaptações necessárias para que um sistema brasileiro de precedentes seja consolidado (PEIXOTO, 2019, p. 140). Com efeito, partindo-se do pressuposto de que a vinculatividade é um processo, ou seja, não é algo automático e de que, atualmente, o Brasil passa por uma fase de adaptação a um sistema de precedentes vinculantes e que este é um sistema com suas particularidades, em que medida a vinculatividade dos precedentes influencia ambientes decisórios extrajurisdicionais?

A questão é de extrema relevância, haja vista que a obrigatoriedade atinge, de acordo com a teoria dos precedentes, a Corte que editou o precedente (eficácia horizontal) e os tribunais e juízes inferiores (eficácia vertical). Portanto, tradicionalmente, os efeitos do precedente vinculante irradiam apenas dentro do Judiciário. Mas, e os setores extrajurisdicionais que são afetados por decisões judiciais? Analisar-se-á, a partir de então, a possibilidade de efeito vinculante em ambientes não jurisdicionais.

3. O IMPACTO DOS PRECEDENTES NA ARBITRAGEM DE DIREITO

A relação entre arbitragem e precedentes judiciais é muito espinhosa. Há muito tempo antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015 discutia-se sobre se os árbitros estariam vinculados aos precedentes judiciais. Não obstante, com o advento do novo código, a discussão acirrou-se e, atualmente, existem pelo menos três posicionamentos distintos sobre esta matéria.

Existem autores que defendem a total soberania dos árbitros, de modo que os precedentes judiciais não possuem caráter obrigatório em relação à arbitragem. Outros autores, diferentemente, adotam uma posição mista, defendendo a vinculação dos árbitros apenas às súmulas vinculantes e decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado. Por outro lado, há os que defendem a sujeição dos árbitros aos precedentes.

Rômulo Greff Mariani (2018, p. 37) entende que a jurisdição, enquanto meio de pacificação social, pode ser exercida tanto pelo juiz quanto pelo árbitro. O autor aduz que tal atividade passou a ser efetivamente reconhecida e que muito embora a atividade jurisdicional seja típica do Judiciário, não lhe é exclusiva. Ademais, o referido autor entende que “a arbitragem prestará jurisdição de forma análoga ao que ocorreria caso as partes tivessem buscado o judiciário estatal, no que se assemelham, haja vista ser a arbitragem, também, um mecanismo que proclama o direito” (MARIANI, 2018, p. 38-39).

Em conformidade com o pensamento de Mariani (2018, p. 75), o processo arbitral e o processo judicial têm em comum a sua natureza “resolutória de conflitos”, ou seja, ambos buscam a pacificação dos litígios através de um caminho organizado, de modo que as prerrogativas e garantias das partes sejam respeitadas. Entretanto, em que pese essa similaridade, não se confundem. No entender de Ricardo Dalmaso Marques, pode-se estabelecer três premissas principais no que tange à arbitragem:

[...] é importante que se estabeleçam as premissas de que (i) o instituto da arbitragem (de uma forma geral, no âmbito internacional, e não apenas como estabelecido na legislação brasileira pela Lei no 9.307/1996 consiste em um sistema específico, com regras próprias, e marcado, precipuamente, pela flexibilidade procedimental e pela autonomia da vontade concedida às partes quanto às leis que devem ser aplicadas; (ii) entre essas regras próprias, as de criação e aplicação de precedentes ou da jurisprudência (judiciais ou arbitrais) também possuem, na arbitragem, nuances bastante diversas daquelas aplicáveis na esfera judicial, e (iii) os ritos processual e procedimental (o que inclui o procedimento recursal, baseado na hierarquia, e as ferramentas e remédios eminentemente processuais) existentes no âmbito do Poder Judiciário não se estendem à arbitragem, porquanto, de forma diversa, possui mecanismos próprios – e, conseqüentemente, requisitos e hipóteses específicos – para impugnação da sentença arbitral (MARQUES, 2013, p. 8).

O entendimento de Dalmaso Marques (2013, p. 9) é no sentido de que quando se elege a arbitragem enquanto sistema processual a ser aplicado ao caso concreto, renuncia-se ao sistema processual estatal e a análise do mérito pelo Poder Judiciário, de modo que isto implica na renúncia, também, das regras e ferramentas processuais que são inerentes ao sistema judicial e que, portanto, não se estenderiam ao arbitral. Na perspectiva de Mariani

(2018, p. 76-87), o processo arbitral seria um subsistema autônomo em relação ao processo estatal e com base nisto, destaca três conclusões principais: o Código de Processo Civil não se aplica ao processo arbitral, os precedentes judiciais também não se aplicam ao processo arbitral e o árbitro é soberano em suas decisões:

Como consequência lógica, é possível fixar uma regra geral de que não estão os agentes envolvidos na arbitragem submetidos a institutos próprios do processo estatal, notadamente para o que aqui mais importa, às técnicas de julgamento e vinculação estabelecidas no diploma processual estatal, de forma que esses “precedentes” não vinculam o árbitro. As previsões contidas no atual Código de Processo Civil, via de regra, não se aplicam, mesmo que de forma complementar ou subsidiária, ao processo arbitral, exceto se assim as partes convencionarem ou mesmo dessa forma prever o regulamento aplicável ao processo arbitral (o que não é recomendado) (MARIANI, 2018, p. 87).

Para o autor, apontar que o árbitro é soberano na aplicação do Direito significa dizer que o mesmo não se vincula à visão do Judiciário estatal, pois inclusive no Direito Inglês, o *Arbitration Act* Inglês foi motivado pelo fato de que a arbitragem não é um anexo do Judiciário estatal (MARIANI, 2018, p. 88). Contudo, o precedente, enquanto técnica de uniformização de jurisprudência, acaba por expressar a visão sobre a aplicação em concreto do Direito estatal, visão a qual o árbitro pode não concordar e caso não concorde, estará aplicando o direito, mesmo que não da mesma forma que o juiz estatal e será soberano para sustentar essa posição (MARIANI, 2018, p. 88-89).

Inclusive, o autor assevera que o anseio por coerência e integridade⁵ na aplicação do direito determinariam a necessária adoção pelo árbitro dos precedentes, o que, em sua visão, subverteria, a lógica da arbitragem por ser um avanço indevido em relação à autonomia do árbitro, o qual exerce sua função perante as partes e não perante a sociedade. Logo, ele não teria o dever de salvaguardar a integridade ou a coerência da ordem jurídica, demonstrando, assim, que a relação do árbitro com o direito é diferente da relação do juiz com o direito (MARIANI, 2018, p. 90).

Portanto, segundo o autor (2018, p. 91), não há que se falar em vinculatividade dos precedentes judiciais no processo arbitral, porque a lei processual não encontra guarida no processo arbitral (nem sequer subsidiariamente) e devido ao fato de os árbitros serem soberanos. Dessa forma, o precedente judicial, em relação às decisões arbitrais teria meramente efeito persuasivo, não devido a uma interferência indevida do dos precedentes judiciais e do Judiciário no âmbito da arbitragem, mas tendo em vista uma influência persuasiva natural que os precedentes possuem (MARIANI, 2018, p. 94). Nas palavras do referido autor:

Assim, pode haver na decisão pretérita estatal um efeito persuasivo, e é natural que assim seja. [...] Aflora aqui a já mencionada autoridade de que as decisões pretéritas gozam, com maior ou menor vigor a depender de alguns elementos, como a qualidade das razões trazidas pela decisão. E isso é algo que não se pode controlar. Se as partes pautam sua conduta, se os advogados fazem uso para construir o seu caso e se os árbitros podem, em tese, se deixar influenciar pelo julgado estatal, nada há que se possa fazer para evitar isso (MARIANI, 2018, p. 94).

5 Com o CPC/15, coerência e integridade não são somente anseios, mas passam a ser verdadeiros princípios norteadores do código, previstos no art. 926.

Marcos Serra Netto Fioravanti (2017), por outro lado, assume uma posição mista diante da problemática. Para o autor, as súmulas vinculantes possuem observância obrigatória pelos árbitros, assim como devem ser observadas todas as fontes do direito escolhidas pelas partes por ocasião da eleição da arbitragem, de modo que os verbetes sumulares não podem ser ignorados ou contrariados pelos árbitros sem que seja feita distinção (FIORAVANTI, 2017, p. 82).

Além disso, o autor defende que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade são de observância obrigatória pelos árbitros, já que possuem efeito *erga omnes* e eficácia vinculante. Dessa forma, os árbitros devem aplicá-las como forma de decidir em conformidade com a ordem jurídica brasileira, como esperam as partes que elegeram a arbitragem (FIORAVANTI, 2017, p. 91).

Todavia, quanto às demais espécies de precedentes constantes no art. 927 do CPC/15, o autor é enfático ao declarar a não vinculação dos árbitros a tais precedentes. Ele defende a vinculação dos árbitros às súmulas vinculantes e às decisões do STF em controle concentrado devido à integridade do sistema normativo e a convenção arbitral, e não, conforme ele, a equivocada ideia de aplicação do Código de Processo Civil ao processo arbitral, de modo que as demais hipóteses do art. 927 do CPC/15 não são de observância obrigatória pelos árbitros (FIORAVANTI, 2017, p. 96).

Tal posição, assim, assume que entre os precedentes, como sistematizados no atual Código de Processo Civil, existem graus distintos de vinculatividade, sendo obrigatórios apenas os decorrentes da jurisdição constitucional. Os argumentos suscitados pelo autor, de certo modo, refutam a ideia defendida pela corrente da inaplicabilidade dos precedentes, mas carece de uma fundamentação mais profunda derivada da própria Teoria do Direito, que, como será demonstrado adiante, não poderia assumir a existência de sistemas normativos concorrentes e incompatíveis.

4. O IMPACTO DOS PRECEDENTES NA REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

As agências reguladoras são consideradas autarquias especiais, tendo em vista a certas peculiaridades que possuem, como a autonomia decisória, a qual significa que as referidas autarquias têm ampla autonomia para decidir questões administrativas que envolvam os agentes regulados, bem como os usuários do serviço por ela regulado. Isto é, as agências reguladoras detém poder revisional de seus atos em última instância administrativa (CARVALHO FILHO, 2018, p. 577).

Muito embora a autonomia decisória dessas autarquias, nada impede que os concessionários, permissionários ou autorizados à prestação de serviços públicos, em caso de discordância da decisão administrativa, ingressem no Judiciário com ação contra estes atos administrativos, especialmente se forem contra o ordenamento jurídico, seja em dissonância com a lei ou os precedentes. E, se tais atos atingirem um grande número de envolvidos, especialmente os usuários do serviço, é totalmente possível que seja instaurado um Incidente

de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), caso todos os requisitos autorizadores da instauração sejam cumpridos.

Neste tocante, a grande discussão gira em torno do art. 985, §2º, do CPC/15, o qual trata da relação entre precedentes e agências reguladoras. O mencionado artigo preceitua que quando a tese adotada no resultado do julgamento do IRDR tratar sobre a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, a decisão será comunicada ao órgão, ente ou agência reguladora responsável pela fiscalização da efetiva aplicação.

André Guskow Cardoso (2016, p. 12-15) aduz que a *ratio legis* seria no sentido de que a comunicação da qual o citado dispositivo legal menciona não se referiria a um comando, ordem ou determinação às agências reguladoras. Para o autor, trata-se, diferentemente, de uma comunicação para que tais agências tomem conhecimento da tese adotada no âmbito do IRDR, de modo que tal decisão não teria efeito vinculante em relação às agências reguladoras.

Outro argumento contrário à incidência dos precedentes em relação às agências reguladoras é o argumento da inconstitucionalidade do art. 985, §2º, do CPC/15, o qual está sendo discutido na ADI 5492, proposta pelo Estado do Rio de Janeiro em 2016. Weber Luiz de Oliveira (2019, p. 163) trata da Lei das Agências Reguladoras (Lei Federal nº 13.848/2019), a qual, em seu art. 6º, dispõe que a alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados deve ser precedida da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR).

Oliveira (2019, p. 164), então, afirma a impossibilidade de se impor, por intermédio da via jurisdicional, as teses adotadas em julgamento de casos repetitivos às agências reguladoras sem que se realize o AIR previamente. Além deste argumento, o autor afirma que o Código de Processo Civil usurpa a competência constitucional definida no art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, bem como no art. 174 da Carta Magna, de modo a macular o princípio da separação dos poderes.

Isto significa que, segundo o autor, a lei processual civil não teria o condão de atribuir a decisão judicial como se daria a forma de atuação das agências reguladoras, pois somente lei específica poderia fazê-lo (OLIVEIRA, 2019, p. 167). No entanto, o entendimento de ambos os autores possuem inconsistências. Inicialmente, cumpre esclarecer que o disposto no art. 985, §2º, do Código de Processo Civil não se refere a uma mera comunicação a ser feita às agências reguladoras. Pelo contrário. O artigo faz a seguinte menção: "agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação" (BRASIL, 2015).

Isto significa que a agência reguladora será sim comunicada, mas para que ela efetivamente aplique o entendimento veiculado na decisão que firmou tese em sede de IRDR. Ou seja, ela será comunicada para aplicar entendimento ao qual está vinculada, porque tem que fiscalizar efetivamente a aplicação do entendimento adotado na decisão.

Outrossim, acerca do argumento de necessidade de prévia realização do AIR, é essencial elucidar que tal argumento é inconsistente em termos sistemáticos e, assim, práticos. Primeiramente, importa dizer que o art. 6º da Lei Federal nº 13.848/2019 afirma que caso haja proposta de alteração de ato normativo de interesse geral, isto deverá ser precedido de AIR. Ato normativo ao qual o dispositivo se refere são todos os atos normativos feitos pelas próprias agências reguladoras, em seu poder regulamentar. Estendendo o argumento, a sugges-

tão seria a de submeter as decisões judiciais a um juízo de conveniência e oportunidade o que, obviamente, é incompatível com o primado do Estado de Direito. Além disso,

No tocante ao argumento da separação dos poderes, há consolidado entendimento compartilhado nos estudos contemporâneos de que o controle judicial é cabível quando se tratam de questões em que estão em debate os direitos fundamentais, essencialmente os atendidos pelos serviços públicos. Tal nível de revisão judicial se tornou cotidiana, atendendo a temas que vão da concretização do direito à saúde, passado pelo direito à educação e, mesmo, alcançado direitos de natureza social. A esse respeito Dias, em estudo específico, apontou:

Vale dizer que o controle judicial constitui-se numa técnica bastante efetiva de arranjo institucional, na qual o Poder Judiciário assume a guarda da Constituição, podendo exercer essa função de modo a opô-la ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Já demonstramos que a atuação das Cortes não representa em si mesma uma violação ao princípio democrático, mas sim um verdadeiro modo de sua garantia a partir da proteção aos cidadãos que para aquele fim democrático concorrem e interagem. O controle judicial está intimamente relacionado a uma Democracia Constitucional. Uma vez que uma sociedade estrutura-se sob a forma de um Estado de Direito, a linha de condução política é a submissão à proteção dos direitos fundamentais. O controle do comportamento político variante é, portanto, uma consequência absolutamente lógica daquele sistema. (DIAS, 2016, p. 190).

Logo, a visão contemporânea das relações de controle entre as funções estatais, em nada, é incompatível com a atuação judicial de edição de precedentes que tenham de ser incorporados, obrigatoriamente, à pauta regulatória das agências reguladoras. Vale dizer que a formulação de precedente é derivada da solução de um conflito jurisdicional que, por isso, está na área de atuação própria do Poder Judiciário, contudo, diante da natureza fundamental deve ser reforçada pelas demais funções estatais.

Cumpra lembrar que o IRDR tem como requisitos multiplicidade de demandas (real ou potencial), que não haja necessidade de instrução probatória, assim como demonstração de que se houver tratamento diferente, haverá quebra à isonomia e segurança jurídica. Portanto, caso haja uma questão de massa que verse sobre serviço concedido, permitido ou autorizado, mas a questão cumpra os requisitos, pode ser instaurado o IRDR. Inclusive, é necessário que seja instaurado para que haja uniformização do entendimento e para que a própria agência reguladora adote um único entendimento.

Caso a agência reguladora entenda que a decisão que firmou tese no IRDR é equivocada, pode recorrer às Cortes Superiores. Entretanto, conforme o entendimento de Lucas Gil Carneiro Salim, a vinculação das agências reguladoras aos precedentes se mostra essencial, pois deve-se abrir o diálogo entre o Judiciário e as agências reguladoras, a fim de evitar as ações e, quiçá, aumentar a eficiência do órgão jurisdicional. Veja-se:

Como ficou demonstrado anteriormente, no Relatório do CNJ, "100 maiores litigantes", 24% dos 100 milhões de processos analisados referem-se a empresas de telefonia e concessionárias de serviços públicos. Nesses termos, é fundamental que seja aberto o diálogo entre o Poder Judiciário e as agências reguladoras, justamente para que seja evitada a litigância de massa, quando as questões possam ser decididas em âmbito administrativo interno das entidades fiscalizadoras. (SALIM, 2015, p. 11).

Deste modo, é inegável que o entendimento segundo o qual as agências reguladoras são vinculadas aos precedentes é o mais acertado, haja vista a observância de algo muito caro ao Código de Processo Civil de 2015 e a toda ordem jurídica: a uniformização de entendimentos.

5. O IMPACTO DOS PRECEDENTES PERANTE OS ÓRGÃOS PARAJURISDICIONAIS

Órgãos parajurisdicionais, em sentido lato, são unidades administrativas apartadas do Judiciário e do Legislativo. Para os fins deste trabalho, utiliza-se o termo “parajurisdicional” especificamente para caracterizar órgãos administrativos competentes para julgar – administrativamente – recursos.

Neste artigo, diante da multiplicidade de órgãos com tais funções, será examinada a relação dos precedentes judiciais com o processo de decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), que, contudo, pode ser amplamente extrapolada para outras instâncias administrativas. Antes de adentrar propriamente na relação dos precedentes com o CARF, é interessante explicitar o entendimento esposado por Weber Luiz de Oliveira acerca da aplicação dos precedentes na Administração Pública.

Segundo Oliveira (2019, p. 232-234), apenas os precedentes previstos no art. 927 do CPC/15 são aplicáveis à Administração Pública. Entretanto, o autor faz uma diferenciação desnecessária entre precedentes diretamente e indiretamente vinculantes. Para o referido doutrinador, os precedentes diretamente vinculantes são apenas a súmula vinculante e as decisões em controle concentrado, haja vista que há autorização constitucional para que sejam aplicados em relação à Administração Pública.

Os indiretamente vinculantes, por outro lado, são os restantes, os quais dependeriam da edição de uma lei autorizativa, ou seja, deveria ser editada lei que permitisse a aplicação dos demais precedentes à Administração Pública. Tal posicionamento é equivocado.

Primeiramente, não se deve fazer diferenciação entre os precedentes, como se uns tivessem maior força que os outros. Além disso, deve-se estabelecer uma interpretação sistemática em relação ao sistema de precedentes. As ações de controle concentrado e a súmula vinculante foram criadas, respectivamente, em 1999 e 2004, momento no qual ainda não havia sido pensado todo um sistema de precedentes.

Tal ideia foi amadurecendo com o passar dos anos e foram sendo introduzidos outros tipos de precedentes, gradativamente, como demonstrado no segundo tópico. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, tal sistema foi implementado. Portanto, a leitura sistemática seria no sentido de interpretar, à luz da Constituição Federal, os demais precedentes como também vinculantes à Administração Pública.

Não se tem agora apenas dois tipos de precedente, tem-se vários, de igual peso das súmulas e das decisões de controle concentrado, e que devem ser interpretados como vinculantes em relação à Administração Pública. Inclusive, o CARF, em seu regimento interno, prevê no art. 62 que os conselheiros do CARF não podem afastar entendimento de tratado,

acordo internacional, lei ou decreto sob alegação de inconstitucionalidade, exceto se um destes atos normativos fundamentar crédito tributário objeto de súmula vinculante ou decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou Supremo Tribunal Federal (STF) em recursos repetitivos.

Tal previsão é tão séria que é amparada pelo art. 45 do referido regimento, segundo o qual o conselheiro que descumprir o disposto no art. 62, poderá perder o mandato. Ademais, há a previsão no art. 80 de que as decisões proferidas em desacordo com súmula vinculante ou decisão do STJ ou STF em recursos repetitivos são nulas. Todavia, conforme as lições de Cassiano Menke, existem dois tipos de força normativa, uma formal e uma material:

Força normativa formal consiste no efeito vinculante do qual o precedente é dotado em decorrência de expressa disposição legal. Trata-se das situações em que enunciados normativos estabelecem vinculação de certo órgão aos precedentes. Exemplo dessa vinculatividade formal está no art. 62 do Regimento Interno do CARF. Veja-se que, nas hipóteses arroladas pelo aludido dispositivo, é devido aos membros do CARF seguirem os precedentes judiciais. Força normativa material, por outro lado, decorre do conteúdo da decisão e do seu órgão prolator (ÁVILA, 2014b, p. 498). A vinculatividade do precedente, nesse caso, advém da pretensão de permanência e da definitividade que essas decisões apresentam. Isso em razão de terem conteúdo capaz de ser universalizado para solução de casos semelhantes. Advém, igualmente, da circunstância de terem sido proferidas por cortes supremas a quem cabe, segundo a CF/88, dar a última palavra em determinadas matérias (MENKE, 2018, p. 93).

Segundo o autor, na maioria das decisões do CARF, admite-se apenas a força normativa formal, isto é, o CARF entende estar vinculado apenas nas hipóteses previstas no art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), de modo que não teria o dever de adotar outros tipos de precedentes. Egon Bockmann Moreira afirma peremptoriamente que não se pode mais proferir decisões administrativas dissonantes da jurisprudência:

Assim, já se passou o tempo em que se poderia cogitar de prestígio a decisões administrativas em desrespeito à jurisprudência. Tal obrigação de conhecimento e obediência é cogente e se exterioriza sob diversos ângulos. Por um lado, há o dever de "uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente" (art. 926). Esse dispositivo é de alta relevância no processo administrativo: em havendo Tribunais administrativos, aplica-se a regra cogente de uniformização (*qualidade de algo que não varia nem na forma nem no conteúdo*), estabilização (*firmeza, solidez, constância e previsibilidade*), integridade (*manutenção de sua plenitude, sem agressões*) e coerência (*coesão, compreensibilidade e respeito às consequências*) das decisões colegiadas (grifo do autor) (MOREIRA, 2016, p. 321).

Outrossim, o autor (2016) demonstra que os deveres contidos no art. 926 do CPC/15 visam preservar o princípio da segurança jurídica e que os Tribunais, inclusive os administrativos, devem preservar sua jurisprudência, haja vista que isto é uma forma, também, de garantir estabilidade interna, de modo a chegar-se num patamar de redução de custos processuais, como tempo, volume de processos e recursos, etc. E conclui asseverando que:

Logo, a todos os órgãos e entidades administrativas equivalentes a Tribunais — *rectius*: colegiados decisórios —, sem exceção, desde os Tribunais de Contas até o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), passando pelo Conselho

Administrativo de Defesa Econômica (Cade), bem como conselhos de contribuintes, corregedorias e agências reguladoras, foi atribuído o *dever processual de prestigiar a segurança jurídica* advinda da estabilidade de decisões anteriores, que precisam se tornar uniformes com o decorrer do tempo (a mesma forma e o mesmo conteúdo decisório) (grifo do autor) (MOREIRA, 2016, p. 322-323).

Por conseguinte, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, os precedentes contidos no art. 927 do CPC/15 devem ser aplicados pela Administração Pública, especialmente pelos Tribunais Administrativos. Trata-se de uma aplicação extremamente necessária, a fim de que haja uma coerência de entendimentos entre o Poder Judiciário e os referidos tribunais, para que as controvérsias sejam resolvidas, de pronto, nos Tribunais Administrativos, com vistas a evitar o ajuizamento de novas demandas.

6. POR UMA ABORDAGEM SISTEMÁTICA DAS NORMAS JURÍDICAS DERIVADAS DE PRECEDENTES.

O atual estágio da Teoria do Direito pugna por uma visão compreensiva do fenômeno jurídico, tanto quanto possível, buscando uma uniformidade no reconhecimento das normas e de sua aplicação. Enfoques profundamente distintos assumem a perspectiva integrativa ao estabelecer critérios que selecionam as normas que, sendo jurídicas, devem ser consideradas obrigatórias, e, por isso, ser aplicadas por todos os órgãos dotados de autoridade.

Embora não se possa aqui sintetizar todas as possíveis variáveis teóricas, uma exposição ilustrativa pode ser adequada para demonstrar que qualquer concepção do Direito contemporâneo apoiaria uma compreensão uniforme das normas derivadas de precedentes. É nesse sentido que Dworkin, numa visão não positivista, exige que as soluções construídas pelos aplicadores devam ser íntegras, levando em consideração o histórico argumentativo do tema, sob pena de serem consideradas ilegítimas. Nesse sentido, Dias ensina:

É nesse sentido que Porto Macedo aponta: "Para Dworkin, a interpretação do direito significa ver o direito como um corpo coerente, integrado e articulado a uma intencionalidade (que não se confunde com a intenção dos legisladores). Para ele, a descrição da dimensão da normatividade do direito pressupõe e requer a incorporação de uma dimensão interpretativa". Isso explica porque a correção de uma resposta é teoricamente possível dentro de uma proposta que rejeita critérios externos de correção e exige que as definições conceituais e sua articulação prática dependam de uma prática interpretativa concebida de tal forma que a devida contextualização leve a respostas corretas (DIAS, 2019, p. 98).

Logo, sendo um corpo normativo integrado, não podem existir decisões que reconheçam direitos em um âmbito e, simultaneamente, os neguem em outro. No âmbito do pensamento dworkiniano não se pode chamar de Direito um tal sistema.

No âmbito extremo, a dos positivistas exclusivos, igualmente a definição do ordenamento jurídico depende de um sistema de reconhecimento que confere unidade ao Direito, nesse exato sentido, mesmo sob uma abordagem positivista, não se poderia admitir a con-

vivência de padrões de decisão parcialmente vigentes. Nesse sentido Dias (2019, p. 148), ao analisar o pensamento da Joseph Raz, aponta:

Raz, porém, enfatiza que a chave para a identificação de um sistema institucionalizado não está na investigação sobre os órgãos que criam as normas, mas naqueles que as aplicam, pois eles é que indicam quais normas estão efetivamente em vigor. Neste particular, em especial, o objetivo é refutar a tese da centralidade da fonte normativa no plano legislativo e justificar a multiplicidade de regras de reconhecimento. Esses órgãos de aplicação são decisivos para a caracterização de um sistema de normas como institucional, pois eles garantem a unidade do sistema, uma vez que: a) estabelecem os padrões individuais de conduta; b) aplicam as normas já existentes; c) exercem determinações vinculantes, isto é, que devem ser obedecidas independentemente da anuência do destinatário (DIAS, 2019, p. 148).

O contraponto acima feito, entre extremos da atual Teoria do Direito, não exclui o fato de que outras teorias concorrentes, partindo de premissas distintas e formulações próprias, de modo algum, admitem a possibilidade de coexistência de normas cogentes e não cogentes sobre o mesmo direito. Ainda que em nenhum dos campos de incidência antes apresentados exista unanimidade de entendimento, uma abordagem a partir da Teoria do Direito sugere que não se possam admitir uma incidência parcial ou não incidência dos precedentes nos ambientes decisórios examinados.

7. CONCLUSÃO

Diante dos diversos posicionamentos expostos, verifica-se que o tema abordado não é pacífico. Contudo, o entendimento mais acertado acerca da questão principal que perpassa por este artigo é aquele segundo o qual os precedentes são obrigatórios não somente no âmbito jurisdicional, mas também para a Administração Pública, seja para órgãos parajurisdicionais, como o CARF, seja para agências reguladoras, especialmente no caso previsto no art. 985, §2º, do CPC/15, além de serem vinculativos para os árbitros.

Deste modo, Tribunais Administrativos, agências reguladoras e árbitros estão sujeitos aos precedentes judiciais em decorrência de princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, como da segurança jurídica e isonomia. Contudo, não somente o respeito a tais princípios leva à conclusão inarredável de que os precedentes judiciais são vinculantes em ambientes não jurisdicionais, mas, em especial, a partir de uma análise de diferentes posições dentro da Teoria do Direito, as quais apontam para uma integridade (Ronald Dworkin) ou unidade (Joseph Raz) do Direito, de modo que não se admite a existência concomitante de posicionamentos diametralmente opostos em relação a um mesmo direito.

No tocante à Administração Pública, caso os precedentes judiciais fossem efetivamente adotados e o entendimento de que estes são vinculantes prevalecesse, haveria maior segurança jurídica e estabilidade entre as decisões do Judiciário e da Administração Pública, sem que isto representasse uma afronta à separação dos poderes, porque o entendimento aplicado não seria um comando do Judiciário ao Executivo, mas sim a aplicação do direito vigente, de maneira uniforme, em ambas as esferas.

O árbitro, por sua vez, continua sendo soberano nos termos da convenção de arbitragem, mas ele deve se vincular aos precedentes judiciais justamente por uma questão de coerência sistêmica, pois ele não pode decidir em sentido contrário ao direito, ignorando os precedentes que se tornaram, ao longo dos anos, fonte primária do direito.

As agências reguladoras, por outro lado, continuam sendo dotadas de autonomia decisória, enquanto autarquias em regime especial. A vinculação dos precedentes em relação às agências reguladoras não significa a retirada desta autonomia. Diferentemente, representa a compatibilização dos atos administrativos e normativos dessas agências em relação à lei e aos precedentes, pois a finalidade última do art. 985, § 2º, do CPC/15 é o aprimoramento da prestação de serviços públicos e da própria regulação destes, a fim de melhor garantir os direitos dos usuários.

Para que essa vinculatividade ocorra no âmbito extrajurisdicional é necessário, entretanto, que como dito no segundo tópico, o sistema de precedentes brasileiro continue passando por seu processo de adaptação, visto que muitos ajustes são ainda necessários.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Vade Mecum. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARDOSO, André Guskow. *O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e os serviços permitidos, concedidos ou autorizados*. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bo_2006/RDAdmCont_n.23.06.PDF. Acesso em: 23 nov. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A Jurisprudência Uniforme e os Precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIAS, Jean Carlos; SILVA, Samira Viana. O Direito Sumular Brasileiro: Uma Abordagem Crítica à Luz da Teoria dos Precedentes e da Análise Econômica do Direito. In: DIAS, Jean Carlos; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de; MOUTA, José Henrique (Org). *Concretização dos Direitos Fundamentais e Sua Fundamentação: Abordagens a partir da teoria do processo, da análise econômica do direito e das teorias da justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DIAS, Jean Carlos. *Teorias Contemporâneas do Direito e da Justiça*. 2ª. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 19ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A Arbitragem e os Precedentes Judiciais: Observância, Respeito ou Vinculação?* 2017. 137 f. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2017.

MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na Arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. *Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: https://www.academia.edu/38532293/Inexistência_de_vinculação_do_árbitro_às_decisões_e_súmulas_judiciais_vinculantes_do_Supremo_Tribunal_Federal. Acesso em: 05 nov. 2019.

MENKE, Cassiano. O dever de fundamentação estabelecido no art. 489, §1º, do Código de Processo Civil: um novo paradigma de conhecimento e aplicação do direito e alguns dos seus impactos no processo administrativo fiscal. In: GOMES, Marcos Lívio; Oliveira, Francisco Marconi de. *Estudos Tributários e Aduaneiros do III Seminário CARF*. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/publicacoes/estudos-tributarios-e-aduaneiros-do-iii-seminario-carf.pdf>. Acesso em: 07 de nov. De 2019.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. *O Novo Código de Processo Civil e sua aplicação no Processo Administrativo*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27009>. Acesso em: 07 de nov. 2019.

OLIVEIRA, Weber Luiz. *Precedentes Judiciais na Administração Pública: Limites e possibilidades de aplicação*. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Norma Fundamental do Processo Civil Brasileiro: Aspectos Conceituais, Estruturais e Funcionais. *Civil Procedure Review*: Munique, vol. 9, n. 1, p. 107-110, jan./apr. 2018.

SALIM, Lucas Gil Carneiro. *A Aplicação da Teoria dos Precedentes na Administração Pública*. Disponível em: [http://www.periodicos.ufes.br/?journal=ppgdir-semanajuridica&page=article&op=view&path\[\]=12806](http://www.periodicos.ufes.br/?journal=ppgdir-semanajuridica&page=article&op=view&path[]=12806). Acesso em: 07 nov. 2019.

ZANETTI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Recebido/Received: 09.05.2020.

Aprovado/Approved: 04.06.2020.

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

CONSTITUTIONAL LIMITATIONS TO THE
REGULATORY POWER OF REGULATORY AGENCIES

ANA KEULY LUZ BEZERRA¹

JOSÉ MACHADO MOITA NETO²

MARIA CAROLINA OLIVEIRA DE ARAÚJO³

RESUMO

Trata-se de estudo qualitativo a partir da análise de conteúdo, acerca da legalidade dos atos normativos emitidos pelas Agências Reguladoras brasileiras. Tem como objetivo analisar à luz da Constituição Federal a limitação do poder normativo das agências ambientais, utilizando a análise de discurso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) que foram propostas contra atos normativos desta natureza. Dessa análise buscou-se também entender a motivação das decisões proferidas nas ADIs, se por motivações de cunho legal visando a aplicação dos preceitos constitucionais ou motivadas por atos de vontade decorrentes de propósitos individuais. Concluiu-se que as decisões judiciais e resoluções administrativas estudadas são tendenciosas, por vezes, priorizando o interesse privado em detrimento do interesse coletivo.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Agências Reguladoras. Poder Normativo.

ABSTRACT

This is a qualitative study based on content analysis, about the legality of normative acts issued by Brazilian Regulatory Agencies. It aims to analyze in the light of the Federal Constitution the limitation of the normative power of environmental agencies, using the discourse analysis of Direct Actions of Unconstitutionality (ADI)

- 1 Mestre e Doutora em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Piauí, Graduada em Administração e Direito. Docente do eixo de Gestão em Negócios do Instituto Federal do Piauí, Campus Dirceu Arcoverde, Docente colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente da Universidade Federal do Piauí. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-6234-2474>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9779727227180112>. E-mail: analuz@ifpi.edu.br.
- 2 Possui graduação em Licenciatura Plena em Ciências - Hab. em Química pela Universidade Federal do Piauí (1982), graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Piauí (1989), graduação em Licenciatura em Filosofia pela Universidade Federal do Piauí (2004), graduação em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2017), mestrado em Química pela Universidade Estadual de Campinas (1987) e doutorado em Química pela Universidade Estadual de Campinas (1994). Aposentou-se como professor titular da Universidade Federal do Piauí em 2016 mas continuou pesquisando e orientando teses e dissertações no programa de Pós-graduação em Desenvolvimento e Meio Ambiente como professor voluntário. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-3268-1907>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5047924139977100>. E-mail: jose.machado.moita.neto@gmail.com.
- 3 Bacharel em Direito pela UFPI (2017), Bolsista do PIBIC nos anos de 2016/2017, Advogada militante na área de direito imobiliário e civil, Pós-graduanda em Direito de Negócios pela FMU. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-5362-2378>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3295821274547896>. E-mail: carolraira@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

BEZERRA, Ana Keuly Luz; MOITA NETO, José Machado; ARAÚJO, Maria Carolina Oliveira de. *Limitações constitucionais ao poder normativo das agências reguladoras*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 92-108, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.7921>.

that were proposed against normative acts of this nature. From this analysis, we also sought to understand the motivation of the decisions handed down in the ADIs, whether by motivations of a legal nature aiming at the application of constitutional precepts or motivated by acts of will resulting from individual purposes. It was concluded that the judicial decisions and administrative resolutions studied are biased, sometimes prioritizing the private interest over the collective interest.

Keywords: *Constitutionality. Regulatory agencies. Normative Power*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade atual passa por grandes mudanças a respeito de sua forma de organização política, a separação de poderes, princípio básico da democracia brasileira, hodiernamente é tarefa árdua e dificultada por interpretações variadas do texto constitucional. Nesse ponto surge um questionamento: A vontade do povo é a que prevalece? O poder constituinte originário é extrajurídico ou político? Estas indagações surgem porque percebe-se um acentuado ativismo judicial, que por vezes resultam em interpretações politizadas da Constituição Federal.

O estudo tem como objetivo principal analisar à luz da Constituição Federal a limitação do poder normativo das agências ambientais, e como objetivos secundários: a) identificar as agências/órgãos ambientais com poder normativo; b) verificar no texto constitucional a previsão legal da competência destas instituições para normatizar e suas limitações; c) identificar as normas ambientais existentes não emanadas do poder legislativo e sua abrangência; e d) verificar se existem ações tramitando no poder judiciário alegando inconstitucionalidade de normas ambientais emitidas pelas agências reguladoras.

A análise do poder normativo de agências/órgãos ambientais à luz da Constituição Federal, bem como das múltiplas realidades que o sistema judiciário abarca, permite uma reflexão acerca da atuação destas instituições.

Foram selecionadas três agências reguladoras em razão do papel social que desempenham, o alto número de resoluções que são expedidas por essas agências e principalmente, por serem alvos constantes de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), são elas: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). No presente trabalho analisaremos as funções constitucionais destas, bem como a legitimidade ou ilegitimidade das ações desses órgãos, através da análise de resoluções adotadas pelos mesmos. Com o escopo de demonstrar se as Agências Reguladoras respeitam os limites Constitucionais à elas impostos, e no caso de extrapolarem esse limite se as providências necessárias são tomadas pelas autoridades competentes de forma imparcial.

Por conseguinte, através da análise de conteúdo das decisões pertinentes ao assunto, procurou-se perceber se o texto Constitucional referente às competências e atribuições das Agências Reguladoras é interpretado em virtude de preceitos legais ou se as diversas interpretações decorrem de uma forma de proteger o interesse de alguns grupos sociais, fomentando ainda mais esse "sentimento" de insegurança, não apenas jurídica, bem como política e moral, que acompanha a sociedade atual.

2. MATERIAL E MÉTODOS

Inicialmente foram identificados quais as agências/órgãos ambientais do Brasil tem poder normativo regulamentador e disciplinar. Em seguida, foi feita a leitura do texto constitucional para se buscar o amparo legal para que estes órgãos emitam estas normas e neste sentido, verificar ainda, se a administração pública pode exigir-lhes o cumprimento como preceito legal.

Após a fundamentação legal para a atuação normativa das agências/órgãos ambientais, fez-se uma busca das regulamentações emitidas por estes órgãos, verificando-se sua finalidade legal e abrangência e a relação com a existência de leis federais, estaduais ou municipais, que tratem do mesmo tema sobre os quais o ato normativo regulamenta.

Finalmente, foi feita uma discussão teórica à luz do texto constitucional, sobre a legalidade dos atos normativos emitidos pelas agências/órgãos ambientais, utilizando como pano de fundo da discussão, possíveis ações direta de inconstitucionalidade de atos normativos desta natureza, as quais foram interpretadas a partir da análise de conteúdo.

3. AGÊNCIAS REGULADORAS: CONCEITO E ATRIBUIÇÕES

As agências reguladoras, hodiernamente com forte presença na estrutura administrativa brasileira, começaram a ser delineadas na Inglaterra em 1834, quando usaram, pela primeira vez, a palavra "agência" para referir-se a um ente regulador de determinada atividade econômica. Entretanto foi nos Estados Unidos da América (EUA) que a utilização de órgãos autônomos para regulação de atividades econômicas se consolidou. Ferreira Filho nos ensina que:

Nos Estados Unidos, desde o século XIX surgiram entes descentralizados, de função regulatória de atividades específicas. O primeiro destes foi a Interstate Commerce Commission, instituída em 1887. (...) São genericamente chamadas de *agencies*. Esse termo, segundo define a Lei dos Procedimentos Administrativos (*Administrative Procedures Act*, de 1946), designa todo ente que participe da "autoridade do Governo dos Estados Unidos (...) com exclusão do Congresso e dos Tribunais". (FERREIRA FILHO, 2002, p. 63)

No Brasil as agências reguladoras surgiram em meados da década de 1990, no governo de Fernando Henrique Cardoso. Devido à necessidade de descentralizar o monopólio que o Estado detinha de algumas atividades econômicas, para tanto foram implantados órgãos que fiscalizem esses serviços. A partir dessa realidade as agências reguladoras foram criadas para disciplinar os atores do cenário econômico, coibir excessos, fomentar o desenvolvimento, conciliar os interesses em conflito, permitir trocas justas, tudo para proteger o mercado, à míngua do qual tanto utentes/consumidores, quanto prestadores/investidores e o Estado são prejudicados. Para tanto foram aparelhadas com autonomia financeira, independência administrativa e poderes-deveres ancilares ao mister regulatório. O legislador brasileiro instituiu as agências reguladoras sob forma de Autarquia, no entanto ao lhes conceder

poder de regulação diferenciou-as das já existentes em nosso ordenamento e atribuiu-lhes a denominação de Autarquias de Regime Especial (FERREIRA FILHO, 2002).

O conceito legal de Autarquia encontra-se no artigo 5º, I, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, do que a define como: "serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada" (BRASIL, 1967).

De acordo com Di Pietro (2016), há consenso entre os doutrinadores de que as autarquias possuem as seguintes características: Criação por lei; Personalidade jurídica pública; Capacidade de autoadministração; Especialização dos fins ou atividades; Sujeição a controle ou tutela. Como exposto anteriormente, as agências reguladoras possuem regime especial, nesse sentido, explica Moraes:

No Brasil, as Agências Reguladoras foram constituídas como autarquias de regime especial integrantes da administração indireta, vinculadas ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade, apesar de caracterizadas pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade; ausência de possibilidade de demissão ad nutum de seus dirigentes e autonomia financeira. (MORAES, 2002, p. 35)

Contudo, esse regime especial a que estão submetidas às agências é alvo de críticas, Di Pietro (2016, p. 89) entende que:

costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque as normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos respectivos serviços. (DI PIETRO, 2016, p. 89)

Todavia, essas "configurações" diferentes não afastam as agências do Regime Constitucional Brasileiro, ao contrário elas devem estar em harmonia com os Três Poderes, pois, as agências sofrem controle por parte dos mesmos, como também pelo Tribunal de Contas da União.

As agências reguladoras, relativamente ao segmento em que atuam, são dotadas de poder normativo, fiscalizatório, sancionatório e mediador de conflitos. Além desses poderes, comuns a todas as agências de regulação, outros poderão ser conferidos pela lei a bem do exercício de suas funções. É o caso do poder de declarar a utilidade pública de certos bens com vistas à implantação de instalações de energia elétrica, e do poder de outorga da exploração de serviços públicos ou do uso de bens públicos.

A Carta Magna de 1988, dispõe em seu artigo 5º, II, que "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"; e mais adiante no artigo 84, IV, informa que: "Compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução"

(BRASIL, 1988). Nesse ponto surgem dúvidas e críticas acerca da legalidade das resoluções expedidas pelas Agências Reguladoras.

A Administração está obrigada a exercer o poder que lhe for conferido por lei, nos limites desta. Não há discricionariedade uma vez que sem o exercício do poder, ou o ato administrativo não se aperfeiçoa, ou se aperfeiçoa de modo viciado, ou, ainda que ausente de vício, não alcança a finalidade pública esperada. Os poderes conferidos as Agências Reguladoras são fundamentais para o desempenho das suas atividades. É por essa razão que as leis que instituem as agências reguladoras outorgam competência para a edição de atos normativos. Muito se debate a respeito da natureza dos atos normativos expedidos por esses órgãos, havendo diversos posicionamentos. Para os fins do presente estudo, foram examinados alguns deles.

Com base na Teoria dos Poderes Implícitos⁴, Aragão (2002) conclui pela possibilidade de órgãos integrantes da estrutura do Poder Executivo editar regulamentos autônomos⁵. A hipótese não avilta o artigo 84, inciso IV, da Constituição porque a competência regulamentar não é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, sendo, amiúde, deferida por lei a outros órgãos da Administração. As agências reguladoras, assim, exercitam poder regulamentar com o objetivo de traduzir concretamente os conceitos, as finalidades e os parâmetros abstratos contidos na lei. Justem Filho (2002) entende que a aptidão normativa abstrata é decorrente do poder regulamentar entretido pelo Chefe do Executivo. A função reguladora pertence ao Estado, que a exerce por seus órgãos despersonalizados (Administração direta) ou cria entes autônomos para tanto (Administração indireta).

Nesta segunda hipótese, a função reguladora, com os deveres-poderes inerentes, será transferida para a entidade personalizada. Por força da delegação operada, a agência pode baixar decretos regulamentares que visem facilitar a execução da lei.

Para Di Pietro (2016), as normas genéricas e abstratas emanadas das agências reguladoras decorrem expressamente da lei. Não constituem manifestação do poder regulamentar porque tal competência foi outorgada pela Constituição, em caráter privativo, ao Chefe do Poder Executivo. Sua delegação, nas hipóteses em que admitida, exige manifestação de vontade do titular da competência, que, na hipótese examinada, não é o legislador. Afasta a existência de suporte constitucional ao regulamento autônomo, de modo que as agências não podem editar normas em relação a temas não ventilados em lei. Em outras palavras, não podem inovar no plano jurídico sem que haja previsão em lei.

Furtado (2007) vê no poder normativo das agências o exercício da discricionariedade administrativa. O poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Executivo, e, uma vez exercitado, é mandatório a toda Administração. Em corolário, nenhum órgão, ainda que independente, poderá editar norma que se sobreponha ao decreto regulamentador. Todavia, nem sempre a lei e o regulamento vislumbram a melhor solução ao caso concreto. Surge, então, o poder normativo do órgão regulador independente para, valendo-se de conhecimentos técnicos, adotar a solução concretamente mais adequada.

4 segundo a qual a Constituição, ao atribuir competência para o exercício de determinada atividade, implicitamente outorga os poderes a tanto necessário

5 Para Grau (2008, p. 252-253): Os regulamentos autônomos ou independentes são emanações a partir de atribuição implícita do exercício de função normativa ao executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanação é indispensável à efetiva atuação do executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência.

Partindo da distinção entre função regulamentar e função regulatória, afirma que o poder normativo da agência não se confunde com o poder regulamentar do Chefe do Executivo. A função regulamentar é eminentemente política, envolvendo a interpretação da lei e a criação de mecanismos para sua execução, o que compreende a elucidação de termos e conceitos, e o estabelecimento de procedimentos e rotinas. Já a função regulatória, eminentemente administrativa, tem por fim disciplinar determinado segmento econômico com vistas a garantir o adequado funcionamento do mercado (Guerra, 2012).

A função regulamentar se exaure na edição do ato normativo que complementa a lei. A função regulatória tem na edição de ato normativo o desempenho parcial de suas atribuições. Neste sentido, o poder normativo do órgão regulador é meramente instrumental, ao passo que o poder regulamentar é exercício de competência constitucional e emanção autônoma de poder político. Afasta, desta maneira, a tese da delegação de poderes.

Apesar dos diversos posicionamentos, não se formou ainda uma corrente majoritária sobre o tema, neste sentido, os tribunais que têm analisado esses casos, tem considerado legítima a atuação normativa das agências. O que entende-se através do texto constitucional e legislações específicas das Agências Reguladoras é que os atos normativos expedidos pelas mesmas possuem uma natureza secundária, pois são exercidos através de Leis já existentes.

Entretanto uma observação merece ser feita em relação à subserviência ao decreto regulamentador. O exercício da atividade normativa, seja para a produção de norma primária ou secundária, não é tarefa simples. Exige reflexão, debate, ponderação de consequências, e algumas vezes disponibilidade de recursos. Em se tratando de lei, o debate ocorre na arena parlamentar; quando se trata de ato interna *corporis* (como regimento interno, decreto legislativo, etc.), a discussão se dá por entre os pares; e quando se trata de ato normativo administrativo, necessária a oitiva das áreas técnicas envolvidas. Não se pode açodar a atividade normativa, sob pena de causar incontáveis malefícios.

Como dito anteriormente as agências reguladoras são instituídas por lei, é de acordo com estas que se dá a maior ou menor amplitude do poder conferidos àquelas. O poder regulador é comum a todas as agências, ora, é a partir deste que surge o nome de Agências Reguladoras. A elas é conferida a faculdade de regular através de atos normativos gerais e abstratos infralegais, que podem limitar direitos e impor obrigações relativas à atividade regulada. Mendes (2000) explica que:

Possuindo poder normativo, então, consideraremos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que, simplesmente exerça regulação em qualquer das formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direito dos particulares. (MENDES, 2000, p. 97).

Ante o exposto concluí-se que o poder normativo é inerente à atividade das Agências e desde que essas regulamentações sejam de cunho técnico e não contrariem direitos e garantias de índole constitucional, não padeceriam de ilegalidade. Corroborando nosso entendimento Motta (2000) nos ensina que:

Restariam então para as agências reguladoras, apenas e tão somente, não inovando a ordem jurídica, editar atos administrativos sobre matérias estritamente técnicas. Os standards então estariam traçados nas leis. As leis

criadoras das agências reguladoras estabelecem os bazilamentos gerais da regulação em matéria de telecomunicações, por exemplo, e restaria à agência reguladora, no exercício de sua função normativa a particularização da regra, provendo os pormenores para a sua concretização, preferencialmente nas questões técnicas. (MOTTA, 2000, p. 46)

No Brasil com o escoar do tempo, a figura das Agências Reguladoras ficaram cada vez mais presentes e abrangentes devido às mudanças na organização da própria estrutura administrativa do Estado. Há um número crescente de serviços públicos que são concedidos ou delegados para a iniciativa privada, encadeando uma necessidade de maior fiscalização dos serviços pela Administração. Outrossim, o momento político que o país vive “pressiona” nossas autoridades a tomarem atitudes que propiciem a máquina pública trabalhar com mais eficiência, é nesse cenário que as Agências Reguladoras vêm ganhando mais espaço. Neste trabalho vamos estudar resoluções expedidas por duas Agências Reguladoras brasileiras vinculadas a Poderes diferentes, a fim de constatar se estas preservam os princípios pelos quais as agências foram criadas ou se estão indo além do poder que detém e por quais motivos.

3.1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: Atuação além do poder normativo?

Em meados da década de 90 o Brasil era marcado por uma insatisfação da população em relação ao Poder Judiciário, e a necessidade de um controle externo de sua atividade. Em consequência disso surgiu a Emenda Constitucional nº 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”, que implantou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão administrativo com a função de controle externo das atividades do poder Judiciário brasileiro, e que transformou-se em um braço administrativo de controle interno do STF sobre todo o poder judiciário.

A estrutura e competências do CNJ são descritas no artigo 103-b da Constituição Federal, e as competências estão descritas especificamente, nos incisos I a VII, do § 4º do referido artigo conforme segue:

I zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa (BRASIL, 1988, Art. 103-b, §4º., I – VII).

Através da compreensão das atribuições dadas ao CNJ pela constituição, entende-se que o CNJ foi instituído com a finalidade de exercer um controle administrativo do Poder Judiciário, devido a falhas que o mesmo vinha apontando, deixando por vezes de cumprir com efetividade princípios constitucionais. Hodiernamente surgem muitas críticas na atuação do Conselho, pois se entende que por vezes, este vai além de suas atribuições, usurpando funções típicas do Poder legislativo e até mesmo do próprio poder judiciário.

Em 18 de Outubro de 2005, foi editada pelo CNJ a Resolução nº. 07, que de acordo com sua ementa: "Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2005). Como uma forma de efetivar princípios descritos no artigo 37 da Constituição Federal, entre eles o da impessoalidade, eficiência, moralidade administrativa, entre outros.

Existiram e ainda existem muitas controvérsias em relação à resolução citada acima, pois o CNJ foi instituído como órgão de natureza Administrativa, sendo um órgão judicial, mas não jurisdicional. Segundo Sampaio (2007, p. 35):

O Conselho Nacional de Justiça é órgão administrativo-constitucional do Poder Judiciário da República Federativa do Brasil com status semiautônomo ou de autonomia relativa. A estatura constitucional decorre da sua presença no texto da Constituição. A natureza administrativa é dada pelo rol de atribuições previstas no artigo constitucional 103-B, § 4º, que escapam ao enquadramento, obviamente, legislativo, uma vez que não pode inovar a ordem jurídica como autor de ato normativo, geral e abstrato, e, por submeter-se ao controle judicial, ainda que pelo STF, escapa da feição jurisdicional (SAMPAIO, 2007, p. 37).

O Regimento Interno do CNJ no artigo 102, informa que: "O Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações." (grifo dos autores) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009). Ora o próprio regimento interno nos diz que os Atos Normativos expedidos pelo Conselho devem ser apenas de cunho administrativo, dessa forma a Resolução nº 07 de 2005, estaria contrária a Constituição Federal, dado o seu caráter normativo.

Como consequência da discussão sobre a constitucionalidade ou não da Resolução nº. 7 de 2005, foi proposta a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 (ADC 12 DF), em cujo julgamento, o STF manteve sua validade, por maioria dos votos. O ministro relator Carlos Ayres Britto em seu voto destaca que: "o CNJ não invadiu seara reservada ao Poder Legislativo, mas limitou-se a exercer as competências constitucionais que lhe foram reser-

vadas" (STF, 2009), concluindo que a resolução efetiva o disposto no artigo 103-b da Constituição Federal, sendo portanto constitucional.

O voto dissidente foi proferido pelo Ministro Marco Aurélio, que trouxe algumas observações importantes que foram, aparentemente, ignoradas pelos seus colegas. Segundo ele: "O CNJ, ao editar a Resolução, o fez totalmente à margem das atribuições previstas na Constituição Federal, e não vejo possibilidade de deferir uma liminar que acaba potencializando a Resolução do próprio Conselho", frisando que o Conselho possui natureza administrativa e não Jurisdicional (STF, 2009).

Entende-se que a Resolução expedida pelo Conselho Nacional de Justiça teve o intuito de aplicar os princípios constitucionais, diminuir problemas relacionados à corrupção e por consequência melhorar o serviço prestado pelo Poder Judiciário. Como já dito anteriormente as Agências Reguladoras, nesse caso o CNJ, possuem natureza administrativa não lhes competindo a expedição de resoluções com força normativa além de sua alçada, acentuando o exercício da função atípica dos Poderes.

3.2 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA: Proteção da Saúde Pública.

Durante a idade média houve um aumento da concentração da população nas cidades, sem que estas oferecessem condições de higiene, moradia e alimentação adequadas a esta crescente demanda. Diante desse quadro, no qual as condições básicas das populações não eram supridas ocorreu a proliferação de doenças. Com o avanço do tempo foi-se percebendo que essas doenças eram decorrentes em sua maioria, de alimentos e água contaminados.

A partir desta constatação iniciou-se uma fiscalização nos mercados, depósitos e embarcações que transportavam alimentos. Durante a Segunda Guerra Mundial com todas as descobertas bacteriológicas, esse tipo de fiscalização foi se articulando a fim de proteger a saúde da população. O Brasil na década de 80 já contava com a VISA - Vigilância Sanitária - e devido à participação popular, logo foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) (PORTAL EDUCAÇÃO, 2017).

A ANVISA foi instituída através da Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999, possuindo natureza jurídica de Autarquia sob Regime Especial, e conforme consta no parágrafo único do art. 3º, da referida Lei: "é uma agência reguladora caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes durante o período de mandato e autonomia financeira, e está vinculada ao Ministério da Saúde" (BRASIL, 1999). Como dito anteriormente, a fiscalização de produtos surgiu em decorrência da necessidade humana, e foi através do aperfeiçoamento dessa fiscalização que surgiu a Agência Reguladora com intuito de melhorar a qualidade de vida e resguardar a saúde da população, conforme segue:

Art. 6º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras (BRASIL, 1999).

A atuação da ANVISA abrange a regulação sanitária e a regulação econômica do mercado, as competências dessa Agência Reguladora constam principalmente, nos artigos 7º e 8º, e seus respectivos parágrafos e incisos da Lei que a criou:

Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

...

XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

...

Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, **regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.** (grifo nosso)

...

X - **cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco (grifo dos autores)**, (BRASIL, 1999).

Como já discutido, as Agências Reguladoras tem o papel de fiscalizar produtos e serviços públicos. No caso da ANVISA, esses serviços e produtos estão intimamente ligados à qualidade de vida e saúde da população sendo assunto sério de interesse nacional e internacional, tanto que foi instituída uma agência especializada para regular e fiscalizar a qualidade dos serviços e produtos relacionados à vigilância sanitária. Essa regulação e fiscalização ocorrem principalmente através das Resoluções da Diretoria Colegiada (RDCs), conforme segue:

Art. 15. Compete à Diretoria Colegiada:

...

III - editar normas sobre matérias de competência da Agência, que devem ser acompanhadas de justificativas técnicas e, sempre que possível, de estudos de impacto econômico e técnico no setor regulado e de impacto na saúde pública, dispensada essa exigência nos casos de grave risco à saúde pública (BRASIL, 1999).

Em 15 de março de 2012, a ANVISA publicou a RDC nº 14 que dispõe sobre os limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e a restrição do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, e dá outras providências. Referida resolução proibiu o uso da maioria dos aditivos em todos os produtos derivados do tabaco, com o intuito de torná-los menos atraentes para o consumo, pois os aditivos teriam o papel de disfarçar o gosto ruim da nicotina e diminuir a fumaça vinda dos cigarros, por conseguinte o uso de produtos derivados do tabaco e a incidência de novos fumantes diminuiriam. A resolução por fim concedeu o prazo de 18 meses para as empresas fabricantes e importadoras de produtos fumígenos se adequarem a ela.

Houve muita comoção à época da publicação da resolução citada acima, principalmente do meio industrial. O Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco (SINDITABACO), ajuizou uma ação requerendo a suspensão dos efeitos de alguns artigos da RDC-ANVISA nº 14/2012, porque segundo este, não havia no Brasil lei em sentido formal que tratasse da utilização de ingredientes em produtos fumígenos e que somente lei em sentido formal poderia promover o banimento objetivado pelo órgão regulador. Ausente a lei, a Anvisa não poderia criar novas restrições ou obrigações.

A ação tramitou sob nº 0002696-87.2013.4.01.0000 na seção Judiciária Federal da Bahia, contou com decisão favorável ao SINDITABACO em 1ª instância, porém em 2ª instância o Tribunal Regional Federal da 1ª Região em decisão proferida em 26/12/2013, considerou a RDC nº 14/2012 legal, enfatizando a letalidade do consumo de cigarro (TRF1, 2013).

Em contrapartida a Confederação Nacional da Indústria (CNI), ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº. 4874) com pedido de liminar para suspender a eficácia jurídica da RDC nº 14/2012, sob o argumento de que a ANVISA "alargava" de modo ilegítimo sua competência; tal resolução feria os princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica, da liberdade do consumidor entre outros, requerendo por fim que fosse: "conferida interpretação conforme a Constituição à parte final do artigo 7º, inciso XV, da Lei 9.782/99, sem redução de texto, para se fixar que a Agência só pode banir produto ou insumo no exercício de suas competências estritamente executivas de polícia, de natureza cautelar e excepcional" (STF, 2012).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874 teve como relatora a Ministra Rosa Weber, e foi julgada improcedente pelo Tribunal Pleno em 01/12/2018, cassando inclusive a Medida Cautelar requerida pela CNI, que havia sido concedida, conforme segue:

... Tendo em conta os aspectos invocados pela autora, bem como os requerimentos deduzidos pelos amici curiae Federação Nacional dos Trabalhadores da Indústria do Fumo e Afins – FENTIFUMO e Sindicato da Indústria do Tabaco no Estado da Bahia/BA (petições nºs 45.695/2013 e 45.912/2013, também recebidas em 13.9.2013), concedo, forte no poder geral de cautela (arts. 798 do CPC e 21, IV e V, do RISTF) e a fim de assegurar tratamento isonômico a todos os potencialmente afetados pelos atos normativos impugnados, a medida liminar requerida para suspender a eficácia dos arts. 6º, 7º e 9º da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária até sua apreciação pelo Plenário desta Corte.

Segundo a OMS o cigarro mata mais de 5 milhões de pessoas anualmente no mundo, tanto pessoas fumantes de fato como as fumantes passivas. O número é alarmante e ressaltamos que a ANVISA como agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde deve tomar providências, como de fato tentou fazer; a problemática se encontra no meio usado.

Conforme o, artigo 15, III, da Lei 9.287 de 1999 as resoluções expedidas pela ANVISA devem ser acompanhadas de justificativas técnicas e, sempre que possível, de estudos de impacto econômico, no caso da RDC Nº 14/2012 ao tempo de sua publicação não haviam sido feitos estudos sobre o impacto econômico. Em um segundo momento a própria CNI divulgou dados referentes aos impactos econômicos da RDC: As medidas adotadas na Resolução alcançariam aproximadamente 98% da produção nacional de fumíferos, com efeitos sistêmicos sobre toda a cadeia produtiva que envolve os mais variados setores desde os produtores rurais aos comerciantes (ADI nº 4874-DF), afetando diretamente as taxas de desemprego e a economia do país.

A liminar concedida pela Ministra Rosa Weber tem como fundamentação principal os estudos de impactos econômicos, deixando as questões intrinsecamente constitucionais a serem discutidas em ocasião do julgamento.

O assunto tratado na RDC é muito polêmico e entende-se que envolve outros aspectos além da simples proibição do uso de aditivos, o prazo concedido pras empresas se ade-

quarem as medidas impostas foi reduzido, porém a ANVISA está fazendo o seu papel como Agência Reguladora, e foi nesse sentido que o órgão pleno do STF julgou a ação.

Ocorre que o mercado de fumíferos é mola propulsora de desenvolvimento de centenas de municípios, gerador de divisas de US\$ 3,26 bilhões na exportação, R\$ 10,5 bilhões em impostos e R\$ 4,6 bilhões de receita aos 165 mil produtores integrados do sul do Brasil (ABRASEL-SP). Nesse caso os interesses particulares de industriais que lucram com o mercado sobrepujam as questões sobre a competência constitucional dedicada a ANVISA.

A Lei 9782/99 em seu artigo 8º já citados incumbe à ANVISA o dever de regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, desde que respeitada à legislação em vigor. Ora, não há legislação em vigor que trate do uso de aditivos em fumíferos. Nesse sentido, a decisão do STF foi coerente com a atuação do poder executivo na luta contra o tabagismo e na conscientização da população sobre os malefícios do cigarro.

3.3 IBAMA E CONAMA: INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS PARA EFETIVA PROTEÇÃO AMBIENTAL

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) foi criado através da Lei nº 7.735 de 22 de fevereiro de 1989, com natureza jurídica de Autarquia Federal vinculada ao Ministério do Meio Ambiente com as seguintes finalidades:

- I - exercer o poder de polícia ambiental;
- II - executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e
- III - executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente (BRASIL, 1989).

O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente, foi instituído pela Lei 6.938/81, que foi revogada em parte pela Lei que instituiu o IBAMA, as atribuições legais do CONAMA são:

- I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA;
- II - determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental, e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional
- ...
- V - determinar, mediante representação do IBAMA, a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condi-

cional, e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes;

VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos (BRASIL, 1991).

Tanto CONAMA quanto o IBAMA fazem parte do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) não possuindo relação de subordinação um com outro. A Política Nacional do Meio Ambiente é constituída pela CONAMA, enquanto o IBAMA é responsável, principalmente, pela execução da Política Nacional do Meio Ambiente, exercendo o controle e a fiscalização sobre o uso dos recursos naturais.

Assim como ocorreu com os direitos fundamentais em geral, com o meio ambiente também se pode identificar uma evolução histórica que se inicia na antiguidade, e se consolida – ainda que um tanto tardiamente – com a formação dos Estados nacionais e que, numa fase mais atual, desborda das fronteiras nacionais e passa a ser uma preocupação de toda a humanidade, estampada em declarações e tratados internacionais (MARUM, 2002, p.128-129).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental de terceira geração. Segundo Bobbio (1992, p. 23), "o mais importante dos direitos da terceira geração é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído". A Constituição Federal Brasileira consagrou os preceitos relacionados ao direito do Meio Ambiente, em seu capítulo VI:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Hodiernamente existe uma preocupação mundial em relação à possível escassez dos recursos naturais, existem problemas graves com falta de água potável em muitas comunidades do planeta e riscos de extinção de espécies da fauna e flora mundial. Durante muito tempo existiu o mito de que na natureza tudo era renovável, infinito e até hoje existe certa resistência, principalmente de grandes empresas que exercem atividades que exploram o meio ambiente como construtoras, e a indústria da pecuária, em perceber a importância do uso consciente dos recursos naturais.

Em 06 de Setembro de 2002, a CNI ajuizou perante o STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº. 2714) com pedido de liminar, da Resolução nº 03 de 1988 do CONAMA e da Instrução normativa nº 19 de 2001 do IBAMA, que tratavam da criação e critérios de atuação do cargo de agente ambiental voluntário:

O CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA, no uso da atribuição que lhe confere o Artigo 48, do Decreto 88.351, de 19 de junho de 1983, RESOLVE:

Art. 1º - As entidades civis com finalidades ambientalistas, poderão participar na fiscalização de Reservas Ecológicas, Públicas ou Privadas, Áreas de Proteção Ambiental, Estações Ecológicas, Áreas de Relevante Inte-

resse Ecológico, outras Unidades de Conservação e demais Áreas protegidas.

Art. 2º - A participação na fiscalização, prevista nesta Resolução será feita mediante a constituição de Mutirões Ambientais, integrados no mínimo por três pessoas credenciadas por Órgão Ambiental competente (CONAMA, 1988).

PRESIDENTE DO INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 24, ANEXO I, do Decreto nº 3.833, de 05 de junho de 2001, publicado no Diário Oficial da União do dia subsequente, tendo em vista a Resolução CONAMA nº 003, de 16 de março de 1988.

...

Considerando a necessidade de estabelecer normas de procedimentos das ações fiscalizatórias, bem como para a tramitação e controle dos Autos de Constatação lavrados por participantes dos MUTIRÕES AMBIENTAIS, resolve:

Art. 1º. Os participantes de MUTIRÕES AMBIENTAIS, indicados por entidades civis ambientalistas ou afins, devidamente treinados e credenciados pela Coordenação Geral de Fiscalização Ambiental do IBAMA, passam a ser denominados Agentes Ambientais Voluntários.

Parágrafo único. Para o credenciamento de que trata o caput deste artigo, deverá o Agente Ambiental Voluntário firmar Declaração junto ao IBAMA (ANEXO I), a qual também será assinada pelo representante legal da entidade responsável pela indicação.

...

Art. 3º. Compete aos Agentes Ambientais Voluntários:

I – atuarem sempre através de MUTIRÕES AMBIENTAIS, como previsto no artigo 2º, da Resolução CONAMA nº 003, de 1988;

II – lavrarem Autos de Constatação (ANEXO II) circunstanciados e devidamente assinados pelos presentes, sempre que for identificada infração à legislação ambiental;

III – reterem, quando possível, os instrumentos utilizados na prática da infração penal e/ou os produtos dela decorrentes, e encaminhá-los imediatamente à autoridade policial mais próxima (IBAMA, 2001).

A CNI argumentava que, apesar dos agentes ambientais voluntários serem participantes de mutirões ambientais indicados por entidades civis ambientalistas e treinados pelo IBAMA, não possuíam nenhum vínculo com o poder público e o IBAMA ao conceder poder de polícia a esses agentes feria o disposto no artigo 174 da Constituição Federal (STF, 2002).

O STF por sua vez, considerou que a CNI não preencheu os requisitos exigidos para o ajuizamento desta ADI. Tendo a maioria dos ministros entendido que as normas questionadas não tinham natureza constitucional e não poderiam ser apreciadas pelo STF. Também concluíram que havia “ausência de pertinência temática” (STF, 2003).

Ora, a Indústria é o setor mais fiscalizado pelo IBAMA E CONAMA, pois suas atividades, como já dito antes, são intimamente ligadas com exploração de recursos naturais. Percebe-se que a CNI tenta a todo custo proteger o interesse privado dos seus confederados e, nesse caso específico, tentou usar o Direito Constitucional como arma nessa luta, para diminuir a

abrangência dos serviços executados pelo IBAMA, serviços estes que conforme os dados apresentados acima, já se encontram em situação delicada pela falta de servidores e encontram nas parcerias com outros órgãos e agentes voluntários uma maneira de cumprir o seu papel de forma mais eficaz. O STF por outro lado, colocou o interesse coletivo acima do particular, decidindo de forma sábia, aplicando os preceitos constitucionais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade brasileira vem passando por uma “revolução”, por um lado o campo político do país desacreditado, que privilegia interesses privados em detrimento do interesse coletivo, do outro um judiciário que tenta a todo custo solucionar problemas, indo além de sua alçada. Exemplificamos isso no presente trabalho: O CNJ para sanar uma questão moral dentro do judiciário foi além de suas atribuições e ainda obteve a aprovação do STF, exatamente por estarmos vivendo um momento de resgate da moralidade. Sob outra perspectiva temos a CNI que tanta a todo custo proteger os interesses econômicos dos grandes empresários e na grande maioria das vezes o consegue, mesmo sem possuir respaldo legal suficiente como percebemos nos casos das resoluções da ANVISA e IBAMA.

Constatamos que por vezes decisões judiciais e resoluções administrativas são tendenciosas, servindo de joguetes políticos e econômicos, não efetivamente imparciais. Prejudicando a população que espera um retorno social, que precisa de melhores condições de vida como um todo, uma educação melhor, uma saúde melhor, como cita aquela velha música “A gente não quer só comida / A gente quer comida, diversão e arte”. A Constituição Federal é a guardiã do direito dos interesses coletivos, onde se encontram os princípios que deveriam reger esse país, e o STF é o guardião da constituição não é justo que quem deveria aplicar a CF sofra influências externas a ponto de inspirar decisões com fundamentos particulares disfarçadas de interpretação da constituição.

Por fim, verificamos que o tema abordado é de suma importância nos dias atuais, onde o Direito Constitucional por vezes é “levado pela maré”. Existem discussões acaloradas e incertezas sobre a aplicação correta do Direito. Precisamos compreender, discutir, debater a respeito do tema. A população brasileira precisa que as questões de interesse nacional sejam tratadas com a seriedade e respeito devidos pelo Estado. Não podemos aceitar que a Constituição Federal de 1988 seja usada para favorecer determinados grupos em detrimento do coletivo.

REFERÊNCIAS

AGENCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/institucional/snvs/index.htm> Acesso em 20 de mai. 2020.

AGENCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC Nº 14*, de 15 de Março de 2012. Dispõe sobre os limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e a restrição

do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, e dá outras providências. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc0014_15_03_2012.pdf. Acesso em 20 mai. 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BATISTA JÚNIOR, Márcio Roberto Montenegro. Agências reguladoras. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3883, 17 fev. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26712>. Acesso em: 20 mai. 2020.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei nº 9.782 de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm. Acesso em 20 mai. 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.735 de 22 de fevereiro de 1989*. Dispõe sobre a extinção de órgão e de entidade autárquica, cria o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e dá outras providências. Disponível em: <http://www.faccar.com.br/normas-da-abnt/modelos-de-referencia>. Acesso em 20 mai. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em 20 mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Conselho nacional de justiça. *Resolução Nº 7 de 18 de outubro de 2005*. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_7_18102005_26032019133553.pdf. Acesso em: 6 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Conselho nacional de justiça. *Resolução Nº 67 de 03 de março de 2009*. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_67_03032009_22032019151610.pdf. Acesso em: 6 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Conselho nacional do meio ambiente. *Resolução nº 03 de 16 de março de 1988*. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res88/res0388.html>. Acesso em 06 jul. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Reforma do Estado: O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras*. In: MORAES, Alexandre de. (org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Disponível em: http://ibama.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=613&Itemid=863. Acesso em 20 mai. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. *Instrução Normativa IBAMA nº 19 de 05 de novembro de 2001*. Dispõe sobre os mutirões ambientais. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/instrucao-normativa-19-2001_74420.html. Acesso em 06 jul. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

MARUM, Jorge Alberto Oliveira de. Meio ambiente e direitos humanos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n.28, p. 116-137, out./dez. 2002.

MENDES, Conrado Hubner, Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=141>. Acesso em 20 de mai 2020.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/>. Acesso em 20 mai. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de. (org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências Reguladoras de serviços públicos*. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PORTAL DA EDUCAÇÃO. Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/historia-da-vigilancia-sanitaria/50409> Acesso em 20 de mai. 2020.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>. Acesso em 20 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADC 12 DF*, Relator: Min. Carlos BRITTO, Data de Julgamento: 20/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RT v. 99. n. 893. 2010. p. 133-149

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>. Acesso em 06 jul. 2020.

Recebido/Received: 22.05.2020.

Aprovado/Approved: 09.07.2020.

AS NUANCES DA LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA OAB NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

THE NUANCES OF ACTIVE LEGITIMACY AD CAUSE OAB IN PUBLIC CIVIL ACTION

PAULA MARTINS DA SILVA COSTA¹

ZAIDEN GERAIGE NETO²

JULIANA CASTRO TORRES³

RESUMO

Neste trabalho, faz-se uma análise exploratória baseada na doutrina, legislação e jurisprudência, das hipóteses de cabimento da ação civil pública, dos direitos e interesses protegidos pelo chamado microsistema do processo coletivo brasileiro, bem como das nuances da legitimação ativa extraordinária e do preenchimento do requisito da pertinência temática. Após essa contextualização, examina-se a legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para o ajuizamento da ação civil pública. Verifica-se o requisito da pertinência temática, se seria possível a defesa de quaisquer direitos coletivos em sentido amplo, dentre aqueles listados nos incisos do art. 1º da Lei n. 7.347/1985 ou se somente pode a entidade demandar interesse próprio, concluindo-se pela possibilidade de defesa de direitos coletivos frente a um entendimento mais

- 1 Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (1992). Especialização em Direito Civil e Processual pela Universidade de Franca - UNIFRAN (2000). Especialização em Direito Público pela Universidade de Brasília - UNB (2010). Iniciação Científica pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP (1992). Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP com bolsa da CAPES-PROSUP (2019). Advogada da União desde 2000. Vice-Presidente da Comissão Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Ribeirão Preto e Membro da Comissão Estadual Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil Seção São Paulo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9392915075834898>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-1469-0156>. E-mail: paula.costa.pmdsc@gmail.com.
- 2 Doutor em Direito pela PUC/SP (2007), Mestre em Direito também pela PUC/SP (2001) e graduado em Direito também pela mesma instituição (PUC/SP - 1994). MBA executivo em Gestão Hospitalar pela FGV - Fundação Getúlio Vargas (2007). Foi Secretário Municipal de Negócios Jurídicos de Barretos/SP (2005-2008). Professor Universitário e dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Professor convidado do curso presencial de pós-graduação "lato sensu" em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP - Ribeirão Preto (FDRP/USP). Professor convidado do curso de Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil da Faculdade Barretos. Associado do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e da SBPC - Sociedade Brasileira Para o Progresso da Ciência. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-4732-9164>. E-mail: zaidenneto@gmail.com.
- 3 Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, 2019. Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Passos, Especialista em Direito Público Lato Sensu pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Professora de Direito Penal e Prática Jurídica Penal na Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Passos, 2017. Bolsista de Gestão em Ciência e Tecnologia BGCT-III pela FAPEMIG no desenvolvimento do Projeto "IMPLANTAÇÃO DE UMA REDE DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA DO MUNICÍPIO DE PASSOS-MG", 2012. Membro do Conselho Municipal da Cidade de Passos-MG. Bolsista PROSUP-CAPES, 2019. Professora de Direito Tributário e Prática Jurídica na Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Passos, 2019. Professora de Sociologia Geral e Jurídica e Prática Jurídica na Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Passos. Coordenadora do Núcleo de Assistência Judiciária Gratuita - NAJ da UEMG - Unidade Passos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4486423547641606>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9094-4715>. E-mail: jucastrotorres@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

COSTA, Paula Martins da Silva; GERAIGE NETO, Zaiden; TORRES, Juliana Castro. *As nuances da legitimidade ativa ad causam da OAB na ação civil pública*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 109-131, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.7982>.

restritivo. O segundo tema seria se essa legitimidade afetaria somente ao Conselho Federal e aos Conselhos Seccionais, ou se estenderia também às Subseções. Finalmente, quanto às Subseções, se a legitimidade ativa tem relação direta de dependência com o requisito de personalidade jurídica ou não. Quanto ao órgão da OAB legitimado, entendeu-se que a legitimidade ativa atribuída ao Conselho Federal e Conselhos Seccionais pode ser estendida às Subseções, de maneira que a ausência de personalidade jurídica não seja fator impeditivo de sua legitimação.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Processo coletivo. Legitimidade *ad causam*. Pertinência temática. Ação Civil Pública. OAB.

ABSTRACT

In this work, an exploratory analysis based on doctrine, legislation and jurisprudence is made, of the hypotheses for the suitability of public civil action, of the rights and interests protected by the so-called microsystem of the Brazilian collective process, as well as of the nuances of extraordinary active legitimation and completion the thematic relevance requirement. After this contextualization, the legitimacy of the Brazilian Bar Association for the filing of public civil action is examined. The thematic pertinence requirement had been verified, if it would be possible to defend any collective rights in a broad sense, among those listed in the items of art. 1 of Law no. 7,347 / 85 or whether the entity can only demand self-interest, concluding that it is possible to defend collective rights in the face of a more restrictive understanding. The second theme would be whether this legitimacy would affect only the Federal Council and Sectional Councils, or would also extend to Subsections. Finally, as for Subsections, whether active legitimacy is directly dependent on the legal personality requirement or not. As for the legitimated OAB body, it was understood that the active legitimacy attributed to the federal council and sectional councils can be extended to the Subsections, so that the absence of legal personality is not an impediment to its legitimation.

Keywords: Civil Procedural Law. Collective process. Ad cause legitimacy. Thematic relevance. Public Civil Action. OAB.

INTRODUÇÃO

O processo de redemocratização do Brasil, que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe profundas mudanças na ordem jurídica brasileira, em especial relativamente ao papel institucional do advogado e da OAB. Neste diapasão, a Constituição dispôs, em seu art. 133, que “o advogado é indispensável à administração da justiça”. Da mesma forma, a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), ao regulamentar a Constituição, corrobora o caráter da Advocacia enquanto função essencial à Justiça, ao estabelecer a finalidade precípua de defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, esmiuçando o caráter de serviço público e a finalidade da instituição prevista no art. 44 do Estatuto da Advocacia.

Dessa forma, com suporte no método de pesquisa dedutivo e na técnica bibliográfica e documental, a fim de buscar nos teóricos a fundamentação pertinente ao tema, apresentada em livros, artigos, periódicos e jurisprudência.

Neste artigo, analisar-se-á inicialmente se os Conselhos Seccionais da OAB teriam legitimidade ativa *ad causam* para manejar ações civis públicas, com foco no Estatuto da

Advocacia. Sob o aspecto da pertinência temática, se seria possível a defesa de quaisquer direitos coletivos em sentido amplo, dentre aqueles listados nos incisos do art. 1º da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), quais sejam o meio-ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, ou se somente pode demandar interesse próprio. O segundo tema seria que se essa legitimidade afetaria somente ao Conselho Federal e Conselhos Seccionais, ou se estenderia também às Subseções. Quanto a estas se analisará se sua legitimidade ativa tem relação direta de dependência com a personalidade jurídica ou não.

Com suporte em uma interpretação histórica e lógico-sistemática da Constituição, mais especificamente do art. 103, que confere legitimidade universal da OAB para o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) no controle concentrado de constitucionalidade, posição que conta inclusive com a chancela do Supremo Tribunal Federal (STF) ao reconhecê-la como autarquia corporativa, prestadora de serviço público e com finalidade institucional, distinta de todos os demais órgãos de fiscalização profissional, defende-se o reconhecimento da prescindibilidade de pertinência temática da OAB no âmbito da Ação Civil Pública (ACP), tanto do Conselho Federal quanto do Conselho Seccional, resultante do paralelismo de atribuições inscrito no art. 59 do Estatuto da Advocacia, desde que as questões invocadas sejam concernentes a sua respectiva esfera local.

Finalmente, com fulcro no parágrafo único do art. 61 do Estatuto da Advocacia, é inequívoco que, uma vez criado o Conselho da Subseção, as Subseções automaticamente adquirem personalidade jurídica própria, nos mesmos moldes do Conselho Seccional, respeitada a área territorial e os limites de competência e autonomia, portanto teriam as mesmas prerrogativas que o Conselho Federal no manejo da ação civil pública na defesa dos direitos coletivos e difusos.

Por outro lado, na ausência de Conselho da Subseção, acredita-se que, independentemente da personalidade jurídica, é imperativo reconhecer a personalidade judiciária das Subseções da OAB para garantir a efetividade de sua missão institucional de proteção da sociedade brasileira.

1. AS VÁRIAS CATEGORIAS DE INTERESSES

A proteção aos direitos fundamentais é uma conquista histórica, surgida em períodos distintos, conforme o conflito histórico determinante. Todos esses direitos coexistem, motivo pelo qual se pode denominá-los por dimensão ou geração. Nesse contexto ressalta Norberto Bobbio que o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado; num segundo momento os direitos políticos, os quais concebem a liberdade não apenas negativamente, mas positivamente, como autonomia; finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novos valores, como os do

bem-estar e da igualdade material, de liberdade através ou por meio do Estado (BOBBIO, 2004, p. 32).

Vale destacar que:

(...) Isso ocorre porque a origem de tais direitos remonta à ideia de defesa dos indivíduos em face dos abusos cometidos pelo único e exclusivo detentor do poder que havia no modelo de Estado absolutista.

Procurando limitar tal poder absoluto que detinha o Estado, apresentou-se o modelo de Estado Liberal, amarrando os atos estatais ao que era expresso pela lei. Surgiram, então, os chamados "direitos fundamentais de primeira dimensão" "demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder". Adiante, no início do século XX, surgiram os "direitos de segunda dimensão", os quais, juntamente com a evolução do Estado Liberal para Estado Social, também evoluíram, pois, além de defenderem o indivíduo perante o Estado, geravam obrigações positivas que deviam ser prestadas por este. Nesse sentido, o surgimento de outras (possíveis) dimensões de direitos fundamentais poderia ser apontado, contudo o objetivo no momento é demonstrar o destaque que esses direitos alcançaram no início do século XX, especialmente após o período do segundo Pós-Guerra Mundial." (GERVASONI; GERVASONI, 2014, p. 401)

Finalmente, os direitos de quarta geração, nascidos com a globalização política, englobando os direitos à democracia, informação e pluralismo. A quarta geração nasce com a globalização da economia e políticas mundial, objetivando a salvaguarda da democracia, do pluralismo etc.

Mazzili, fundamentando-se em Renato Alessi, entende que é fundamental distinguir o interesse público primário e secundário, diferenciação consagrada por Renato Alessi ao perceber que o bem geral, o interesse da coletividade como um todo, muitas vezes o interesse difuso como o meio ambiente em geral, é o interesse primário que nem sempre coincide com o interesse secundário, ou seja, o modo pelo qual os órgãos da administração decidem sobre o interesse público. Inobstante, explicita que alguns doutrinadores mais recentes têm sustentado o esvaziamento do conceito de interesse público, ou ainda têm negado a existência de um conceito único de bem comum, já que a complexidade e conflituosidade da sociedade atual faz com que os interesses de grupos e difusos se contraponham, como no exemplo da instalação de uma fábrica numa cidade pode gerar empregos e aumentar a arrecadação de tributos, por outro lado pode trazer sérios danos ao meio ambiente da região conforme a atividade econômica. Em que pese a conflituosidade desenhada, o autor acredita que a supremacia do interesse público primário é possível de se visualizar na perspectiva da razoabilidade e respeito à Constituição, ainda que não se consiga compor todos os interesses em jogo instantaneamente (MAZZILI, 2007, p. 47-48).

Portanto, dada a complexidade da sociedade contemporânea, surgiram os interesses transindividuais, situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, compartilhados por grupos classes ou categorias de pessoas, que excedem o âmbito estritamente individual, mas, não chegam a constituir interesse público propriamente dito. Tais direitos encontravam-se em uma espécie de limbo, sem proteção jurisdicional porque sua titularidade não era clara. Sob o aspecto processual, sua característica é a de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos interessados à Justiça deva ser substituído por um processo coletivo, apto a evitar decisões contraditórias

e apto a uma solução mais eficiente, tendo em vista que o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado. (MAZZILI, 2007, p. 48)

O sistema pátrio de processo coletivo assenta-se sobre uma distinção entre direito difusos, coletivos (ou essencialmente coletivos) e individuais homogêneos. Essas categorias são a base da disciplina processual das ações coletivas, condicionando diretamente o regime da legitimidade para agir e a abrangência da coisa julgada. (MOREIRA, 1984, p. 195-197)

Os interesses difusos (*lato sensu*), previstos no art. 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor (CDC), também chamados transindividuais, metaindividuais, de natureza indivisível, que só podem ser considerados como um todo, titularizados por um grupo de pessoas indeterminadas, empiricamente entendidos como relações de utilidade, concernentes a bens ou situações, que não têm titulares individualizados pela lei, objetivando resguardar a coletividade em geral ou parcela dela. (DIDIER; ZANETI, 2019, p. 90)

Já os direitos coletivos *stricto sensu*, conforme inciso II do mesmo parágrafo único, também chamados de direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis, enquanto grupo, categoria ou classe, ligadas por uma relação jurídica entre si por *affectio societatis* (por exemplo os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil) ou com por uma relação jurídica base com a parte adversa. A característica que os diferencia dos difusos é a possibilidade de determinação dos membros integrantes do grupo, cuja relação-base é necessariamente anterior à lesão, ou seja, a coesão como grupo, categoria ou classe anterior ao evento, permanecendo a natureza indivisível do objeto, a indisponibilidade do objeto comum a ambas espécies (DIDIER, ZANETI, 2019, p. 90-91).

Finalmente, os direitos de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, ou individuais homogêneos, estão definidos no inciso III deste parágrafo único. Trata-se de uma categoria peculiar, porque não se trata aqui de defesa de direitos coletivos, mas de defesa coletiva de direitos individuais. Na verdade, cuida-se de direitos tipicamente individuais, fracionáveis, aos quais o direito concede a possibilidade de defesa coletiva, em razão de possuírem uma origem comum, a coincidência de situações jurídicas entre os vários lesados entre si ou entre eles e ou a parte contrária, tendo a lei optado por defini-los para evitar discussões doutrinárias pudessem impedir a efetiva tutela dos direitos dos consumidores.

2. O CHAMADO MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO

A legitimação extraordinária necessita de autorização expressa conforme o art. 18 do Código de Processo Civil (CPC). Mesmo antes da vigência da nova ordem constitucional, a Lei n. 4.215/1963 previa a legitimidade da OAB para representar os interesses dos advogados e os individuais relativos ao exercício da profissão (GRINOVER, 1984, p. 45).

Conforme Teori Zavascki, a regra geral é a de que a legitimidade *ad causam* em relação a direitos individuais indisponíveis exige o nexo de conformidade entre as partes da relação de direito material e as partes na relação processual porque a legitimação por substituição processual é admitida como exceção, sendo por tal motivo denominada extraordinária,

conforme o caput do art. 18º do CPC. Inobstante há uma tendência no sistema processual brasileiro de expansão das hipóteses de substituição processual, objetivando precipuamente a tutela coletiva. A Constituição de 1988 adotou essa técnica para a proteção coletiva dos direitos transindividuais (art. 129, III) e também para os direitos individuais, na previsão do mandado de segurança coletivo na defesa de direito líquidos e certos (CF, art. 5º, LXX, b⁴) e de procedimentos comuns para tutelar outras espécies de direitos (art. 5º, XXI⁵ e art. 8º, III⁶), de maneira que no campo da legitimação para tutela coletiva a substituição processual não é mais fenômeno excepcional, ao contrário, tornou-se a forma normal de atuação (ZAVASCKI, 2005, p. 215).

A legislação que compõe o chamado microssistema de processo coletivo foi uma conquista legislativa progressiva, inicialmente com a vigência da Lei de Ação Popular (LAP - Lei nº 4.717/1965), que possibilitou a tutela jurisdicional dos direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental, em sentido lato, através da legitimação do cidadão.

A ação civil pública foi consagrada no art. 129, III, da Constituição como ação constitucional para tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, a ser promovida pelo Ministério Público, sem prejuízo da legitimação conferida a outras entidades por lei. Esta é a denominação atribuída pela LACP, ao instituir um procedimento especial destinado a promover a tutela de direitos e interesses transindividuais, mediante um conjunto de mecanismos para instrumentar demandas preventivas, reparatórias e cautelares de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; ao patrimônio público e social. O parágrafo único do art. 1º expressamente exclui o cabimento da ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Depois dela algumas variantes de ações civis públicas foram instituídas, como a tutela dos interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência (arts. 3º a 7º da Lei nº 7.853/1989); das crianças e adolescentes (arts. 280 a 224 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/1990). Com a edição do CDC, por imposição expressa do art. 5º, XXXII da Constituição e do art. 48 do Ato das Disposições Transitórias (ADCT), foi criada uma categoria de interesses ou direitos individuais homogêneos, conjugada à LACP, interagindo mediante a aplicação recíproca das normas dos dois diplomas legais, restando configurado no Brasil um microssistema de processos coletivos.⁷

4 Art. 5º (...) LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

5 Art. 5º (...) XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

6 Art. 8º (...) III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

7 "O CDC, ao alterar a Lei n. 7.347/1985 (LACP), atuou como verdadeiro agente unificador e harmonizador, empregando e adequando à sistemática processual vigente do Código de Processo Civil e da LACP para a defesa de direitos "difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11.09.1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor." (DIDIER; ZANETI, 2019, p. 69)

Por conseguinte, editaram-se códigos setorizados e estatutos, bem como legislações especiais, as quais passaram a complementar e integrar o sistema de proteção dos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Nessa esteira, a possibilidade de integração e utilização conjunta de diversos diplomas legais, destinados a tutelar os direitos emergentes das *sociedades de massa*, contribuiu, com maior efetividade, à proteção de direitos sociais pulverizados, os quais, em razão da ausência de um modelo conceitual e legislativo até então, restavam à deriva de tutela jurisdicional. De fato, é inegável a afeição de um verdadeiro microssistema de proteção de direitos coletivos determinados através da tutela correspondente, haja vista a reunião de vários diplomas legais, sobre os diversos direitos, que se intercomunicam, guarnecidos pelo CDC e a LACP no núcleo, e na periferia a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, dialogando com a Constituição Federal e o novo CPC (DIDIER; ZANETI, 2019. p. 70-76).

Para Teori Zavascki, pode-se identificar no sistema processual brasileiro um subsistema que delinea expressamente os instrumentos de tutela dos direitos coletivos, quais sejam as ações civis públicas e a ação popular, e os meios para tutelar coletivamente os direitos subjetivos individuais, leia-se os interesses individuais homogêneos, as ações civis coletivas, inclusive o mandado de segurança coletivo, em que pese essa distinção terminológica não constitua exigência científica, inclusive não está sendo observada seja pelo legislador seja pela jurisprudência que tem conferido a denominação de ação civil pública para quase todas as ações relativas ao processo coletivo, inclusive aquelas cujo objeto são os direitos individuais homogêneos. Cita a respeito à Lei nº 7.913/1989, que denomina como ação civil pública a "(...) de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários, em que pese seja evidente que os direitos lesados possuem caráter de direito individual homogêneo, citando ainda diversos julgados do STF e do STJ no mesmo sentido. (ZAVASCKI, 2005, p. 45/50)

Ditas leis, conquanto delineiem os principais quadrantes do microssistema, não são e nem têm a pretensão de serem, exaustivas. Há outras legislações que, de forma específica, tratam do processo coletivo, a compor o mesmo microssistema.

Ademais, vige o princípio da não taxatividade ou da atipicidade do processo coletivo, previsto no art. 83 do CDC; no art. 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); no art. 82, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos interesses almejados. Tal princípio apresenta duas vertentes, a primeira determina que não se pode negar o acesso à justiça aos direitos coletivos, uma vez que se trata de conceito aberto. A segunda estabelece que qualquer forma de tutela é admissível para a efetividade ou garantia desses direitos.

Justamente por compor o mesmo microssistema, todas essas legislações se apresentaram ou, pelo menos, devem se apresentar de forma harmônica, inclusive no que diz respeito aos principais institutos processuais.

3. DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NA ACP NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO - DA NÃO PREVISÃO DA OAB COMO PARTE LEGÍTIMA NO CDC E NA LACP

Diferentemente das *class actions* do direito americano, que adotou a legitimação baseada na *adequada representação*, ou seja, legitima-se qualquer integrante do grupo, classe ou categoria interessada para o ajuizamento da ação coletiva, atuando como representante dos demais interessados sem que seja necessária outorga expressa de poderes, mediante a notificação adequada dos membros do grupo (*fair notice*) para fins de opção do *right to opt out*⁸; nas ações civis públicas brasileiras o critério adotado é o da pré-constituição das associações legitimadas, de forma que a legitimidade ativa é atribuída pela lei apenas a determinados órgãos ou entidades (GIDI, 2002).

Os legitimados, para a propositura da ação civil pública, estão disciplinados no art. 5º da Lei nº 7.347/1985 e são eles o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), os órgãos da administração indireta (autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista) e as associações que concomitantemente esteja constituída há pelo menos 01 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

De acordo a doutrina majoritária, a legitimação *ad causam* ordinária e extraordinária são conceitos jurídicos fundamentais processuais, de modo que a legitimação *ad causam* coletiva é extraordinária, por substituição processual, autoriza-se um ente a defender em juízo direito cuja titularidade pertence a um grupo ou uma coletividade, portanto há a necessidade de autorização legal conforme o art. 18 do CPC. De modo que o Brasil adotou uma legitimação plúrima, por serem vários os entes legitimados, e mista, por legitimar entes da sociedade civil e do Estado, sendo três as técnicas de legitimidade mais utilizadas em ações coletivas adotadas no Brasil: a legitimação do particular, por exemplo o cidadão na ação popular por exemplo; a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado como sindicatos, partidos políticos e a legitimação de órgãos do Poder Público, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. A técnica eleita foi a da legitimação por substituição processual autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva. Autônoma porque o legitimado extraordinário tem autorização legal a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito em juízo; exclusiva porque em regra somente o legitimado extraordinário pode ser parte no processo, exceção feita no caso de direitos individuais homogêneos em que o titular pode intervir na condição de assistente litisconsorcial ulterior. Concorrente entre os diversos legitimados extraordinários pela lei de modo que qualquer legitimado pode impetrar a ação coletiva; disjuntiva porque cada colegitimado pode exercê-la independentemente da vontade dos outros legitimados (DIDIER JR; ZANETI JR. 2019. p. 209-218).

Observa-se claramente que o CDC e a LACP não previram a legitimação extraordinária da Ordem dos Advogados do Brasil para o ajuizamento de ações civis públicas.

8 "Os sistemas que tem por base a *class action* adotam a legitimação fundada na "adequada representação". Em outras palavras, significa que os princípios correlatos ao devido processo legal se confirmam, então, pelo controle dessa legitimação pelo juiz. É que as partes "representam" a classe, ou seja, a classe está presente no julgamento. O contraditório e a ampla defesa são garantidos pela notificação adequada dos membros do grupo (*faire notice*) - e, como consequência, são estabelecidos o *right to opt out* - direito de exclusão ou "de saída" do membro da classe - e o *binding effect* - vinculação por extensão subjetiva da coisa julgada. (DIDIER; ZANETI, 2019, p. 214)

Inobstante, esta incoerência sistêmica foi detectada e encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 686/2015 ou PL 2943/2019, de autoria do ex-senador Cássio Cunha Lima do PSDB/PB, que altera a Lei da Ação Civil Pública para estender a legitimidade para propor a ação principal e a respectiva ação cautelar ao Conselho Federal e aos Conselhos Seccionais da OAB. O projeto foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal e foi remetido para análise à Câmara dos Deputados em 16/05/2019. Propõe a alteração do art. 5º da Lei n. 7.437/85, a fim de acrescentar um inciso, com a seguinte redação:

"O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 5º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VI:

"Art. 5º

(...)

VI – o Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil." (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação oficial."

O projeto de lei foi aprovado em 2017, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), relator o senador Antonio Anastasia (PSDB-MG), que apoiou a iniciativa, aditando que o Conselho Federal da OAB foi autorizado pela Constituição a propor ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade perante o STF (Senado Federal, 2015).

O projeto acrescentará a OAB ao rol dos atores que podem propor uma Ação Civil Pública contemplados na Lei 7.347, de 1985, para atuação em questões nacionais por intermédio do Conselho Federal e em questões locais por meio dos respectivos Conselhos Seccionais.

Da mesma forma, o projeto da nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5.139/09), cujo objetivo seria atuar como uma lei geral de processos coletivos, propõe algumas inovações de institutos do processo coletivo, destacando-se o estabelecimento de princípios pertinentes ao processo civil coletivo, a revogação da limitação territorial para a coisa julgada, a determinação de especialização de órgãos judiciais e o alargamento do rol de legitimados ativos, incluindo expressamente a Ordem dos Advogados do Brasil, o qual foi rejeitado pela Câmara dos Deputados e se encontra aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados desde 2010 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL 5139/2009).

Essa preocupação demonstra que não é recente o escopo de se conferir à OAB legitimação extraordinária para a proteção de direitos transindividuais. Já em 1963 o então Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB) atribuía à Ordem a competência de representar os interesses gerais da classe dos advogados e de demais pessoas relacionadas ao exercício da profissão, disposição que foi mantida no Estatuto de 1994. Assim, é certa a sua atuação na defesa da classe dos advogados, visto que são cumpridos os requisitos legais para a representação adequada das associações. Porém, resta dúvida quanto à legitimidade da OAB para a propositura de ações coletivas em defesa de direitos coletivos diversos do grupo de advogados em favor da coletividade de forma geral (COELHO, 2019, p. 253).

Mesmo perante tal lacuna legislativa, é certo que o art. 54 do Estatuto da Advocacia confere expressamente legitimação extraordinária ao Conselho Federal da OAB para o ajuizamento da Ação Civil Pública.⁹

Em julgado de 31.08.2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu que a Ordem dos Advogados do Brasil é constituída na forma de autarquia corporativista. Neste contexto, o Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 595.332-PR, por unanimidade, apreciando o tema 258 da repercussão geral, decidiu que compete à Justiça Federal processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil, quer mediante o Conselho Federal, quer Seccional, figure na relação processual. Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio esclareceu que a OAB, seja sob o ângulo do Conselho Federal ou das Seccionais, não é pessoa jurídica de direito privado. Cabe notar que as finalidades da Ordem dos Advogados do Brasil são fixadas por meio de Lei Federal, o que bem demonstra a sua peculiaridade em relação aos demais entes associativos. Trata-se, segundo o relator, de órgão de classe com disciplina legal, o que lhe permite impor contribuição anual e exercer atividade fiscalizadora, caracterizando-se como *autarquia corporativista*, apta a atrair a competência da Justiça Federal.¹⁰

Portanto, pode-se inferir que a OAB enquanto autarquia corporativista esteja incluída no rol dos legitimados conforme inciso IV do art. 5º da LACP, incluído pela Lei nº 11.448/2007.

Uma vez estabelecidas estas premissas, será necessário auferir a pertinência temática nas ações civis públicas ajuizadas pela OAB.

4. DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA: PANORAMA GERAL

A doutrina diverge no Brasil sobre a questão do controle jurisdicional da legitimação coletiva, há quem entenda que coube ao legislador estabelecer um rol legal taxativo de legitimados, acarretando uma presunção absoluta de que seriam sempre representantes adequados, de maneira que a verificação da adequação se daria *ope legis*. No entanto, há uma forte corrente doutrinária discutindo o papel do Judiciário na análise da representação adequada, devendo relacionar o rol dos legitimados legais com um possível abuso, interesses escusos, eventuais perseguições ou contradições com os interesses em litígio, de modo que além da autorização legal para a legitimação coletiva, o juiz faria o controle in concreto da adequação da legitimidade para aferir motivadamente a presença dos elementos assecuratórios da representativa adequada (CONCENTINO, 2009, p. 439-240).

9 Art. 54. Compete ao Conselho Federal:
(...)

XIV - ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei; (grifo nosso)

10 "A Ordem dos Advogados do Brasil, quer sob o ângulo do Conselho Federal, quer das seccionais, não é associação, pessoa jurídica de direito privado, em relação à qual é vedada a interferência estatal no funcionamento – inciso XVIII do artigo 5º da Carta da República. Consubstancia órgão de classe, com disciplina legal – Lei nº 8.906/1994 –, cabendo-lhe impor contribuição anual e exercer atividade fiscalizadora e censória. É, por isso mesmo, autarquia corporativista, o que atrai, a teor do artigo 109, inciso I, do Diploma Maior, a competência da Justiça Federal para exame de ações – seja qual for a natureza – nas quais integre a relação processual. Surge impróprio estabelecer distinção considerados os demais conselhos existentes." (trecho do voto - grifo nosso)

A Constituição de 1988, promulgada para atender anseios democráticos após 21 anos de ditadura militar, representou colossal contribuição para esse fenômeno de ampliação jurisdicional. Foram muitas as inovações trazidas pela nova Carta, no tocante à legitimidade para ajuizar as ações de controle de constitucionalidade, que na Constituição de 1969 era conferida apenas ao Procurador Geral da República, o que poderia ter como consequência lógica certo bloqueio ao ajuizamento de ações contrárias aos interesses do Poder Executivo, e no art. 103 da nova Constituição, passou a ser conferida a uma série de sujeitos. Há posições respeitáveis contrárias à fixação da pertinência temática, eis que a exigência de demonstração da pertinência temática para certos legitimados importaria em um paradoxo, á que os processos de controle concentrado de constitucionalidade são de índole objetiva, onde se discute eventual ofensa de lei ou ato normativo à Constituição, de maneira que não há propriamente partes e sim participantes, criando-se um requisito subjetivo em um processo objetivo, aditando-se que não há fundamento normativo na pertinência temática tratando-se de opção dos Ministros do STF, limitando-se uma garantia constitucional sem previsão no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional (RANGEL, 2017. p. 101).

No sistema norte americano, o controle da representatividade adequada se verifica no caso concreto e exige requisitos mínimos: o legitimado precisa demonstrar o interesse e a habilidade para representar as pretensões da classe de maneira vigorosa e consistente, que está livre do conflito de interesses, demonstra a motivação adequada para atuar em nome do grupo, capacidade técnica e econômica, credibilidade (DIDIER JR; ZANETI JR. 2019, p. 225-227).

Há três etapas no exame da legitimação para a tutela coletiva. Primeiramente a identificação em abstrato de quem pode conduzir um processo coletivo como autor; em segundo lugar o controle jurisdicional em concreto da adequação dessa legitimação, por último o controle da condução do processo, da própria atuação do legitimado, a ser feito pelo juiz e pelos substituídos, esta última ainda a nova fronteira de investigação da doutrina brasileira no aspecto do devido processo coletivo. Dentre os vários critérios para a verificação da representatividade adequada, um que tem utilidade prática vem a ser o vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso. A jurisprudência do STF nomeou tal vínculo de "pertinência temática" (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019, p. 222-232).

De fato, não há no direito pátrio a previsão de controle de representação adequada pelo juiz, apoiando-se a doutrina na possibilidade criada pelo art. 82, § 1º do CDC, que permite a dispensa judicial do requisito da pré-constituição das associações, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, ou seja, constatada a ausência de representatividade adequada no caso em concreto optou-se pela proteção à efetiva tutela jurisdicional em respeito ao devido processo legal coletivo (COELHO, 2019, p. 252).

A "pertinência temática" vem a ser a congruência indispensável entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato, dentre os legitimados para o controle concentrado de normas (STF, ADI 1157-MC, 2006).

Neste sentido, no âmbito das ações coletivas, cunhou-se duas classes de legitimados para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: a dos legitimados

amplios ou universais, que não se sujeitam ao requisito da pertinência temática e a dos legitimados restritos ou especiais.

Assim, em relação às ações de controle concentrado, os legitimados especiais são os que necessitam demonstrar a pertinência temática, descritos nos incs. IV, V e IX do art. 103, ou seja, as Mesas das Assembleias Legislativas e Câmara Legislativa do Distrito Federal (STF, ADI 1307, 1995, Rel. Min. Francisco Resek; ADI 3.756, rel. min. Ayres Britto, j. 21-6-2007, P, DJ de 19-10-2007) 2007) e Governadores de Estado e Distrito Federal, com a necessidade de que a ação direta de inconstitucionalidade é admissível desde que a lei ou ato impugnado diga respeito à entidade federativa respectiva (STF, ADI 733, 1992, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (ADI 1.507 MC-AgR, rel. min. Carlos Velloso, j. 3-2-1997, P, DJ de 6-6-1997).

Em outra esteira, os legitimados universais estão dispensados de demonstrar qualquer relação institucional com a matéria impugnada, cujo interesse genérico decorre de suas atribuições institucionais. Assim, são considerados legitimados universais o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (ADI 1396, Rel. Min. Marco Aurélio), com fundamento nos incs. I a VI, VII e VIII do art. 103 da Constituição Federal. E o que interessa no presente estudo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (STF, ADI 1396, Rel. Min. Marco Aurélio).

Ocorre que a evolução doutrinária e jurisprudencial tem demonstrado que nem mesmo o Ministério Público poderia ser considerado um legitimado coletivo universal, pois também a sua atuação tem sido mitigada no controle jurisdicional.

Nesta esteira, no tocante à Defensoria Pública, restou assentada sua legitimidade para as ações coletivas quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes, revelando uma "cláusula legal de potencial benefício dos necessitados"¹¹, questão superada ante a decisão do STF no julgamento do RE 733.433, apreciando o Tema 607 da Repercussão Geral.¹²

O Ministério Público é o ente mais atuante no ajuizamento da Ação Civil Pública, apesar de não ter superioridade em relação aos demais entes, função lhe foi outorgada no art. 127, *caput*, da Constituição, enquanto instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e para a proteção dos interesses individuais indisponíveis e homogêneos indisponíveis, referentes a valores imprescindíveis para a sobrevivência e o desenvolvimento da pessoa humana e para o bem da coletividade, cuja tutela se revista de interesse social qualificado, presente a relevância social da tutela, podendo esta ser objetiva ou subjetiva, se derivada da qualidade especial dos sujeitos ou da repercussão massificada da demanda.¹³ Infere-se dos aludidos dispositivos que, no tocante à legitimidade ativa do Ministério

11 Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:(...) VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

12 "A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura da ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas."

13 Este entendimento resta corroborado pela súmula nº 7 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, bem como na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993 - Ionmp) e no art. 6º, inciso IV, alínea "d" da

Público, está autorizado a tutelar a defesa dos interesses transindividuais de qualquer temática, desde que a atuação seja compatível com as suas funções institucionais e constitucionais.¹⁴ Tal entendimento encontra-se sumulado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que tange à defesa de interesses de consumidores.¹⁵

Para a legitimidade das associações, os requisitos da pré-constituição e da pertinência temática estão previstos no art. 82, IV, CDC e art. 5º, V, da LACP, desde que legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear, o que se justifica já que as associações podem alterar seus estatutos objetivando ampliar competências, na medida em que modifiquem sua capacidade de atuação. São entes privados e neste sentido, diferem totalmente da OAB em sua natureza jurídica, portanto eventual analogia construída em prol da pertinência temática é desta feita descabida.

Em relação aos partidos políticos, desde que representados pelo diretório nacional do partido político, o STF entende pela inexigibilidade do vínculo de pertinência temática, desde que possuam representação no Congresso Nacional, podendo, em sede de controle abstrato, arguir a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática (ADI 1.407 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 7-3-1996, P, DJ de 24-11-2000; ADI 779 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 8-10-1992, P, DJ de 11-3-1994).

À luz do artigo 8º, inciso III da Constituição Federal, a atuação dos Sindicatos em sede de Ação coletiva deve ficar limitada aos interesses coletivos e individuais restritos da categoria (STF. ADI 1157-MC. Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 17-11-06).

5. DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA DA OAB

A respeito da necessidade de pertinência temática para a OAB, tal entendimento parece contrariar vários julgados do STF em relação ao ajuizamento de Ação Direta, de tal modo que não se exige da OAB pertinência temática em ação direta, o que por analogia nos leva a crer que o STF também não a exigiria na Ação Civil Pública.

De fato, segundo o art. 103 da Constituição, com redação dada pela EC nº 45/2004, autoriza dentre outros legitimados, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ao ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (inciso VII). A Lei n. 9.868/1999, em seu art. 2º, reproduz *ipsis literis* a relação de legitimados ativos para o controle abstrato do art. 103 da CF. Por seu turno, os legitimados

Lei Complementar nº 75/1993 (LOMPU).

14 No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, tendo em vista o fato de o seguro DPVAT ser obrigatório por lei e com finalidade de proteger as vítimas de acidentes automobilísticos, há interesse social, motivo pelo qual o órgão ministerial tem legitimidade para ajuizar demanda coletiva, restando prejudicada a súmula nº 470 do STJ.

15 Súmula 601 STJ: O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público. (A Corte Especial, na sessão ordinária de 7 de fevereiro de 2018, DJE 25/02/2018)

para a arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista na Lei n. 9.8882/1999 são os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

A corroborar tal assertiva, o inciso I do art. 44 do Estatuto da Advocacia é claro ao atribuir à OAB a tarefa de defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas. Portanto, este dispositivo legal concede à OAB a defesa dos direitos e interesses coletivos. A amplitude da redação deste inciso autoriza a conclusão de que, com relação à OAB, a mitigação da exigência de pertinência temática para a propositura da Ação Civil Pública.

Prova disso é a estatística apresentada por Luiz Werneck Vianna e outros, cujos gráficos relevam que a OAB tem utilizado de modo contínuo o recurso às Adins, marcando presença entre os membros da comunidade dos intérpretes, e que o balanço das Adins contra normas federais ajuizadas pela OAB revela que sua atuação é majoritariamente para o controle do ordenamento jurídico, incluindo um amplo espectro de temas e não se restringindo à defesa dos interesses corporativos (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 75-76).

Ademais, o art. 81, III, do Estatuto do Idoso, conferiu expressamente à OAB de maneira genérica - sem designar qual o órgão competente para tanto -, a legitimidade para ajuizamento de ações cíveis para a defesa de interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos dos idosos.

6. DA LEGITIMIDADE DOS ÓRGÃOS INTERNOS DA OAB

Uma vez analisada a legitimidade universal do Conselho Federal da OAB para o ajuizamento de Ação Civil Pública, convém adentrar ao tema da legitimidade dos Conselhos Seccionais da OAB.

O Estatuto da Advocacia dispõe que são órgãos da OAB: o Conselho Federal, os Conselhos Seccionais, as Subseções e as Caixas de Assistência dos Advogados (art. 45, incisos I a IV). O mesmo artigo, em seu § 3º, concede autonomia às Subseções, enquanto partes autônomas do Conselho Seccional, na forma desta lei e de seu ato constitutivo, mas não lhes atribui personalidade jurídica, sendo esta conferida ao Conselho Federal, aos Conselhos Seccionais e à Caixa de Assistência dos Advogados, conforme os §§ 1º, 2º e 4º.

O Estatuto da OAB atribui legitimidade ativa expressamente ao Conselho Federal para ajuizar ação civil pública (art. 54, inciso XIV). Esta legitimação é extensiva ao Conselho Seccional, por força do art. 57, que dispõe que o Conselho Seccional exerce e observa, no respectivo território, as competências, vedações e funções atribuídas ao Conselho Federal, no que couber e no âmbito de sua competência material e territorial, e as normas gerais estabelecidas na Lei, no Regulamento Geral, no Código de Ética e Disciplina, e nos Provimentos.

O Regulamento Geral da OAB editado pelo Conselho Federal dispõe que compete ao Conselho Seccional, além do previsto nos arts. 57 e 58 do Estatuto da OAB, ajuizar, após deliberação, Ação Civil Pública, para defesa de interesses difusos de caráter geral e coletivos

e individuais homogêneos (art. 105, V, b).¹⁶ Entretanto, essa faculdade não está prevista de forma expressa no rol do art. 61 do Estatuto da OAB, que atribui às Subseções dentre outros, desempenhar as atribuições previstas no Regulamento Geral ou por delegação de competência do Conselho Seccional (inciso IV).

Entende-se que, se o Estatuto da OAB, em seu art. 44, atribui à entidade em dois incisos, no I a defesa de forma abrangente a defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos dentre outros, não parece correto restringir seu direito de propor Ação Civil Pública apenas quando se tratar de defesa dos interesses da advocacia, da qual está encarregada por força do inciso II do mesmo artigo 44.

Dessarte, e a partir do disposto no art. 54, inciso XIV do Estatuto da OAB, o qual complementa a disposição do art. 44 da mesma lei, pode a Ordem dos Advogados do Brasil, na forma de seu Conselho Federal, propor ações diretas de inconstitucionalidade, mandados de segurança coletivos, mandados de injunção, ações civis públicas ou outras ações coletivas, a exemplo de suas Seccionais, nos exatos limites de suas esferas de atuação.

De outro lado, a Colenda Segunda Turma do STJ, no Recurso Especial nº 331.403-RJ, relator o Ministro João Otávio de Noronha, decidiu que as Subseções da OAB, carecendo de personalidade jurídica própria, não possuem legitimidade para propositura de ação coletiva.¹⁷

De acordo com este acórdão, as Subseções, por não possuírem personalidade jurídica, não têm legitimidade para propor ação civil pública, nem mesmo por delegação do Conselho Seccional, decidindo também que, embora o art. 54, XIV, do Estatuto da OAB autorize o Conselho Federal a ajuizar ação civil pública, o faz dentro dos limites de competência da Ordem. Ou seja, o Conselho Federal e a Seccional da OAB teriam legitimidade para propor ação civil pública objetivando garantir direito próprio e de seus associados e não de todos os cidadãos.

Em outro recurso, o STJ, nos Embargos de Divergência nº 1.351.760, relator o Ministro Benedito Gonçalves, decidiu-se que os Conselhos Seccionais da OAB, dotados que são de personalidade jurídica própria, podem ajuizar as ações previstas, inclusive as ações civis públicas de que trata o art. 54, XIV do Estatuto da OAB, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, ou seja, sobre os respectivos territórios dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 45, § 2º).

Inobstante, no julgamento do Recurso Especial nº 135.176/PE, o Relator Ministro Humberto Martins trouxe uma interpretação inovadora a respeito da legitimidade da OAB para a ação civil pública, ao proferir voto no sentido de que os Conselhos Seccionais podem ajuizar as ações previstas no predito art. 54, XIV do Estatuto da Advocacia, inclusive ações civis públicas, em relação a temas de interesse da unidade da federação onde estejam instalados, quais sejam em defesa do patrimônio urbanístico, cultural e histórico local, como se vê da ementa do julgado:

16 Art. 105. Compete ao Conselho Seccional, além do previsto nos arts. 57 e 58 do Estatuto:

V – ajuizar, após deliberação: (...)

b) ação civil pública, para defesa de interesses difusos de caráter geral e coletivos e individuais homogêneos.

17 PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. ILEGITIMIDADE DA SUBSEÇÃO DA OAB. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ART. 54 DA LEI N. 8.906/94. 1. As Subseções da OAB, carecendo de personalidade jurídica própria, não possuem legitimidade para propositura de ação coletiva. 2. A OAB (Conselho Federal e Seccionais) somente possui legitimidade para propor ação civil pública objetivando garantir direito próprio e de seus associados, e não de todos os munícipes. 3. Recurso especial provido. (REsp 331.403/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 29/5/2006)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO SECCIONAL. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO URBANÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO. LIMITAÇÃO POR PERTINÊNCIA TEMÁTICA. INCABÍVEL. LEITURA SISTEMÁTICA DO ART. 54, XIV, COM O ART. 44, I, DA LEI 8.906/94. DEFESA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DO ESTADO DE DIREITO E DA JUSTIÇA SOCIAL. 1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que manteve a sentença que extinguiu, sem apreciação do mérito, uma ação civil pública ajuizada pelo conselho seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em prol da proteção do patrimônio urbanístico, cultural e histórico local; a recorrente alega violação dos arts. 44, 45, § 2º, 54, XIV, e 59, todos da Lei n. 8.906/94. 2. Os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil podem ajuizar as ações previstas – inclusive as ações civis públicas – no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringidos territorialmente pelo art. 45, § 2º, da Lei n. 8.906/84. 3. **A legitimidade ativa – fixada no art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/94 – para propositura de ações civis públicas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, deve ser lida de forma abrangente, em razão das finalidades outorgadas pelo legislador à entidade – que possui caráter peculiar no mundo jurídico – por meio do art. 44, I, da mesma norma; não é possível limitar a atuação da OAB em razão de pertinência temática, uma vez que a ela corresponde a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui todos os direitos coletivos e difusos.** Recurso especial provido. (REsp nº 1.351.760/PE. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 26/11/2013. DJe: 09/12/2013 – grifo nosso)

Este julgado modificou a jurisprudência anterior do próprio STJ, que entendia que as subseções da OAB, carecendo de personalidade jurídica própria, não tinham legitimidade para propositura de ação coletiva; e que as seccionais somente seriam legítimas para propor ação civil pública objetivando garantir direito próprio e de seus associados.

Fundamentou seu voto no fato de que a doutrina contemporânea sobre o Estatuto da OAB tem tratado como possível o ajuizamento das ações civis públicas, na defesa dos interesses coletivos e difusos, sem restrições temáticas, já que sendo de caráter legal a legitimidade coletiva da OAB, não há necessidade de comprovar pertinência temática com suas finalidades, quando ingressar em juízo. Entretanto, ressaltou o ministro, é inegável o paralelismo de atribuições entre o Conselho Federal e os Conselhos Seccionais, previsto no seu art. 59, que deve ser lido com temperamento.¹⁸ Um Conselho Seccional somente pode ajuizar as ações previstas no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringida pelo artigo 45, § 2º, concluiu o relator. Esse parágrafo estabelece que os conselhos seccionais têm personalidade jurídica própria e jurisdição sobre os respectivos territórios dos Estados ou do Distrito Federal.¹⁹ Ademais, entendeu que, assim como ocorre com as

18 Art. 59. A diretoria do Conselho Seccional tem composição idêntica e atribuições equivalentes às do Conselho Federal, na forma do regimento interno daquele.

19 Art. 45. São órgãos da OAB:

I - o Conselho Federal;

II - os Conselhos Seccionais;

III - as Subseções;

IV - as Caixas de Assistência dos Advogados.

§ 1º O Conselho Federal, dotado de personalidade jurídica própria, com sede na capital da República, é o órgão supremo da OAB.

§ 2º Os Conselhos Seccionais, dotados de personalidade jurídica própria, têm jurisdição sobre os respectivos territórios dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios.

ações diretas de inconstitucionalidade, não é cabível a limitação do ajuizamento de Ações Civis Públicas pela OAB em razão de pertinência temática.

Em seu voto, o Ministro traz à baila o pensamento de Luiz Werneck Vianna, em obra sobre as relações entre direito e política, quando defende que a competência ao ajuizamento de ações civis públicas pela Ordem dos Advogados do Brasil é resultado do adensamento da cobertura da vida social pelo direito, pela ampliação da proteção da sociedade, em virtude da Constituição Federal de 1988, de tal forma que a expansão das ações civis públicas, sem o requisito da limitação temática, é uma consequência lógica do paralelismo da competência para o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade pela OAB.²⁰

Entenderam ainda os Ministros que a legitimidade ativa conferida no inciso XIV do art. 54 do Estatuto, para propositura de ações civis públicas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos Conselhos Seccionais, deve ser lida de forma abrangente, em razão das finalidades outorgadas pelo legislador à entidade, que possui caráter peculiar no mundo jurídico, conforme disposto no inciso I do art. 44.

Cogitaram não ser possível limitar a atuação da OAB em razão de pertinência temática, uma vez que a ela corresponde a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui todos os direitos coletivos e difusos.

Essa discussão foi igualmente objeto do Recurso Especial nº 1.423.825-CE, julgado pela Colenda Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. O recurso foi interposto em ação civil pública ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção Ceará em face de diversos bancos, objetivando indenização a título de danos morais coletivos sob a alegação de aumento do tempo de espera dos consumidores nas filas bancárias em função do sistema de atendimento com a redução do quadro de caixas e agências objetivando a maximização dos lucros. No julgamento, o STJ reiterou a legitimidade ativa da OAB para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores a título coletivo, com reconhecimento de aptidão genérica da instituição para atuar em prol dos interesses supraindividuais, não se sujeitando à pertinência temática quanto à jurisdição coletiva, consoante se vê da ementa:

(...) 4. A Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, possui legitimidade ativa para ajuizar Ação Civil Pública para a defesa dos consumidores a título coletivo.

5. Em razão de sua finalidade constitucional específica, da relevância dos bens jurídicos tutelados e do manifesto viés protetivo de interesse social, a legitimidade ativa da OAB não está sujeita à exigência da pertinência temática no tocante à jurisdição coletiva, devendo lhe ser reconhecida aptidão genérica para atuar em prol desses interesses supraindividuais.

6. No entanto, "os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil podem ajuizar as ações previstas - inclusive as ações civis públicas - no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringidos territorialmente pelo art. 45, § 2º, da Lei n.8.906/84" (REsp 1351760/PE, Rel.

20 Segue trecho do voto: "Como bem expõe Luiz Werneck Vianna, em obra recente sobre as relações entre direito e política, não é possível ler a competência ao ajuizamento de ações civis públicas pela Ordem dos Advogados do Brasil, senão como pelo adensamento da cobertura da vida social pelo direito. Ou seja, pela ampliação da proteção da sociedade, em atenção aos ditames da Constituição Federal de 1988."

Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 9/12/2013)

7. No presente caso, como o recurso de apelação da OAB não foi conhecido, os autos devem retornar ao Tribunal de origem para a reapreciação da causa, dando-se por superada a tese da ilegitimidade do autor.

8. Recurso especial parcialmente provido. (EDcl nos EREsp 1423825 - 2013/0403040-3 de 20/04/2018. Min. Luís Felipe Salomão – grifo nosso)

No mesmo sentido, em julgamento referente a ação civil pública perante a Excelsa Corte, a Ministra Rosa Weber admitiu a legitimidade ativa da OAB para o ajuizamento de ação civil pública, tendo em consideração as finalidades institucionais previstas em seu Estatuto (art. 44, I). Aditou a Ministra que o Conselho Federal da OAB e suas Seccionais, estas nos limites territoriais das respectivas atuações, não estão limitados à comprovação de pertinência temática para fins de ajuizamento de ação civil pública, tendo em conta a amplitude das finalidades institucionais elencadas no Estatuto (ACO 2059/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Julgada em 25/09/2015. DJe: 29/09/2015).

Considerando conforme visto, que a OAB é autarquia corporativa, prestadora de serviço público, e que compete à Subseção, nos limites de sua circunscrição, dar cumprimento efetivo às finalidades da OAB (art. 61, inciso I do Estatuto), é preciso que a Subseção esteja munida de instrumentos aptos ao cumprimento das funções que lhe foram confiadas, dentre os quais destaca-se a legitimidade ativa para a propositura de ações coletivas.

Desta forma, acabou-se consagrando o já disposto no art. 105 da Lei nº 8.906/94, em atenção à finalidade institucional da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual não se limita à regulamentação da classe dos Advogados, porquanto lhe cabe também zelar pela Constituição Federal e pelo Estado Democrático de Direito, em cuja esfera encontram-se inexoravelmente os direitos fundamentais coletivos *lato sensu*, cuja defesa em juízo pode se efetivar, dentre outros meios, por meio do ajuizamento da Ação Civil Pública, superando o óbice da taxatividade do rol de legitimados do art. 5º da LACP, restando patente a legitimidade da OAB para o ajuizamento de ação civil pública em defesa dos interesses difusos de caráter geral, coletivos e individuais homogêneos, sem a comprovação da pertinência temática específica, porquanto já presumida ante a finalidade constitucionalmente prevista para tal instituição (COELHO, 2019, p. 255).

Neste sentido, sufraga-se o entendimento de que a pertinência temática das ações civis públicas ajuizadas pela OAB, bem como por todos os demais colegitimados, devem se ater à doutrina postulada por Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr acima citada, no tocante à representação adequada, no tocante ao preenchimento das três etapas no exame da legitimação para a tutela coletiva: a identificação em abstrato de quem pode conduzir um processo coletivo como autor; em segundo lugar o controle jurisdicional em concreto da adequação dessa legitimação, por último o controle da condução do processo, da própria atuação do legitimado, a ser feito pelo juiz e pelos substituídos.

Outrossim, entende-se também que, independentemente da personalidade jurídica, é imperativo reconhecer a personalidade judiciária das Subseções da OAB para garantir a efetividade de sua missão institucional de proteção da Constituição e da ordem jurídico no Estado Democrático de Direito (CUSTODIO, 2015).

Mazzili explicita que a Constituição e diversas leis vêm alargando a legitimação ativa em defesa de interesses transindividuais, inclusive permitindo a sua defesa por entidades e órgãos ainda que sem personalidade jurídica, de forma que órgãos sem personalidade jurídica possam ter atribuída em alguns casos personalidade judiciária.²¹

Essa necessidade é tanto mais imperiosa quanto menor for a expressão da Subseção, às vezes circunscrevendo municípios do interior do Estado, às vezes bairros periféricos, pois sem a prerrogativa de recorrerem autonomamente à jurisdição coletiva, ficam integralmente à mercê da representação do Conselho Seccional ou do Ministério Público.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ação Civil Pública busca proteger os interesses da coletividade em caso de danos ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Nela, podem figurar como réus não apenas a administração pública, mas qualquer pessoa física ou jurídica que cause danos a coletividade.

O artigo 54, XIV, do Estatuto da Advocacia outorgou o manejo de várias ações especiais ao Conselho Federal da OAB, órgão dotado de personalidade jurídica própria com sede na capital da República, dentre as quais a Ação Civil Pública, sem prever tal prerrogativa aos conselhos seccionais.

Conforme dispõe o art. 133 da Constituição o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. A importância da Advocacia foi atestada pela própria história democrática brasileira, que encontrou na Ordem dos Advogados do Brasil um dos mais notáveis pilares na conquista e na consolidação do Estado Democrático de Direito. Seu papel, que hoje é definido pelo Estatuto da Advocacia, destaca-se pelas responsabilidades que não se vê imputadas a nenhuma outra entidade de classe profissional regulamentada.

Há opiniões respeitáveis de que a OAB é uma entidade de classe atinente apenas aos advogados nela inscritos. Em verdade, a OAB vai além de ser órgão de representação, defesa, seleção, disciplina dos advogados, ela é entidade destinada, preponderantemente, à defesa da Constituição, da Ordem Jurídica, do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos, da Justiça Social, além de pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da Justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, de maneira absolutamente independente.

A OAB não mantém com órgão da administração pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico. A entidade tem finalidades institucionais de proteção da supremacia do texto constitucional e da ordem jurídico-democrática como um todo, indispensáveis para a defesa

21 “Embora alguns órgãos públicos possam não ter personalidade jurídica (o próprio Ministério Público não a tem), poderão, em alguns casos, ter personalidade judiciária, como ocorre com as mesas das câmaras legislativas ou com os órgãos estatais de defesa do meio ambiente ou do consumidor (como os Procons), nos Municípios e Estados em que eles sejam meros serviços públicos despersonalizados etc.

Também os condomínios de edifícios de apartamento podem defender em juízo interesses coletivos dos condôminos, desde que tenham autorização em assembleia para isso.” (MAZZILI, 2007, P. 315)

direta dos interesses de toda a sociedade e na fiscalização dos atos do poder público, afirmação da cidadania e da ordem constitucional de valores em que se consubstanciam os direitos fundamentais que gravitam sobre a ideia de dignidade humana.

Ou seja, conforme previsto no Estatuto da Advocacia, a função mais importante da OAB não está em seu papel corporativo, mas sim, em seu papel de instituição-guardião da ordem constitucional e democrática, de representação da sociedade civil e de defensora da cidadania e dos direitos humanos.

Demonstrou-se também que a legitimidade universal da Ordem no âmbito da ACP decorre do reconhecimento da prescindibilidade de pertinência temática da OAB para ingressar em juízo em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o que foi reconhecido pela 2ª Turma do STJ no Recurso Especial nº 1.351.760/PE. Desta feita, declarou-se que o Conselho Seccional da OAB detém legitimidade ativa para propor ação civil pública, resultante do paralelismo de atribuições inscrito no art. 59 do Estatuto da Advocacia, desde que as questões invocadas sejam concernentes a sua respectiva esfera local.

E, derradeiramente, entendemos que as Subseções da OAB têm também legitimidade ativa para o ajuizamento de Ação Civil Pública, tenham ou não personalidade jurídica.

Por um lado, é inequívoco que, uma vez criado o Conselho da Subseção, as Subseções automaticamente adquirem personalidade jurídica própria, nos mesmos moldes do Conselho Seccional, respeitados a área territorial e os limites de competência e autonomia. Por outro lado, na ausência de Conselho da Subseção, acredita-se que, independentemente da personalidade jurídica, é imperativo reconhecer a personalidade judiciária das Subseções da OAB para garantir a efetividade de sua missão institucional de proteção da sociedade brasileira, em âmbito local.

Com efeito, a OAB deve se manter fiel ao seu papel constitucional de porta-voz da sociedade; e aí reside toda a sua autoridade jurídica, moral e ética que faz desta instituição uma das entidades mais respeitadas pela sociedade, sendo verdadeiro refúgio para os que precisam de justiça social.

A proteção da Constituição e da ordem democrática não consiste em mera faculdade da OAB, mas sim em dever constitucionalmente atribuído. Por tal razão, faz-se necessário atribuir remédios para tal atuação também às Seccionais ou Subseções da OAB.

Reconhecendo esta realidade, o Conselho Federal da OAB foi autorizado pelo constituinte originário, como legitimado extraordinário, a propor ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, para proteger a ordem jurídica. Seria um contrassenso, portanto, admitir que a OAB, relativamente às ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade detenha legitimidade extraordinária para a tutela dos interesses transindividuais e, para outras, como é a ação civil pública, fique à míngua das questões mais relevantes da tutela dos direitos coletivos.

Aliás, além da incoerência sistêmica apontada, o que já seria mais do que suficiente para justificar o entendimento ora esposado, também não é razoável que a OAB fique à margem da tutela dos direitos coletivos, inserido pela própria Constituição da República como direito fundamental e, por isso, nos termos do § 1º do art. 5º, com aplicação imediata.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.
- Brasil. *Código Processual Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 maio 2020.
- BRASIL. Lei nº 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* (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 26 ago. 2019.
- BRASIL. Lei nº 4.717/1965, de 29 de junho de 1965. *Regula a Ação Popular*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 26 ago. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989. *Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7913.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 5139/2009*. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Apresentação 29/04/2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- CONCENTINO, Luciana de Castro. Coisa julgada nas ações coletivas. *Meritum* – Belo Horizonte, v. 4, nº 1, jan./jun. 2009.
- COELHO, Fernanda Rosa. *A legitimidade ativa da ordem dos advogados do Brasil para a ação civil pública*. Coletânea do III Seminário Internacional Tutelas à Efetivação dos Direitos Indisponíveis. Porto Alegre: FMP, 2019.
- CUSTÓDIO, Vinícius Monte. A legitimidade ativa das subseções da Ordem dos Advogados do Brasil para a proposição de ação civil pública. In *Revista de Direito da ESA Barra*. Vol: 5. Rio de Janeiro – Subseção Barra da Tijuca. 2015.
- DIDIER Jr, Fredie & ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 13 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.
- GERVASONI, Tássia; GERVASONI, Tamiris Alessandra. Jurisdição constitucional e controle de políticas públicas: uma realidade necessária para a concretização dos direitos fundamentais. *Revista Meritum*. Vol. 9, Nº 02 - julho/dezembro 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.46560/meritum.v9i2.3067>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- Gidi, Antonio, A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta (Adequação da Representação em Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta) (13 de dezembro de 2012). *Revista de Processo*, v. 108, No. 61, 2002; U do Houston Law Center No. 2007-A-41. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1016416>. Acesso em 27 jul. 2020.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- JUNIOR, Eloy Pereira Lemos; LEITE, Cristina Atayde. A garantia fundamental irrestrita do direito de acesso à Justiça em face da pertinência temática no controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Cidadania e Acesso à Justiça*, v. 3, n. 1, 2017.
- Mazzilli, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 3ª série, 1984.

RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. Crítica à Pertinência Temática. *Revista da EMERJ* - V. 19 - n. 4 – 2017, p. 101-124. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista19_n4/revista19_n4_101.pdf. Acesso em: 03 set. 2020.

Senado Federal. PL 2943/2019. Data 2015. *Apelido [PLS 686/2015]*. Altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), para estender a legitimidade para a propositura de ação civil pública ao Conselho Federal e aos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2019-05-16;2943>. Acesso em: 27 jul. 2020.

STJ. *REsp 1.351.760 PE* (2012/0229361-3). 2ª Turma. Rel. Min. Humberto Martins, v.u., j. 26/11/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201202293613&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 01 set. 2019.

STJ. *REsp nº 1.423.825 - CE* (2013/0403040-3). Rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 07/11/2017. DJe 18/12/2017. RSTJ vol. 249 p. 935. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201304030403&dt_publicacao=18/12/2017. Acesso em: 29 jul. 2020.

STJ. *REsp 331.403/RJ*. Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 07/03/2006, DJ 29/05/2006 p. 207. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200100808265&dt_publicacao=29/05/2006. Acesso em: 29 jul. 2020.

STF. *ACO 2059/DF*. Rel. Min. Rosa Weber. Julgada em 25/09/2015. DJe: 29/09/2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=195&dataPublicacaoDj=30/09/2015&incidente=4335865&codCapitulo=6&numMateria=141&codMateria=2>. Acesso em: 29 jul. 2020.

STF. Plenário. *Repercussão Geral 258*. Acórdão no Recurso Extraordinário n. 595.332 – PR. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 31-08-2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312054331&ext=.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

STF. Plenário. *ADI 3.756*. Relator Ministro Ayres Britto, j. 21-6-2007, DJ de 19-10-2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2388039>. Acesso em: 26 jul. 2020.

stf. Plenário. *ADI 1307/DF*. Processo 0001628-68.1995.0.01.0000. Rel. Min. Francisco Rezek. v.u. J. 19-12-1995. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1619793>. Acesso em: 29 jul. 2020.

STF. Plenário. *ADI 733-MG*, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 17/06/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-06-1995 PP-18213 EMENT VOL-01791-02 PP-00238. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1537760>. Acesso em: 29 jul. 2020.

STF. Plenário. *ADI 1396-SC*. Processo 0000103-17.1996.0.01.0000. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 08-06-1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1632220>. Acesso em 29 jul. 2020.

STF. Plenário. *ADI 1157-MC*. Rel. Min. Celso de Mello, j. 1º-12-94, Plenário, DJ de 17-11-06. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391350>. Acesso em 17 maio 2020.

STF, *ADI 1.407 MC*, Rel. Min. Celso de Mello, j. 7-3-1996, P, DJ de 24-11-2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1633066>. Acesso em: 29 jul. 2020.

STF, *ADI 779 AgR*, Rel. Min. Celso de Mello, j. 8-10-1992, P, DJ de 11-3-1994. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1546488>. Acesso em: 29 jul. 2020.

STF. *ADI 1.507 MC-AgR*, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 3-2-1997, P, DJ de 6-6-1997. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1651775>. Acesso em: 29 jul. 2020.

STF. *RE 733.433-PR*. Tema 607 da Repercussão Geral. Rel. Min. Dias Toffoli. Legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de interesses difusos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4362356&numeroProcesso=733433&classeProcesso=RE&numeroTema=607>. Acesso em: 27 jul. 2020.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. In *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2. Nov. 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2005. 290 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

Recebido/Received: 07.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

O ESTADO DE EXCEÇÃO E A REVISÃO JUDICIAL: A ATUAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE STATE OF EXCEPTION AND THE JUDICIAL REVIEW:
THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN THE
PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

DEOMAR DA ASSENÇÃO AROUCHE JUNIOR¹

DELMO MATTOS DA SILVA²

ROBERTO CARVALHO VELOSO³

RESUMO

A utilização de medidas excepcionais, por parte de governos, sempre foi objeto de controvérsia em razão de sua legitimidade. À vista disso, este artigo tem como objetivo analisar tal tema, adotando como referencial teórico os estudos de Giorgio Agamben. Discorre-se, inicialmente, sobre as funções e características do novo constitucionalismo desenvolvido no período pós-guerra e o reconhecimento da força normativa da Constituição. Após isso, por meio do método dedutivo, partindo das principais premissas colocadas pelos teóricos estudados, analisam-se situações de exceção ocorridas nos Estados Unidos e na Colômbia, destacando as justificativas e medidas de execução. A escolha por esses países ocorreu em virtude de terem vivenciado um ciclo completo com a decretação e execução de medidas excepcionais, até o questionamento perante as respectivas cortes constitucionais acerca da constitucionalidade dessas medidas. Diante disso, analisa-se como as cortes constitucionais atuaram frente a esses casos, principalmente no tocante à constitucionalidade da própria decretação do estado de exceção, bem como das medidas executórias. Por fim, analisa-se o teor dessas decisões, especialmente o tratamento dado a casos que resultaram em restrições a direitos fundamentais básicos.

Palavras-chave: Estado de exceção. Jurisdição constitucional. Controle de constitucionalidade. Direitos fundamentais.

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2005). Especialização em Direito Constitucional pelo Uniceuma (2008). Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Juiz Federal Substituto. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8021-4038>. E-mail: deomar_arouchejr@hotmail.com.

2 Doutor em Filosofia pela UFRJ. Professor colaborador no Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFMA. Pesquisador FAPEMA/CNPq. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9074-2192>. E-mail: delmomattos@hotmail.com.

3 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2008), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2002), Coordenador do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA, Juiz Federal, Ex-presidente da Ajufe. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7477-6675>. E-mail: velosorc@uol.com.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

AROUCHE JÚNIOR, Deomar da Assenção; SILVA, Delmo Mattos da; VELOSO, Roberto Carvalho. *O estado de exceção e a revisão judicial: a atuação das Cortes Constitucionais na proteção dos direitos fundamentais*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 132-150, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8137>.

ABSTRACT

The use of exceptional measures by governments has always been the subject of controversy due to its legitimacy. In view of this, this article aims to analyze this theme, using as a theoretical reference the studies of Giorgio Agamben. It discusses initially the functions and characteristics of the new constitutionalism developed in the post-war period and the recognition of the normative force of the Constitution. After that, using the deductive method, starting from the main premises made by the studied theorists, it is analyzed situations of exception that occurred in the United States and Colombia, with an emphasis on justifications and measures of execution. These countries were chosen because they experienced a complete cycle with the enactment and execution of exceptional measures, until questioning before the respective constitutional courts about the constitutionality of those measures. Therefore, it is analyzed how the Constitutional Courts acted in these cases, especially with regard to the constitutionality of the enactment of the state of exception as well as of the enforcement measures. Finally, it is analyzed the content of these decisions, especially the treatment given to cases that resulted in restrictions on basic fundamental rights.

Keywords: State of exception. Constitutional jurisdiction. Judicial review. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo analisar as principais concepções teóricas acerca do estado de exceção, bem como sua aplicação em situações reais da história recente. Para tanto, investiga-se a utilização de medidas excepcionais nos Estados Unidos e na Colômbia com foco na análise de decisões proferidas pelas cortes constitucionais desses países no exercício de controle de constitucionalidade. Nesse contexto, por meio do método dedutivo, analisa-se a forma de atuação do Poder Judiciário desses países, frente a situações excepcionais vivenciadas em momentos de crise nas últimas décadas.

Como ponto de partida, discorre-se acerca das novas funções atribuídas às cortes constitucionais no papel de interpretar e de aplicar as normas constitucionais por meio dos modernos métodos de interpretação constitucional. Verificou-se a atuação das cortes à luz do dever de zelar pela manutenção da ordem democrática fundada nos valores constitucionais garantidores dos direitos fundamentais.

Na sequência, utilizando como referencial teórico os estudos de Giorgio Agamben sobre o Estado de Exceção, discorre-se sobre as principais características do instituto, bem como a problemática relacionada à legitimidade da sua utilização. Nesse ponto, enfatizam-se as críticas do autor italiano especialmente no que diz respeito à subjetividade na determinação das razões invocadas para a decretação de medidas de exceção.

Entre as várias críticas que faz ao instituto, Agamben recorda que as medidas de exceção geralmente consistem na atribuição de poderes excepcionais ao governante, o que implica o enfraquecimento dos pilares democráticos. O autor enfatiza que a medida resulta na restrição a direitos fundamentais e no cerceamento da atuação dos demais poderes. Aduz, além disso, que a justificativa para a adoção de tais medidas acaba por não ter nenhum tipo de controle ou verificação, dependendo apenas da vontade do governante.

O autor justifica as suas afirmações com vários exemplos em que medidas excepcionais, que deveriam ser transitórias, acabaram por se tornar definitivas, ensejando a deterioração do Estado Democrático de Direito. Em contrapartida, há corrente que entende a necessidade

de aplicar medidas excepcionais restritivas como uma forma de proteção às instituições democráticas em situações de instabilidade.

A opção por analisar os casos da Colômbia e dos Estados Unidos ocorreu por serem países democráticos que utilizaram medidas de exceção, com severas restrições a direitos fundamentais, sob a alegação de enfrentarem ameaças à segurança nacional. Diante disso, tendo em vista que medidas de exceção ainda são eventualmente utilizadas e que, em alguns casos, estão, inclusive, previstas nas constituições, busca-se analisar, neste artigo, a forma como essas cortes enfrentaram as questões relacionadas ao tema. Ante esse cenário, analisam-se os resultados de ações que questionavam a constitucionalidade das medidas executórias decorrentes da situação excepcional vivenciada naquele momento.

Verificou-se que, em maior ou menor extensão, tanto a corte colombiana como a norte-americana consideraram constitucionais algumas medidas restritivas de direitos fundamentais e outras não. De um modo geral, foi possível constatar que, embora ambas admitam medidas dessa natureza, ressaltaram de forma clara que nenhum ato de governo praticado na vigência de uma situação excepcional está imune ao controle de constitucionalidade do Poder Judiciário.

Ao final, realiza-se, no presente artigo, uma breve análise de medidas de exceção decretadas em alguns países por conta da pandemia da *Coronavirus Disease 2019* (Covid-19) e suas eventuais consequências para o Estado Democrático de Direito.

2. A INTERPRETAÇÃO E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Tradicionalmente, hermenêutica significa teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo principal objetivo é descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo ainda em seu sentido tradicional. Comporta, também, uma dimensão prescritiva, na medida em que, por meio desse processo descritivo, procura estabelecer um conjunto mais ou menos coerente de regras e métodos para se interpretar e compreender corretamente os mais diversos textos legais (STRECK, 2014).

Nesse sentido, de acordo com Streck (2014, p. 345), a norma constitucional "passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico". Entretanto, a Constituição não deve ser entendida como um ente disperso no sistema jurídico, tampouco pode ser considerada substitutiva da atividade interpretativa. A Constituição seria, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social direcionando para a realização da ordem política e social de uma comunidade. A partir disso, há de se ter consciência de que os princípios são deontológicos e governam a Constituição, o regime e a ordem jurídica. Não seria apenas a lei, "mas o direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência" (STRECK, 2014, p. 345).

Até o início de século XX, mais especificamente até o início da Segunda Guerra Mundial, prevalecia uma cultura baseada na lei aprovada pelo parlamento como fonte principal, relegando às constituições um papel meramente programático, que deveria inspirar a atuação do

legislador. Desse modo, a norma constitucional não tinha reconhecida uma força normativa que pudesse ser invocada perante o Poder Judiciário. Os direitos fundamentais, para terem validade, deveriam ser protegidos por lei, o que muitas vezes fazia com que predominasse o arbítrio das maiorias instaladas no parlamento (SARMENTO, 2009).

Tal quadro transformou-se substancialmente após esse período, pois a percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorreu com o nazismo, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo potentes mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do legislador (SARMENTO, 2009).

Assim, a reconstitucionalização da Europa, ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A principal referência no desenvolvimento do novo direito é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951. A partir desse momento, iniciou-se uma incessante produção científica e doutrinária acerca do Direito Constitucional nos países de tradição romano-germânica. No Brasil, esse processo intensificou-se com a aprovação da Constituição de 1988, garantindo a consolidação de um Estado Democrático de Direito com relativa estabilidade (BARROSO, 2005).

Segundo Hesse (1991), a Constituição Jurídica está condicionada pela realidade histórica e não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo — e isto tem que ser levado em conta para satisfazer a sua pretensão de eficácia. Ela mesma converte-se em força normativa que influi e determina a realidade política e social. Constata-se os limites da força normativa quando há uma mudança nos fatores do presente.

Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. (HESSE, 1991, p. 25).

Em se tratando de uma norma que cria o estado, suas instituições e protege direitos, a Constituição deve ter um aparato de proteção contra eventuais tentativas de enfraquecimento. Nesse caso, o autor destaca o fato de que a própria força normativa pode vir a ser testada em momento de excepcionalidade, em que venha a se argumentar pela necessidade de relativizar seus comandos por alguma razão. Nesses períodos, a Constituição pode vir a ser testada, e é nessas ocasiões que a sua força deve ser afirmada.

Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fácticas. (HESSE, 1991, p. 25).

Na esteira do período de fortalecimento da Constituição no período pós-guerra, consolidou-se o denominado Neoconstitucionalismo, caracterizado, principalmente, pelo reco-

nhecimento da força normativa dos princípios, pela rejeição ao formalismo, pelo recurso a métodos abertos de interpretação, pela constitucionalização do direito e pela irradiação das normas de direitos fundamentais para todos os ramos (SARMENTO, 2009).

Outra característica marcante é o foco no Poder Judiciário, em que o juiz é concebido como um guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais. Dessa maneira, os membros do Poder Judiciário assumiriam um protagonismo no que se refere à interpretação das normas constitucionais, em detrimento dos demais poderes, fato que acaba por se tornar controvertido em razão dos limites dessa atividade interpretadora e da possibilidade do exercício de um ativismo judicial (SARMENTO, 2009).

A origem do ativismo judicial remonta ao período da grande crise de 1929, quando a Suprema Corte norte-americana foi obrigada a decidir diversos casos envolvendo o *New Deal*. A partir da década de 1950, a Suprema Corte passou a produzir jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (BARROSO, 2012). Após isso, a Suprema Corte americana, assumiu um papel de protetora dos direitos fundamentais, sobretudo de grupos minoritários, quantitativamente ou representativamente, como as minorias raciais.

Assim, a noção de ativismo judicial está ligada a uma participação mais ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com uma maior atuação no espaço dos demais poderes. A postura ativista manifesta-se, por exemplo, por meio da aplicação direta da Constituição a situações não contempladas expressamente em seu texto e sem manifestação do legislador, declaração de inconstitucionalidade em situação em que ela não seja ostensiva e imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público (BARROSO, 2012).

Ao proteger esses interesses da minoria, o Judiciário exerce a sua função contramajoritária. De tal forma, em certas situações, determinado grupo de indivíduos ou, até mesmo, toda a coletividade pode ficar à mercê de sofrer restrições na fruição de seus direitos mais básicos, o que, muitas vezes, ocorre sob um manto de legalidade.

3. O ESTADO DE EXCEÇÃO

O estado de exceção é normalmente identificado como um instituto relacionado a momentos transitórios de alteração da ordem institucional estabelecida por um Estado de Direito. Geralmente, é associado a medidas que permitem ao Estado agir de forma a corrigir uma ameaça ou violação à ordem constitucional.

François Saint-Bonnet alude a duas acepções do vocábulo "exceção". A primeira, denominada por ele de clássica, consistiria no momento durante o qual regras jurídicas previstas para período de "calma" são transgredidas ou suspensas para o enfrentamento de um determinado perigo. Já a segunda, que teria por grande representante Giorgio Agamben, apontaria para uma modificação profunda de certos sistemas jurídicos diante de perigos duráveis, como o terrorismo. Essa última, conforme Saint-Bonnet, não deve perdurar, pois a ideia de um "estado de exceção permanente" constituiria uma contradição, na medida em que exceções se tornariam regras (VALIM, 2018).

Nesse contexto, no Direito Constitucional, sob os mais variados rótulos, "estado de urgência", "estado de emergência", "estado de sítio", "ditadura constitucional" e "governo constitucional de crise", a exceção é entendida como feixe de prerrogativas de que se vale o Poder Executivo para enfrentar situações anômalas, como uma grave crise institucional ou calamidades de grandes proporções. Destaca-se, ainda, a definição sob o prisma filosófico em que se encontra a clássica afirmação de Carl Schmitt, segunda a qual "soberano é quem decide sobre o estado de exceção" (VALIM, 2018, p. 21). O soberano seria o único capaz de tomar a última decisão, que tem por objeto a situação de exceção.

Carl Schmitt, por sua vez, foi um dos principais teóricos do estado de exceção. Sua teoria começou a ser desenvolvida nas obras *A ditadura e Teologia política*. Demonstrando fascínio pelo tema, o autor chega a afirmar que a exceção é mais interessante do que o caso normal, que este nada prova e aquela comprova tudo, a qual não somente confirma a regra, como também esta vive de exceção (ALMEIDA; TORREÃO, 2019).

Para Schmitt, a exceção desempenha elemento central, pois ele entende que somente diante da excepcionalidade pode-se vislumbrar quem é o soberano, uma vez que é justamente este quem decide sobre o estado ou a situação de exceção. Ele faz a defesa de uma decisão que provém da excepcionalidade, não da normatividade, atacando, assim, o limite da atuação do Estado dado pela norma jurídica válida. Uma das justificativas dele era que nenhuma validade normativa poderia se fazer por si mesma e que a validade seria insustentável quando se está diante de uma situação de exceção. Em tal situação, pode-se perceber que a norma jurídica advém de uma ordem normativa concreta que se apresentaria nas situações limite (ALVES; OLIVEIRA, 2012).

Nesse contexto, opinião generalizada entende que o estado de exceção constitui "um ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político" (AGAMBEN, 2004, p. 11). Outro pensamento é o de que, se são frutos dos períodos de crise política, devem ser compreendidos nessa seara, e não na jurídica. As medidas excepcionais encontrar-se-iam na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como forma legal daquilo que não pode ter forma legal (AGAMBEN, 2004).

Entre os elementos que tornam difícil uma definição de estado de exceção, encontra-se a sua estreita relação com momentos de ruptura institucional, tais como guerras civis, insurreições e resistências. Nesse sentido, cabe explicitar que, logo após assumir o poder, Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, decreto para a "proteção do povo e do Estado", que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro *Reich* pode ser considerado um estado de exceção, o qual durou 12 anos (AGAMBEN, 2004).

O Totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só de adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação de um estado de emergência permanente tornou-se prática comum nos Estados contemporâneos, inclusive nos denominados democráticos (AGAMBEN, 2004).

Convém destacar que existem diversos estados de exceção, ou seja, parcelas de poder que lícita ou ilícitamente escapam dos limites do estado de direito (BASILIEN-GAINCHE apud VALIM, 2018). Diferentemente do que acontece com um movimento revolucionário, com a exceção não se pretende instaurar declaradamente uma nova ordem constitucional, ela corrói de maneira sub-reptícia o Estado Democrático de Direito. Embora existam aqueles que negam a juridicidade da exceção, qualificando-a como uma realidade meramente política, ao que tudo indica ela pertence ao direito, ressaltando que a norma que a determina jamais suspenderá a si própria (VALIM, 2018).

A respeito dessa questão, Agamben afirma que há uma divisão entre os que procuram inserir o estado de exceção no âmbito do ordenamento jurídico e aqueles que o consideram exterior a esse ordenamento, como um fenômeno essencialmente político. No tocante a isso, assevera que:

Entre os primeiros, alguns — como Santi Romano, Hauriou, Mortati — concebem o estado de exceção como parte integrante do direito positivo, pois a necessidade que o funda age como fonte autônoma de direito; outros — como Hoerni, Ranelletti, Rossiter — entendem-no como um direito subjetivo (natural ou constitucional) do Estado à sua própria conservação. Os segundos — entre os quais estão Biscaretti, Balladore-Pallieri, Carré de Malberg — consideram, ao contrário, o estado de exceção e a necessidade que o funda como elementos de fato substancialmente extrajurídicos, ainda que possam, eventualmente, ter consequências no âmbito do direito. (AGAMBEN, 2004, p. 38).

O autor questiona mais adiante:

Se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? E se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha ou contrária à lei; como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a uma situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna? (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Após realizar esses questionamentos, Agamben (2004) salienta que o estado de exceção não é exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema da sua definição se refere a um patamar ou a uma zona cinzenta em que, dentro e fora, não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa a sua abolição, e a zona de anomia por ela instaurada não é destituída de relação com a ordem jurídica.

Nesse contexto, há um debate interessante acerca do fundamento do estado de exceção. Uma das correntes mais citadas sustenta-se no conceito de necessidade, recorrendo ao adágio latino *necessitas legem non habet*, que significa “a necessidade não tem lei”. Segundo Agamben (2004), isso deve ser entendido em dois sentidos opostos: “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e “a necessidade cria sua própria lei”.

O autor conclui que o entendimento da estrutura e do significado do estado de exceção pressupõe uma análise do conceito jurídico de necessidade. Entende que a necessidade não é fonte de lei, tampouco a suspende, ela se limita a subtrair um caso particular à sua aplicação literal. Entretanto, aduz que o estado de exceção moderno é, na verdade, uma tentativa de incluir, na ordem jurídica, a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem.

Por fim, Agamben (2004) entende que a teoria do estado de necessidade não se sustenta, pois diz respeito à própria natureza da necessidade que alguns autores continuam a pensar, mais ou menos inconscientemente, como uma situação objetiva. De tal maneira, o conceito de necessidade seria totalmente subjetivo, relativo ao objetivo que se quer atingir. François Saint-Bonnet afirma que a questão da exceção no direito público não trata apenas de descartar a legislação aplicável em decorrência de certas circunstâncias, mas também se refere à subtração das relações normais entre governantes e governados (BERCOVICI, 2014).

Sendo assim, grande parte dos constitucionalistas é favorável à constitucionalização da exceção, cujo objetivo seria racionalizar a proteção extraordinária do Estado, incorporando-a ao ordenamento jurídico. Nessa esteira, os poderes excepcionais deveriam ser expressamente previstos na Constituição para possibilitar limitação e controle, inclusive como forma de afirmação da democracia (BERCOVICI, 2014).

Nessa linha, o estado de exceção revelar-se-ia controlável, administrável, se executado da forma disposta nos textos constitucionais e legais. Com base em Godoy (2016, p. 301): "Sua decretação efetiva, no entanto, conduz a abstração conceitual construída na normalidade a uma agressiva e hostil estrutura política e burocrática que viabiliza as mais monstruosas barbáries".

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 traz a previsão de medidas excepcionais voltadas para a defesa do Estado e das instituições democráticas. O chamado sistema constitucional de crises tem como instrumentos o estado de defesa e o estado de sítio, objetivando a manutenção ou o restabelecimento da ordem em momentos de anormalidade. Portanto, o controle das crises configura-se como um sistema jurídico formado por normas constitucionais que fixam e prescrevem as providências necessárias para solucionar as crises político-institucionais. A excepcionalidade seria a tônica nesses casos, justificando as medidas até que o equilíbrio constitucional seja, novamente, atingido (FERNANDES, 2018).

4. SITUAÇÕES DE EXCEÇÃO NA HISTÓRIA RECENTE E CONTROLE JUDICIAL

Após os atentados terroristas praticados em 11 de setembro de 2001, o governo dos Estados Unidos aprovou diversos atos normativos na intenção de reduzir garantias fundamentais em geral, sob o pretexto de enfrentar, com maior rigor, e prevenir atos de terrorismo. No dia 13 de novembro de 2001, aprovou o *Military Order*, que autorizava detenções por períodos indefinidos, e o processo, perante as *Military Commissions*, dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas. Posteriormente, em 26 de setembro de 2001, o Senado americano promulgou o *Patriot Act*, que, entre outras coisas, permitia ao *Attorney General* manter preso o estrangeiro suspeito de atividades terroristas, que punham em perigo a segurança nacional do país (AGAMBEN, 2004).

Além disso, no prazo de sete dias, o estrangeiro deveria ser expulso ou acusado de violação da lei de imigração ou de algum outro delito. Na hipótese, o ato anulava radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominá-

vel e inclassificável. Assim, os talibãs capturados no Afeganistão não gozavam do estatuto de prisioneiros de guerra nos termos da Convenção de Genebra, tampouco de acusados por crimes comuns segundo as leis norte-americanas (AGAMBEN, 2004):

Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas detainees, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal, mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário. A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos Lager nazistas: juntamente com a cidadania, haviam perdido toda identidade jurídica, mas conservavam pelo menos a identidade de judeus. (AGAMBEN, 2004, p. 14).

Em outros momentos, houve essa reclamação de poderes por parte do Poder Executivo, para enfrentar situação de emergência militar ou econômica. Assim ocorreu com a aprovação do *New Deal*, em que houve uma delegação ao presidente de um poder ilimitado de regulamentação e controle sobre todos os aspectos da vida econômica do país.

É na perspectiva dessa reivindicação dos poderes soberanos do presidente em uma situação de emergência que se deve considerar a decisão do presidente Bush de referir-se constantemente a si mesmo, após o 11 de setembro de 2001, como o *Commander in chief of the army*. Se, como vimos, tal título implica uma referência imediata ao estado de exceção, Bush está procurando produzir uma situação em que a emergência se torne a regra e em que a própria distinção entre paz e guerra (e entre guerra externa e guerra civil mundial) se torne impossível. (AGAMBEN, 2004, p. 18).

Nessa mesma linha, o governo egípcio, sob o comando do ex-presidente Mohamed Morsi, publicou, em 22 de novembro de 2012, uma declaração constitucional que considerava os decretos presidenciais insuscetíveis de análise judicial e autorizava o presidente a implementar as ações necessárias para proteger o país e os objetivos da chamada Revolução Egípcia, iniciada após a deposição de Hosni Mubarak (MARTINS, 2015).

Em outra situação, em 1º de maio de 1994, foi aprovado o Decreto n.º 874, pelo governo da Colômbia, decretando estado de comoção interior e determinando a aplicação de uma legislação especial para os delitos de competência dos juízos regionais, classificados como terrorismo, subversão, sequestro, rebelião, narcotráfico, entre outros. Como exemplo dessa legislação especial, estava o Decreto n.º 2271/1991, que previa liberdade provisória apenas para maiores de setenta anos e aqueles que já tivessem cumprido prisão preventiva, pelo tempo da pena máxima prevista para o crime, na intenção de impedir a incidência da legislação mais favorável nesses casos (MUÑOZ, 2002).

4.1. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE CONTROLE DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Muitas vezes, o próprio sistema constitucional traz a previsão de um sistema de controles por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário. Esse controle deve ser exercido sobre os atos que importam suspensão de garantias constitucionais, visando a assegurar que tenham pertinência com a vigência da situação de excepcionalidade. Nessa toada, tanto nos Estados Unidos quanto na Colômbia, as suas respectivas Cortes Constitucionais foram provocadas a exercer controle de constitucionalidade sobre os atos que instrumentalizaram tais medidas,

adotadas sob a justificativa da necessidade de maior rigor e agilidade por parte das agências do Poder Executivo.

Diante disso, instada a realizar controle de constitucionalidade de declarações de estado de exceção, a Corte Constitucional da Colômbia proferiu decisões importantes (algumas analisadas adiante), no sentido de restringir a utilização de medidas de exceção. Embora não tenha deixado de reconhecer a discricionariedade do Presidente da República para decidir quando e por quanto tempo se deveria utilizar o instituto, a Corte reconheceu a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade integral.

Assim, reconheceu-se a inconstitucionalidade de duas declarações de exceção entre 1994 e 1995. Essas decisões resultaram em acusações de "ditadura judicial" por parte da Corte, por supostamente dificultarem o controle da ordem pública pelo governo, diante do contexto do enfrentamento com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), grupo guerrilheiro com atuação no referido país (CAMPOS, 2016).

Nesses precedentes, alguns analisados a seguir, a Corte assegurou que, embora houvesse a faculdade para a decretação de medidas de exceção em qualquer de suas modalidades, tais medidas deveriam observar o princípio da proporcionalidade e jamais poderiam reduzir o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Dessa forma, reconheceu a legitimidade desses mecanismos quando previstos na própria Constituição e em documentos internacionais, porém também ressaltou que o controle judicial deve ser ilimitado e permanente (TOBÓN-TOBÓN; MENDIETA-GONZÁLEZ, 2017).

Segundo Muñoz (2002), ex-presidente da Corte Constitucional da Colômbia, a Constituição do referido país consagra três modalidades de estado de exceção, quais sejam, guerra exterior, comoção interna e emergência. O autor frisa que o propósito do constituinte é distinguir os cenários de normalidade e anormalidade, deixando claro que esse último se sujeita ao império da norma constitucional.

No dia 1º de maio de 1994, o governo colombiano aprovou o Decreto n.º 874, declarando estado de comoção interior, logo após receber uma comunicação do Procurador Geral informando que diversas pessoas acusadas de crimes graves estariam prestes a serem libertadas em virtude do término do prazo para instrução processual. A Procuradoria Geral alegava que não seria possível apreciar o mérito em tais processos dentro do prazo legal e que o atraso poderia resultar na soltura de 724 presos (MUÑOZ, 2002).

Na prática, esse decreto resultaria na manutenção de diversas prisões preventivas sem fundamento legal, enquanto os presos estivessem à espera de julgamento. A Suprema Corte entendeu que o ato seria inconstitucional por ferir direitos de liberdade, a presunção de inocência e a capacidade de autodeterminação da pessoa humana e que não poderia haver uma presunção objetiva de que o investigado, uma vez posto em liberdade, seria uma ameaça à ordem pública (MUÑOZ, 2002).

Em julgamento realizado sob a relatoria do mencionado magistrado integrante da Corte Constitucional colombiana, restou consignado que:

O argumento que aduz o Governo é absolutamente perigoso, sinaliza a Corte e não demonstra realmente um risco de crise na declaração. Também deve observar-se que o mesmo viola o princípio da presunção de inocência e ataca igualmente os princípios de um estado social de direito que confia em

suas próprias instituições. A Corte Constitucional considera que neste caso o simples fato de que muitas pessoas saiam das prisões por prescrição do tempo, devido a uma morosidade nos processos, não há um evidente nexos causal com a colocação em perigo das instituições do Estado, nem com a perturbação da ordem pública (COLOMBIA, 1994, p. 1).

No entanto, em outro precedente, na *Sentencia* n.º C-556/92, a Corte reconheceu a legitimidade da declaração de estado de comoção, realizando, contudo, um controle do exercício dessa prerrogativa a partir da verificação da presença dos requisitos formais para tanto:

Não obstante, em que pese estas advertências, o Tribunal Constitucional declara a exequibilidade do estado de exceção, com base em duas razões:

a - A certificação dos requisitos formais, quais sejam, o princípio democrático e o de aprovação prévia pelo senado;

b - A adequação dos poderes dados ao Presidente da República, quais sejam, a não existência de poderes ordinários para impedir que ocorra uma crise. (GONZÁLEZ, 2016, p. 148).

A *Sentencia* n.º C-802/02 afirmou a legitimidade do controle de constitucionalidade dos atos da seguinte forma:

Em síntese, da Carta Política se infere a competência da Corte Constitucional para realizar o controle de constitucionalidade formal e material tanto dos decretos legislativos declaratórios dos estados de exceção como dos decretos legislativos de execução. Tal competência é corroborada ademais, pelas deliberações que tiveram lugar na Assembleia Nacional Constituinte; pelo modelo de direito constitucional de exceção pelo qual optou o constituinte de 1991; pela regulação que ele fez da natureza, limites e sistema de controle [...]; pela natureza jurídica do decreto declaratório do estado de exceção e pela concepção atual da jurisdição constitucional e de sua função (COLOMBIA, 2002, p. 1).

Além disso, entendeu que seria possível, inclusive, suspender leis que fossem incompatíveis com o estado de exceção, mas não poderiam ser suspensos direitos previstos em tratados internacionais. Nesse sentido:

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos são os dois instrumentos internacionais que se consideram mais flagrantemente violados. Dentro dos artigos da Convenção Interamericana se destaca o 8º que indica o seguinte: "Toda pessoa presa ou detida terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade". No mesmo sentido, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, no caso nº 46 de 1979, considerou que: "A detenção de um indivíduo por mais de 6 meses antes de que se iniciara o processo, e por mais de dois anos antes de que se pronunciasse a sentença, constituiriam demoras excessivas" (citado pela Corte Constitucional da Colômbia, *Sentencia* C-556 de 1992). (GONZÁLEZ, 2016, p. 147).

Mesmo reconhecendo a constitucionalidade do estado de comoção, previsto pela ordem constitucional, a jurisdição constitucional atuou para averiguar se o exercício dessa prerrogativa vinha ocorrendo de forma regular. Ainda assim, não admitiu a supressão de direitos e garantias fundamentais considerados núcleos do Estado Democrático de Direito.

Nessa mesma linha, também sob a justificativa de estar enfrentando uma situação de emergência, o governo norte-americano obteve a aprovação do chamado *Patriot Act*, assi-

nado pelo presidente George W. Bush em 26 de outubro de 2001. Logo após os ataques terroristas de 11 de setembro, o diploma legal entrou em vigor sob o argumento de empreender um combate ao terrorismo, prevendo uma série de medidas excepcionais a serem conferidas às agências governamentais encarregadas de atuar no combate ao terror.

Críticos do governo Bush argumentaram que essa medida refletia um desprezo pelas liberdades civis básicas. Já apoiadores do governo defendiam que se tratava de uma resposta legislativa apropriada aos ataques terroristas. Em resumo, o ato expandiu bastante os poderes investigativos, ampliando, especialmente, as possibilidades de busca e de atuação na internet, autorizando revistas pessoais clandestinas, a se aproveitarem dos novos padrões estabelecidos pelo *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) (GUIORA; JULIET, 2019).

A referida lei, nos seus diversos capítulos, previa o aumento no financiamento de operações militares e da autoridade do Poder Executivo para o sequestro de ativos financeiros de pessoas, países e entidades estrangeiras suspeitos de participar dos ataques terroristas. Com isso, aumentou a autoridade das agências encarregadas de realizar a vigilância de suspeitos de terrorismo, alterou normas do sistema bancário para combater a lavagem de dinheiro, facilitou a requisição de informações pessoais junto a companhias prestadoras de serviço, facilitou a detenção de suspeitos de terrorismo, além de outras medidas (MORGAN, 2013).

A lei criou, ainda, um tribunal secreto com a função de legalizar, por meio de ordens judiciais, ações dos órgãos de segurança. Esse tribunal chegou a determinar à companhia de telecomunicações *Verizon* que entregasse à Agência Nacional de Segurança (NSA) e à Polícia Federal norte-americana (FBI) todos os registros telefônicos dos seus clientes, sem que estes fossem alvo de qualquer investigação. A ordem judicial também determinava que a *Verizon* não divulgasse a existência do pedido e da própria ordem judicial (GREENWALD, 2013). Posteriormente, a Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade dessa prática.

Ademais, essa lei permitia que qualquer pessoa no mundo pudesse ser mantida presa por tempo ilimitado, sem uma acusação formal, devido processo e julgamento. Nessa esteira, prisões ilegais e ataques com *drones* também eram "legalizados" por tribunais secretos, sem qualquer controle, tudo sob a justificativa de estar em guerra contra o terror (MELO, 2013).

Não obstante, muitas ações do governo norte-americano fundadas no *Patriot Act* foram alvo de questionamento judicial — chegando alguns casos à Suprema Corte em razão das alegações de violação de direitos humanos, como ocorreu no caso *Rasul v. Bush*, no ano de 2003. Nesse contexto, diversos indivíduos de diferentes nacionalidades foram capturados no Afeganistão e no Paquistão, sob a suspeita de terem laços com organizações terroristas. Após familiares desses prisioneiros ingressarem com pedidos de *Habeas Corpus*, o governo alegou que a jurisdição federal não poderia conhecer casos em que os detidos de outras nacionalidades estivessem fora do território norte-americano (TAUBER; BANKS, 2019).

Por seis votos a três, a Suprema Corte decidiu que, apesar de a ilha de Guantánamo estar localizada em outro país, os Estados Unidos detinham pleno controle da base naval no território cubano, situação que equivaleria à detenção em solo nacional. Porém, essa decisão, não resultou na soltura dos indivíduos, pois apenas lhes foi garantida a submissão do caso à Jurisdição Federal (UNITED STATES OF AMERICA, 2004a).

Em outra situação, também no ano de 2004, a Suprema Corte decidiu o caso Hamdi v. Rumsfeld, que se distinguia do mencionado anteriormente por envolver um cidadão norte-americano chamado Yaser Hamdi. Embora nascido na Louisiana, cresceu fora dos Estados Unidos e foi capturado lutando ao lado das forças do Talibã no Afeganistão. Posteriormente, foi levado para a prisão de Guantánamo, quando a sua cidadania foi descoberta, sendo então transferido para uma prisão militar. Inicialmente, foi negado ao preso o direito de se comunicar com um advogado, o que o levou a arguir a violação ao devido processo legal previsto na quinta emenda da Constituição norte-americana (TAUBER; BANKS, 2019).

Dessa forma, alegou estar sendo impedido de contestar a sua prisão por meio de um defensor. O Estado americano, por sua vez, alegava a autoridade exclusiva do presidente para decidir qual prisioneiro seria considerado inimigo combatente e que o princípio da separação de poderes impediria o Judiciário de interferir nessa questão. A Suprema Corte, por seis votos a três, decidiu que o presidente não teria autoridade exclusiva para determinar quando um prisioneiro tem o direito de contestar a sua prisão mediante um defensor. A *Justice Sandra Day O'Connor* afirmou que, pelo fato de Hamdi ser um cidadão norte-americano, o governo estaria violando o direito ao devido processo legal previsto na quinta emenda, que lhe asseguraria o direito de contestar a sua prisão (UNITED STATES OF AMERICA, 2004b).

Entretanto, nesse caso, não houve consenso entre os julgadores quanto aos poderes conferidos ao presidente para a detenção de combatentes inimigos. Dois dos *Justices*, David Souter e Tuth Bader, discordaram no tocante ao entendimento de que a *Authorization for Use of Military Force* (AUMF) atribuiria esses poderes ao presidente. O *Justice Souter*, em sua *opinion*, destacou que discordava dos demais nesse ponto. Enfatizou que o governo não foi capaz de demonstrar que a AUMF assentia a detenção no caso em discussão e que o senhor Hamdi deveria ser libertado imediatamente. Para ele, a AUMF não utiliza a palavra detenção e nenhuma interpretação da lei indica a intenção de conferir autoridade ao presidente para determinar prisão de cidadãos como inimigos combatentes. Aduziu, ainda, que existiria outro estatuto, o *Non-Detention Act*, de 1971, que proibia expressamente a detenção de cidadãos norte-americanos, exceto com autorização de lei aprovada pelo Congresso (EDELSON, 2017).

No caso Hamdan v. Rumsfeld, julgado em 2006, Salim Hamdan, que havia sido motorista de Osama bin Laden, foi capturado no Afeganistão e transferido para a prisão de Guantánamo, ficando o seu caso sob a tutela de um tribunal militar, que o declarou combatente inimigo. Antes dessa declaração, o Hamdan ajuizou pedido de *Habeas Corpus* perante um juízo federal, que reconheceu o direito a uma audiência para verificar o *status* do preso e eventual submissão aos direitos previstos na Convenção de Genebra. Tal decisão foi reformada após apelação, sob o argumento de que o Congresso havia autorizado o julgamento perante as chamadas Comissões Militares e que a Convenção de Genebra não produziria efeitos no solo norte-americano (TAUBER; BANKS, 2019).

O caso foi levado à Suprema Corte, que reformou a decisão por cinco votos a três, prevalecendo o entendimento de que nem a Constituição nem qualquer outra lei autorizaram as Comissões Militares a atuarem dessa forma e de que a Convenção de Genebra deveria ser observada no caso, pois produzia efeitos dentro do território nacional (UNITED STATES OF AMERICA, 2006).

Após esse caso, o Congresso aprovou o *Military Commission Act* (MCA), que retirava expressamente da jurisdição federal a competência para conhecer *Habeas Corpus* ajuizados

por presos de Guantánamo. Assim, no caso *Boumediene v. Bush*, Lakhdar Boumediene, cidadão argelino capturado na Bósnia, suspeito de planejar ataques a uma embaixada, ajuizou *Habeas Corpus* visando a contestar a sua prisão, não sendo o *writ* conhecido pelas instâncias ordinárias com base na limitação imposta no MCA. Diante disso, a Suprema Corte novamente foi provocada a se pronunciar sobre a questão e, por cinco votos a quatro, reformou a decisão inicial (TAUBER; BANKS, 2019).

De tal modo, prevaleceu o entendimento de que o MCA não poderia autorizar que o presidente, por ato próprio, designasse os prisioneiros como combatentes inimigos, ou não. Além disso, reafirmou que a garantia do *Habeas Corpus* não poderia ser suprimida a despeito de previsões legais, pois isso estaria contrariando a Constituição, que deveria ser respeitada mesmo em situações extraordinárias (UNITED STATES OF AMERICA, 2008).

Cabe ressaltar, nesse último caso, que os *Justices* que votaram pela improcedência o fizeram sob o entendimento de que a garantia do *Habeas Corpus* não seria extensível a estrangeiros que apoiam os considerados inimigos da nação. Perante isso, a atuação da Suprema Corte não ficou isenta de críticas. Nesse sentido, Guiora e Juliet (2019) afirmam que sucessivos governos têm adotado medidas que minimizam os direitos individuais. Enquanto isso, Congresso e Suprema Corte falharam em fortalecer e aplicar, com rigor, freios e contrapesos, deixaram de atuar no campo do combate ao terrorismo para deixá-lo totalmente sob o domínio do Executivo. As consequências desse hiato são deletérias aos direitos fundamentais, além de ser questionável se há algum benefício na restrição desses direitos.

4.2 A PANDEMIA DA COVID-19 COMO MOTIVO PARA DECRETAÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

No momento atual, o mundo vivencia um estado de completa excepcionalidade em razão de uma pandemia causada pela Covid-19. O alto número de pessoas infectadas vem abalando os sistemas de saúde dos mais diversos países em diferentes amplitudes. Alguns países europeus, como a Itália e a Espanha, sofreram um maior impacto por terem a sua capacidade de atendimento médico completamente esgotada. Nesses países, chegou-se ao ponto de se fazer escolhas entre os pacientes que deveriam receber respiradores, por não haver um número suficiente para atender a todos os necessitados.

Diante de muitas incertezas científicas quanto à eficácia de medicamentos, forma de contágio, com o passar dos meses, a experiência internacional demonstrou que, no momento, a única maneira eficaz de interromper a cadeia de contágio seria o isolamento social, com a paralisação completa de quase todas as atividades. Assim, o que se viu, em alguns países, foi uma resistência de parte da população em cumprir determinações de isolamento impostas pelas autoridades.

Nesse cenário de excepcionalidade, com necessidade de impor medidas restritivas aos direitos de liberdade, alguns governos, ao que tudo indica, têm se aproveitado para alterar as respectivas ordens constitucionais, sob a justificativa de que precisam de maiores poderes para tomar medidas visando ao enfrentamento da pandemia.

Um dos casos que ganhou destaque foi o da Hungria, onde o governo ultradireitista de Viktor Orbán conseguiu em 30 de março de 2020, aprovar uma lei que prolonga o estado de

alarme de forma indefinida, sob o pretexto de combater o novo coronavírus. Detendo a maioria de dois terços do parlamento, o Executivo ganhou poderes extraordinários para governar por decreto, sem estabelecer um limite temporal e sem nenhum controle, inclusive do parlamento (BLANCO, 2020).

Após pressão internacional principalmente de países Europeus, em 16 de junho, o Parlamento retirou os poderes especiais dados ao premiê. Entretanto, a nova norma permite ao chefe do Executivo, decretar sem anuência do parlamento, um estado de emergência de saúde pública, o que permitiria um retorno à situação anterior (LEHOTAY, 2020). O caso da Hungria demonstra como uma situação de caráter excepcional pode ser utilizada para afastar a ordem constitucional e, por conseguinte, pilares democráticos, como a separação de poderes e liberdades fundamentais. Uma das medidas adotadas era a punição, com até cinco anos de prisão, para quem publicasse informações falsas ou distorcidas que “obstruam” a proteção eficaz da população (BLANCO, 2020).

Medida semelhante foi discutida e aprovada na Bulgária, aumentando os poderes do primeiro-ministro Boyko Borisov. Contudo, alguns artigos foram revogados pelo parlamento justamente pelo temor de que a medida pudesse ferir a liberdade de expressão no país. Uma das medidas, a exemplo do que houve na Hungria, previa pena de prisão de até três anos para quem espalhar notícias falsas. O presidente Rumen Radev vetou essa parte da lei, alegando que poderia causar mais problemas ao país, uma vez que restringiria o acesso à informação. Filipinas, Índia, Polônia e Áustria também aprovaram medidas dando mais poderes aos respectivos chefes do executivo para combater a pandemia (BRAUN, 2020).

A Itália, país mais afetado pela Covid-19, até o momento, aprovou um decreto-lei por razões de higiene e segurança pública, impondo uma série de restrições, entre as quais: a proibição de afastamento do município por residentes, a proibição de acesso a determinadas áreas, a suspensão de manifestações e qualquer forma de reunião, a suspensão dos serviços educacionais para crianças e adolescentes, além de outras restrições.

Em um artigo publicado em 26 de fevereiro de 2020, bem antes da eclosão da contaminação ocorrida na Itália, Giorgio Agamben chegou a afirmar que tais medidas eram irracionais e totalmente imotivadas e que estaria havendo uma provocação de um estado de exceção. Entretanto, os acontecimentos posteriores levaram o país a entrar em bloqueio total, pois foi a única maneira encontrada para conter a onda de contágio. (AGAMBEN, 2020).

Já no início de agosto, o Parlamento aprovou a extensão dos poderes de emergência ao primeiro-ministro Giuseppe Conte até 15 de outubro. Tais poderes permitem que o governo mantenha as restrições e responda prontamente a novos surtos com as medidas restritivas que julgar adequadas (HOROWITZ, 2020). Até o momento, tudo indica que, no caso italiano, as medidas realmente foram adotadas para perdurar temporariamente e apenas com o intuito de conter o avanço da doença.

Já na Alemanha, a Corte Constitucional Federal rejeitou pedidos realizados contra as medidas de restrição a reuniões de pessoas em geral, impostas aos cidadãos da região da Bavária. A alegação era de restrição a direitos fundamentais de liberdade que estavam sendo limitados demasiadamente e de que não mais subsistiria razão para tanto. A Corte rejeitou liminarmente o pedido, sob o fundamento de que as restrições não eram infundadas e que guardavam pertinência com os objetivos de preservar a saúde coletiva (GERMANY, 2020).

5. CONCLUSÕES

As Cortes Constitucionais têm o relevante papel de proteger e efetivar a norma constitucional, garantindo a vigência do Estado Democrático de Direito. Assim, a ordem de valores que integram o sistema constitucional continua vigente em qualquer situação que fuja da normalidade, independentemente da sua denominação. Ainda que o próprio sistema constitucional traga uma normatização para atuação em momentos de crise, os valores imanentes à ordem constitucional permanecem plenamente em vigor.

Mesmo em uma situação aceita pelos ordenamentos jurídicos como de emergência, o Poder Judiciário, em qualquer de seus níveis, não deixa de atuar buscando manter um controle da constitucionalidade dos atos praticados na vigência do estado de exceção. Ainda que o sistema constitucional preveja a prerrogativa do Poder Executivo, com a anuência do Legislativo, de atuar com poderes excepcionais, a função judicial de controle não sofre qualquer restrição quanto à função de avaliar a constitucionalidade dos atos praticados.

Dessa forma, por mais que se autorize a tomada de medidas que venham a cercear certas garantias fundamentais, é função das Cortes Constitucionais e da Jurisdição comum, atuarem para controlar tais medidas e, sobretudo, impedir que a situação provisória se torne definitiva, degenerando o instituto. Nos precedentes analisados, ambas as cortes admitem a utilização de medidas excepcionais que restrinjam direitos fundamentais, porém ratificando sempre a possibilidade de verificar a constitucionalidade das medidas utilizadas.

Comparando os casos dos Estados Unidos e da Colômbia, foi possível verificar um grau de tolerância diferenciado no que diz respeito à restrição de garantias fundamentais. A Corte norte-americana adotou, em alguns casos, posição mais restritiva, ao reconhecer, por exemplo, que os presos em Guantánamo tinham direito de ser submetidos à Jurisdição Federal, mas sem reconhecer de imediato a ilegalidade das detenções.

Portanto, conclui-se que o controle judicial pode ser realizado com maior efetividade nos sistemas constitucionais que aceitam e regulamentam a situação de excepcionalidade. A legitimidade do instituto é reconhecida, em muitos lugares, como uma ferramenta importante e até essencial para o enfrentamento de situações emergenciais ligadas à segurança e à saúde, por exemplo. No entanto, nem todas as constituições preveem a regulamentação do instituto, o que faz com que haja uma margem de discussão maior no que tange à constitucionalidade das medidas de execução, como ocorre nos Estados Unidos.

Nos casos em que não há uma regulamentação da atuação estatal em situações excepcionais, as instituições democráticas podem ficar mais fragilizadas, ficando os cidadãos sujeitos ao arbítrio do Poder Executivo no exercício dos poderes de persecução criminal. A inexistência de uma definição prévia dos limites do poder estatal leva à violação de direitos que podem ser irreversíveis, mesmo após a obtenção de um remédio judicial.

Diante disso, o pleno funcionamento dos demais poderes, durante a execução de medidas de exceção dentro da dinâmica de freios e contrapesos, é essencial para que se mantenha uma vigilância e um controle sobre as ações praticadas sob os auspícios do estado de emergência ou similar. Nesse sentido, em nenhuma hipótese e grau, deve-se permitir uma redução da capacidade judicial de avaliar os atos praticados sob a vigência de um estado de

exceção. Medidas que subtraíam do Judiciário a possibilidade de syndicar qualquer ato são inconstitucionais em qualquer hipótese, não devendo ser aceitas em nenhuma hipótese.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. O estado de exceção provocado por uma emergência imotivada. Trad. Luisa Rabolini. *Revista IHU*, São Leopoldo, 27 fev. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596584-o-estado-de-excecao-provocado-por-uma-emergencia-imotivada>. Acesso em: 9 abr. 2020.
- ALMEIDA, Eneá de Stutz e; TORREÃO, Marcelo Pires. O direito na exceção e o direito na transição: fundamentos excepcionais para uma justiça transicional. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 113-136, dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/26919>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 105, p. 225-276, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2012v105p225>. Acesso em: 12 mar. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 9 abr. 2020.
- BERCOVICI, Gilberto. A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. 57, tomo 1, p. 737-754, 2014. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/39819/1/A%20expansao%20do%20estado%20de%20excecao.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.
- BLANCO, Silvia. Por coronavírus, Hungria permite que ultradireitista Orbán governe por decreto indefinidamente. *El País*, Madri, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-03-30/lei-aprovada-na-hungria-permite-que-orban-amplie-indefinidamente-o-estado-de-alarme-devido-a-pandemia.html>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- BRAUN, Julia. Líderes de extrema direita ampliam poder e erram ao lidar com epidemia. *Veja*, São Paulo, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/lideres-de-extrema-direita-ampliam-poder-e-erram-ao-lidar-com-epidemia/>. Acesso em: 28 mar. 2020.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia no. C-300/94*. Bogotá: Corte Constitucional, 1994. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1994/C-300-94.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia no. C-802/02*. Bogotá: Corte Constitucional, 2002. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2002/C-802-02.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- EDELSON, Chris. The hollowing out of Youngstown sheet: how congress and the courts can restore limits on presidential power. In: SPSA ANNUAL MEETING, 88., 2017, New Orleans. *Abstract...* New Orleans: SPSA, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2895076. Acesso em: 7 jul. 2020.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GERMANY. Federal Constitutional Court. Unsuccessful applications for preliminary injunctions in relation to the COVID-19 pandemic. *Press Release*, Karlsruhe, n. 23, abr. 2020. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-023.html>. Acesso em: 20 abr. 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O estado de exceção na experiência constitucional brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 8, n. 3, p. 286-302, set./dez. 2016. Disponível em: <http://revistas.unisinus.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2016.83.03/5716>. Acesso em: 10 abr. 2020.

GONZÁLEZ, Clara María Mira. Los estados de excepción en Colombia y aplicación del principio de proporcionalidad: un análisis de seis casos representativos. *Opinión Jurídica*, Medellín, v. 15, n. 29, p. 141-163, jun. 2016. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302016000100008&lng=en&nrm=isso. Acesso em: 14 abr. 2020.

GREENWALD, Glenn. NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily. *The Guardian*, Londres, 6 jun. 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order>. Acesso em: 14 abr. 2020.

GUIORA, Amos; JOLIET, Chelsea. Counter-terrorism policies and challenges to human rights and civil liberties: a case study of the United States of America. In: SHOR, E.; HOADLEY, S. (eds.). *International human rights and counter-terrorism*. Singapore: Springer Nature, 2019. p. 293-322. Disponível em: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007%2F978-981-10-4181-5_24#citeas. Acesso em: 13 maio 2020.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOROWITZ, Jason. Cómo logró Italia contener la calamidad del coronavirus. *The New York Times*, Nova Iorque, 6 ago. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/es/2020/08/05/espanol/mundo/italia-reapertura-coronavirus.html>. Acesso em: 16 ago 2020.

LEHOTAY, Orsolya. Hungary's Democracy Is Still Under Threat. *Foreignpolicy*, Washington, 17 jul. 2020. Disponível em: <https://foreignpolicy.com/2020/07/17/hungary-democracy-still-under-threat-orban-state-public-health-emergency-decree/>. Acesso em: 16 ago 2020.

MARTINS, Lucas Moraes. Estado de exceção: origem e estrutura topológica. *Interthesis*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 157-175, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2015v12n1p157>. Acesso em: 15 mar. 2020.

MELO, João Ozório. Americanos já acusam perda de garantias constitucionais. *Conjur*, São Paulo, 9 jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-09/americanos-sentem-perda-garantias-constitucionais-guerra-terror>. Acesso em: 12 abr. 2020.

MORGAN, Andrew. The patriot act and civil liberties. *Jurist*, Pittsburgh, 20 jul. 2013. Disponível em: <https://www.jurist.org/archives/feature/the-patriot-act-and-civil-liberties/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MUÑOZ, Eduardo Cifuentes. Los estados de excepción constitucional en Colombia. *Ius et Praxis*, Talca, v. 8, n. 1, p. 117-146, 2002. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100009&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. 2009. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/3526139/neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades>. Acesso em: 11 mar. 2020.

STRECK, Lenio. *A hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAUBER, Steven; BANKS, Christopher. Civil rights and liberties with national security: the role of the federal judiciary. In: SHOR, E.; HOADLEY, S. (eds.). *International human rights and counter-terrorism*. Singapore: Springer Nature, 2019. p. 451-471. Disponível em: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-981-10-4181-5_24. Acesso em: 16 jun. 2020.

TOBÓN-TOBÓN, Mary Lu; MENDIETA-GONZÁLEZ, David. Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano. *Opinión Jurídica*, Medellín, v. 16, n. 31, p. 67-88, set. 2017. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2170/1868>. Acesso em: 20 abr. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. Hamdi v. Rumsfeld. In: UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *United States Reports: United States Reports: cases adjudged in the Supreme Court at October Term, 2003*. Washington, DC: Supreme Court, 2004a. 542 v. p. 507-599. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/542bv.pdf>. Acesso em: 5 maio 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. Rasul v. Bush. In: UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *United States Reports: cases adjudged in the Supreme Court at October term, 2003*. Washington, DC: Supreme Court, 2004b. 542 v. p. 466-506. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/542bv.pdf>. Acesso em: 5 maio 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. Hamdan v. Rumsfeld. In: UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *United States Reports: cases adjudged in the Supreme Court at October term, 2005*. Washington, DC: Supreme Court, 2006. 548 v. p. 557- 734. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/548bv.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. Boumediene v. Bush. In: UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *United States Reports: cases adjudged in the Supreme Court at October term, 2007*. Washington, DC: Supreme Court, 2008. 553 v. p. 723-850. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/553bv.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Conta Corrente, 2018.

Recebido/Received: 23.07.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO FENÔMENO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E OS LIMITES DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

THE JUDICIALIZATION OF POLICY AS A
PHENOMENON OF NEOCONSTITUTIONALISM AND
THE LIMITS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY

CAMILA LEONARDO NANDI DE ALBUQUERQUE¹
SANDRO LUIZ BAZZANELLA²

RESUMO

O presente artigo tem como tema a imbricada relação entre judicialização da política e democracia e tem como objetivo geral analisar, à luz do direito brasileiro, de que maneira as decisões políticas migraram para o âmbito judicial intensificando o processo de judicialização da política no Brasil após a redemocratização. A hipótese aventada é a de que no âmbito do neoconstitucionalismo, houve uma amplificação da interpretação subjetiva das cartas constitucionais, o que culminou na expansão do poder de decisão do campo jurídico frente aos demais poderes, corroborando assim para a ascensão do fenômeno da judicialização política. Ainda, acresce como causa explicativa ao fenômeno da judicialização a crise de representatividade dos poderes políticos o que acarretou o protagonismo do poder judiciário a partir do fenômeno da judicialização. A pesquisa utilizou o método dedutivo, que parte de uma generalização para uma questão particularizada, e como técnica de pesquisa a bibliográfica, que se desenvolve a partir de fontes primárias e secundárias, ou seja, a partir da Constituição Federal e normas esparsas e da literatura disponível atinente à questão. Constatou-se que a judicialização da política é um fenômeno mundial, do qual o ativismo judicial é um de seus desdobramentos. Se por um lado questões políticas urgentes estão tendo uma resposta mais célere por parte do Poder Judiciário, por outro há que se pontuar que essas decisões possuem um déficit democrático.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial. Judicialização da política. Democracia representativa.

- 1 Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade do Contestado. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc), com taxa Prosuc/CNPq. Especialista em Direito Empresarial. Graduada em Direito pela Unisul. Vinculada ao grupo de pesquisas Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano – Unesc. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3466-6209>. E-mail: camilanandi@hotmail.com.
- 2 Graduado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras Dom Bosco, Santa Rosa (RS); Mestre em Educação e Cultura pela UDESC; Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas UFSC. Professor do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-9430-8684>. E-mail: sandroluizbazzanella@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de; BAZZANELLA, Sandro Luiz. *A judicialização da política como fenômeno do neoconstitucionalismo e os limites da democracia representativa*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 151-171, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8175>.

ABSTRACT

This article has as its theme the imbricated relationship between the judicialization of politics and democracy and its general objective is to analyze, in the light of Brazilian law, how political decisions migrated to the judicial sphere, intensifying the process of judicialization of politics in Brazil after the redemocratization. The hypothesis suggested is that in the context of neoconstitutionalism, there was an amplification of the subjective interpretation of the constitutional charters, which culminated in the expansion of the decision-making power of the legal field in relation to the other powers, thus corroborating the rise of the phenomenon of political judicialization. Furthermore, the crisis of representativeness of political powers adds to the phenomenon of judicialization, which led to the protagonism of the judiciary from the phenomenon of judicialization. The research used the deductive method, which starts from a generalization for a particularized question, and as a research technique the bibliography, which is developed from primary and secondary sources, that is, from the Federal Constitution and sparse norms and from literature available regarding the issue. It was found that the judicialization of politics is a worldwide phenomenon, of which judicial activism is one of its consequences. If, on the one hand, urgent political issues are getting a faster response from the Judiciary, on the other hand it must be pointed out that these decisions have a democratic deficit.

Keywords: Neoconstitutionalism. Judicial activism. Judicialization of politics. Representative democracy.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem como objeto central a análise dos fatores atinentes à judicialização da política e do ativismo judicial, após a redemocratização das instituições e, da sociedade brasileira com a saída dos militares do poder em 1984 e, que contribuíram e contribuem para o agravamento da crise da democracia representativa, do Estado de direito social, ou também nomeado de estado de bem-estar social sob a égide do estado de exceção. A justificativa para o estudo se dá pela importância acerca do conhecimento das nuances presentes na imbricada relação entre judicialização da política e democracia representativa.

Nesse sentido, dialoga-se com a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben para verificar se essa crise, decorrente da sobreposição de um poder de Estado em detrimento dos demais, poderia estar relacionada ao início de um estado de exceção permanente, no qual a exceção se torna a regra.

O contexto de judicialização da política expressando aspectos de um estado de exceção encontra no contexto brasileiro especificidades circunscritas no âmbito de sua democracia representativa, bem como de suas instituições e, sobretudo, em relação às demandas, senão imposições do capital financeiro em relação às garantias contratuais por parte do Estado brasileiro, de modo que o fenômeno da decisão contrária à constituição, materializado em decisões ativistas, teve vazão por meio de sua configuração jurídica, política e econômica.

No contexto jurídico, aquilo que se definiu como neoconstitutionalismo teve como característica a possibilidade de integrar elementos dotados de subjetividade à interpretação das cartas constitucionais, de modo a viabilizar ao Supremo Tribunal Federal, intérprete último da Constituição, maior autonomia decisória. Essa conjuntura, pensada a partir da possibilidade de efetivação de direitos e políticas públicas não viabilizadas pelos outros poderes por meio de decisões judiciais, teve como resultado secundário a proeminência desse poder de estado em relação aos demais.

Quanto ao aspecto político, os limites da representatividade do poder legislativo em relação às demandas da sociedade brasileira e, por extensão, a ausência substancial de credibilidade em relação aos cidadãos bem como até mesmo sua esquiva estratégica, inerente ao jogo político, em legislar sobre temas considerados polêmicos, contribuíram para que o poder judiciário fosse demandado para resolver questões políticas que deveriam ser instrumentalizadas por lei.

A hipótese do presente artigo é a de que a democracia se apresenta desvinculada, senão desqualificada e, por decorrência lógica, deslegitimada de sua condição representativa. Reduzida sua condição institucional, apresenta-se instrumentalizada como mera técnica de governo num contexto emergencial, de crise política, o que permite ao poder soberano agir em estado de exceção sob o argumento de defesa da democracia. Esse contexto seria um reflexo do fenômeno do neoconstitucionalismo, que promoveu a amplificação da interpretação subjetiva nas constituições, aumentando o poder de decisão do campo jurídico frente aos demais poderes, corroborando assim para a ascensão do fenômeno da judicialização política. Soma-se a esse fator a crise de representatividade dos poderes políticos o que acarretou o protagonismo do poder judiciário a partir do fenômeno da judicialização.

Sob tais pressupostos a questão política se desdobra na delicada questão da representatividade. Esse traço marcante do Estado moderno, pautado pela eficiência e eficácia da gestão dos recursos naturais e humanos indivíduos e populações (biopolítica) tem como resultado o esvaziamento da política, resultando na limitação, senão na debandada dos cidadãos da ágora pública e no insulamento dos indivíduos restritos às demandas da plena produção e do consumo cuja finalidade última é mera sobrevivência.

Para a discussão da temática ora proposta, estruturou-se o artigo da seguinte forma: O primeiro tópico busca compreender o fenômeno do neoconstitucionalismo e seu desdobramento no direito brasileiro. O segundo tópico tece algumas considerações sobre democracia representativa e seus limites, de modo a consubstanciar argumentos para que, no terceiro tópico, se possa discorrer sobre a relação entre democracia representativa e a expansão da atuação do poder judiciário no cenário político brasileiro. A presente pesquisa utilizou o método dedutivo, que parte de uma generalização para uma questão particularizada, e como técnica de pesquisa a bibliográfica, que se desenvolve a partir de fontes primárias e secundárias, ou seja, a partir da Constituição Federal, e normas esparsas e da literatura disponível atinente à questão em análise.

2 .NEOCONSTITUCIONALISMO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS SEUS EFEITOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O termo 'neoconstitucionalismo' incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido" (STRECK, 2013, p. 12).

Por isso se deve ter ressalvas com a nomenclatura³. Neoconstitucionalismo⁴ em alguma medida pode ser lido em paralelo com o pós-positivismo e, portanto, podem ser agrupados, apesar de suas diferenças, numa mesma categoria no que diz respeito à algumas de suas características que são comuns, quais sejam, aquelas relacionadas ao postulado da normatividade dos princípios. E é nesse ponto em comum que a reflexão se concentrará.

O neoconstitucionalismo é abordado na doutrina jurídica em sentidos variados. Denomina a nomenclatura dada a um novo movimento no direito constitucional composto por pensamentos que num dado momento coincidem, em outro destoam. Por isso que Carbonell (2003), ao tratar do tema, o faz de forma plural: "neoconstitucionalismo(s)". Para o jurista:

[...] cuando se habla de neoconstitucionalismo, ya sea en singular o en plural, se está haciendo referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado. Por una parte [...], a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se há llamado el paradigma del Estado constitucional. Por otro lado, com el término <neoconstitucionalismo>; se hace referencia también a una determinada teoría del Derecho que há propugnado em el pasado reciente por esos cambios y/o que da cuenta de ellos normalmente em términos bastante positivos o incluso elogioso (SÁNCHEZ, 2003, p. 8-9).

Essa característica plural perpassa toda a dinâmica do neoconstitucionalismo, posto que não existe um consenso acerca desse movimento. O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Nesse sentido, o lugar da Constituição foi redefinido. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia fez com que surgisse uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, ou ainda Estado constitucional democrático.

O novo direito constitucional possui como marco filosófico o pós-positivismo, que tem em seu debate central a confluência das duas correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito, quais sejam, o jusnaturalismo e o positivismo (BARROSO, 2005). Nesse sentido, argumenta Sarmento:

Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocadas perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo

3 "A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de *new constitutionalism* os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países é possível citar o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do leste europeu, a África do Sul, entre outros. Já no caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós-guerra como neoconstitucionalismo, para se referir a um modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. Assim, jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo neoconstitucionalismo" (STRECK, 2013, p. 12).

4 O termo foi amplamente difundido por meio da obra organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell denominada Neoconstitucionalismo(s).

representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX. (SARMENTO, 2009, p. 113-146).

Ou seja, a centralidade das Constituições veio como uma resposta às atrocidades cometidas no contexto da segunda guerra mundial. Por esse motivo, o retorno dos valores e da ética se perfectibilizaram na positivação de princípios e direitos fundamentais nas constituições no segundo pós-guerra, e a Constituição passou a ser percebida como a representação de um ideal moral universal que dá sustentação ao sistema jurídico (POZZOLO, 2010). Dito de outra forma, "ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal," dentro do contexto das constituições europeias do 2º pós-guerra "ênfatisa-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiqüidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência" (SARMENTO, 2009, n.p.).

Tal condição se delineou a partir do fato de que começaram a ser inseridos nas Constituições valores e opções políticas por meio dos princípios que paulatinamente ganharam o reconhecimento de seu caráter normativo. Nesse sentido, houve uma abertura para a introdução de princípios constitucionais e os limites entre a moral e o Direito se tornaram imprecisos. Nesta perspectiva, o neoconstitucionalismo confronta a leitura positivista do direito.

Nesse contexto, a criatividade na interpretação judicial é ensejada na medida em que uma significativa parcela das normas mais relevantes destas constituições são marcadas pela abertura e indeterminação semânticas, uma vez que são formadas por princípios e não regras. Por esse motivo, a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário ensejou a "adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção" (SARMENTO, 2009, n.p.).

A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes - frequente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico - deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas (SARMENTO, 2009, n.p.).

Dentro dessa nova ordem, ganha espaço o Poder Judiciário, pois "com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e, sobretudo por cortes constitucionais" (SARMENTO, 2009, n.p.).

É por esse motivo que, conforme argumenta Sarmento, sob o paradigma do neoconstitucionalismo, "a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais" (SARMENTO, 2009, n.p.).

No Brasil, o marco do neoconstitucionalismo foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Conforme Barroso, a Constituição de 1988 "foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito" (BARROSO, 2005, p. 3). Sob sua égide, o direito constitucional brasileiro passou de relativa

insignificância ao apogeu em menos de uma geração (BARROSO, 2005). A justificativa para essa ascensão política é explicada por Barroso da seguinte forma:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política. [...] Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis (BARROSO, 2005, p. 37).

Para Barroso (2005), apesar de ser um poder contra majoritário, o poder político dos juízes e tribunais ainda tem como característica a representatividade, posto que é exercido em nome do povo e, nesta condição necessita prestar contas à sociedade. Foi com base nessas prerrogativas que, a partir da redemocratização, os juízes brasileiros se sentiram mais à vontade para julgar de forma desvinculada ao sistema normativo positivado, utilizando-se para tal expediente o embasamento de suas decisões em princípios.

Segundo Dimoulis (2009) esse fortalecimento do judiciário, pode acarretar abusos ou desequilíbrios. Segundo o autor “essas teorias permitem que o Supremo Tribunal Federal aproprie-se indevidamente de competências que a Constituição reconheceu ao Senado Federal, aos legisladores de vários entes federativos e aos tribunais que realizam o controle difuso” e, que por esse motivo, essas opções teóricas se traduzem numa “tentativa de *monopolizar* o controle de constitucionalidade, sucumbindo à ambição que a doutrina estadunidense crítica como exclusivismo judicial” (DIMOULIS, 2009, p.10).

Em sentido semelhante, Sarmento (2009) aponta que o pendor judicialista é antidemocrático, uma vez que “os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo” (SARMENTO, 2009, n.p.).

Esta crítica democrática se assenta na ideia de que, numa democracia, é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga. É verdade que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos básicos, visando a viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção às minorias. Porém, temos aqui uma questão de dosagem, pois se a imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero tende a revelar-se antidemocrático, por cercear em demasia a possibilidade do povo de se autogovernar (SARMENTO, 2009, n.p.).

Para Sarmento, a questão central não reside na mera divisão dos poderes ao longo do tempo, mas sim no reconhecimento de que, “diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação” e, portanto, os juízes teriam uma “espécie de poder constituinte permanente” (SARMENTO, 2009, n.p.). Essa característica acarretou, segundo Sarmento, a rejeição da jurisdição constitucional, ou pelo menos do ativismo judicial no seu exercício, “dos revo-

lucionários franceses do século XVIII, passando por Carl Schmitt, na República de Weimar", já que esse poder permitiria moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito (SARMENTO, 2009, n.p.).

Ainda sobre o neoconstitucionalismo, o referido autor critica a preferência por princípios e ponderação em detrimento de regras e subsunção.

Se, até não muito tempo atrás, os princípios não eram tratados como autênticas normas por aqui - só tinha bom direito quem podia invocar uma regra legal clara e precisa em favor da sua pretensão - com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos da água para o vinho. Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas - e positivismo hoje no país é quase um palavrão. Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese (SARMENTO, 2009, n.p.).

Sob tais pressupostos, o problema residiria no fato de que, para um sistema jurídico funcional e estável, consonantes com os valores de um Estado Democrático de Direito, é necessária tanto a aplicação de regras como de princípios. As regras, aduz Sarmento (2009), são indispensáveis, pois, dentre outras razões, geram maior segurança jurídica e previsibilidade para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é.⁵

Por fim, Sarmento assevera para o fato de que a constitucionalização exacerbada do direito constitucional pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, isto é, frente à constitucionalização arbitrária do Direito, a liberdade do legislador resta prejudicada (SARMENTO, 2009). Conforme explica Sarmento:

Uma das características do neoconstitucionalismo é a defesa da constitucionalização do Direito. Sustenta-se que a irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento contribui para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas. A Constituição não é vista mais como uma simples *norma normarum* - cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico. (SARMENTO, 2009, n.p.)

Essa conjuntura conferiria margem para que o intérprete pudesse, além de aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, reler todos os institutos e normas do Direito à luz da Constituição, fornecendo-lhes o sentido que mais se coadune com a axio-

5 Importante destacar que quanto ao aspecto ora tratado, Sarmento faz uma ressalva: "Não pretendo sustentar com isso que se deva retroceder no tempo em que os princípios não eram aplicados pelos juizes brasileiros. Também os princípios são essenciais na ordem jurídica, pois conferem mais plasticidade ao Direito - o que é essencial numa sociedade hiper-complexa como a nossa - e permitem uma maior abertura da argumentação jurídica à Moral e ao mundo empírico subjacente. O importante é encontrar uma justa medida, que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios. Penso que é chegada a hora de um retorno do pêndulo no Direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção" (SARMENTO, 2009, n.p.).

logia da Carta (SARMENTO, 2009). É justamente no desdobramento desse ponto que Sarmento aventa o caso das teses extremadas sobre este processo, "que acabam amputando em demasia o espaço de liberdade do legislador, em detrimento da democracia". Contudo, o autor expõe que pelo menos no Brasil é positiva e até bem-vinda alguma constitucionalização do Direito, por dar-lhe os valores humanitários da Constituição. É por isso que, para Sarmento, o cerne da questão diz respeito aos excessos, posto que "o excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto de um viés antidemocrático" (SARMENTO, 2009, n.p.).

Com efeito, quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido na Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento de sua história, realizar suas próprias escolhas (SARMENTO, 2009, n.p.).

Ainda com relação as questões em análise, não se poderia deixar de mencionar as abordagens e críticas do jurista Streck (2014), para quem o termo "neoconstitucionalismo" conforma, desde sua origem, uma ambiguidade teórica, ou até mesmo mal-entendidos. Para referido jurista, a importação do termo e de algumas de suas propostas teve importância estratégica para o Brasil e para a América Latina como um todo, na medida em que esses ingressaram no "novo mundo constitucional" tardiamente. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo significava ir além de um constitucionalismo com características liberais "[...] que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – na direção de um constitucionalismo compromissório que possibilitasse [...] a efetivação de um regime democrático" (STRECK, 2014, n.p.).

Porém, de acordo com Streck (2014), frente às especificidades do direito brasileiro, o neoconstitucionalismo acabou por provocar condições que contribuíram para a corrupção do próprio texto constitucional. Portanto, frente à adoção de posturas voluntaristas viabilizadas por esse novo desenho no Brasil, passou a utilizar o termo com ressalvas, entre parênteses ou entre aspas, posto que, o autor entende o termo neoconstitucionalismo como o constitucionalismo compromissório do segundo pós-guerra, esse desvinculado de ativismos ou práticas discricionárias. Portanto, o autor passou a designar o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra de Constitucionalismo Contemporâneo.

Isso porque, sob a bandeira do neoconstitucionalismo, bem como a moralização do direito, defende-se "[...] ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento" (STRECK, 2014, n.p.). Isso tudo porque, conforme Streck acreditou-se que era atribuição da jurisdição incorporar os supostos verdadeiros valores, isto é, aqueles definidores de um direito justo, alçando a jurisdição.

É uma questão paradoxal que se põe à luz da teoria do direito: para que não seja prejudicado pela política, pela economia e pela moral, é necessário que o direito tenha autonomia, que é condição de sua possibilidade. Por outro lado, frente a textos constitucionais cada vez mais analíticos, e maior abertura à jurisdição constitucional (o que enseja maior controle de constitucionalidade), o espaço de liberdade do legislador diminui, o que pode "representar um apequenamento da democracia, questão central do próprio Estado Democrático de Direito" (STRECK, 2010, p. 163).

Conforme argumenta Streck (2010, p. 164), "autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente", pois isso deixaria a democracia exposta a um constante risco, uma vez que a substituição da autonomia pelo pragmatismo político em seus mais variados aspectos vem colocando o direito em permanente estado de exceção, o que, para Streck, significa o próprio declínio do Império do Direito.

[...] o direito do Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça. Isso porque, de um lado, corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do consequente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente (STRECK, 2010, p. 164).

Essa discussão é o cerne do presente texto, e por meio dela se pode elencar algumas das contradições da democracia liberal. Essas contradições e esses impasses serão abordados no tópico subsequente.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Cabe, preliminarmente, tecer alguns comentários sobre a representação política, posto que uma das mais contundentes críticas acerca da judicialização da política diz respeito justamente à essa questão, de modo que se aventa até mesmo uma "juristocracia"⁶. O objetivo do tópico é demonstrar, em linhas gerais, a polissemia que permeia o conceito de democracia e fornecer subsídios teóricos e conceituais para refletir acerca da relação entre judicialização da política e democracia.

Na definição de democracia estão inseridos os termos *povo* e *poder*. Portanto, o povo sempre desempenhará um papel fundamental quando se fala de democracia.⁷

O conceito de democracia vem se alterando ao longo da história. Para Santos e Avritzer (2002), de fato o século XX foi um século de intensas disputas no que diz respeito à questão da democracia. Segundo os autores, ao final de cada uma das guerras mundiais e ao longo do período da guerra fria o debate acerca da desejabilidade da democracia se tornou central, e foi resolvido em seu favor enquanto forma de governo. Porém, a proposta que se tornou

6 Termo oriundo do artigo "Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism", de Ran Hirschl, publicado em 2004.

7 A ideia da democracia teve origem na Grécia antiga. Foi lá que a ideia de democracia se desenvolveu de forma mais profunda. A característica marcante desse período, isto é, o que distingue o convívio dos homens na pólis de todas as outras formas de convívio é, segundo Hannah Arendt, algo bem conhecido para os gregos: a liberdade (ARENDR, 2012). Porém, isso não significa que a coisa política ou mesmo a política seria condição necessária para possibilitar aos homens a liberdade (ARENDR, 2012). Isso porque ser-livre e viver-numa-pólis eram, segundo Arendt, a mesma coisa num certo sentido, pois para viver numa pólis, o homem deveria ser livre, ou seja, não estar subordinado como escravo à coação de outro nem como trabalhador à necessidade do ganha-pão diário (ARENDR, 2012). Ou seja, a política no mundo grego orbita em torno da liberdade, entendida negativamente como o não-ser-dominado e não-dominar, e também positivamente como um espaço que só pode ser produzido por muitos, no qual cada um se move entre iguais (ARENDR, 2012). Cabe destacar que, conforme Ferreira (2020), os Atenienses se consideravam livres porque eram iguais perante a lei, da qual se sentiam autores, e apenas a ela obedeciam. Contudo, eram apenas os cidadãos que gozavam de referidas prerrogativas e possuíam direitos políticos, e isso caracterizava uma pequena parcela da população de Atenas (FERREIRA, 2020).

hegemônica ao final das duas guerras mundiais ensejou a “[...] restrição das formas de participação e soberania ampliadas em favor de um consenso em torno de um procedimento eleitoral para a formação de governos” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 39-40).

Após a Segunda Guerra Mundial ganhou força um debate específico em torno da democracia, desta vez sobre as suas condições estruturais, e, portanto, o debate também orbitou a compatibilidade ou não entre democracia e capitalismo (SANTOS; AVRITZER, 2002). Essa tensão foi resolvida a favor da democracia, que tendeu a colocar limites à propriedade o que implicou em ganhos distributivos para setores sociais desfavorecidos.

Porém, a partir da década de 1980, com o desmonte do estado de bem-estar social e o corte das políticas sociais a discussão sobre o significado estrutural da democracia foi reaberto, principalmente no que diz respeito aos países em desenvolvimento, ou países do Sul (SANTOS; AVRITZER, 2002). Nesse contexto, Joseph Schumpeter argumentou que o problema da construção democrática deriva dos problemas na construção da democracia na Europa no período entre guerras. Essa resposta fundou o que Santos e Avritzer (2002) definem como concepção hegemônica de democracia, que tem como alguns de seus pressupostos a valoração positiva da apatia política, a concentração do debate democrático na questão dos desenhos eleitorais das democracias, o tratamento do pluralismo como forma de incorporação partidária e disputa entre as elites, dentre outros aspectos.

Todos esses elementos podem ser apontados como constituintes de uma concepção hegemônica de democracia, que não consegue dar conta de seus problemas, ensejando a situação paradoxal de que a extensão da democracia trouxe consigo uma enorme degradação das práticas democráticas (SANTOS; AVRITZER, 2002). É por esse motivo que Santos e Avritzer (2002) expõem que a forma hegemônica da democracia, que é a democracia representativa elitista, propõe estender ao resto do mundo o modelo de democracia-liberal-representativa vigente nas sociedades do hemisfério norte, ignorando as experiências, bem como as discussões decorrentes dos países do Sul.

É notório que os sentidos acima aventados como concepção para a palavra democracia têm em comum a noção de que a democracia é um terreno fértil para o seu próprio desmantelamento. Democracia demanda constante zelo, pois pode facilmente guinar para a instauração do estado de exceção, como comprovam os fatos históricos como o totalitarismo, que surgiu no seio das democracias liberais. À guisa desse argumento, cabe verificar o papel do poder judiciário na democracia representativa brasileira.

Conforme aponta o filósofo italiano Giorgio Agamben (2007), há uma íntima solidariedade entre democracia e totalitarismo. De início, cabe ressaltar que, ao apontar a cumplicidade entre democracia e totalitarismo, Agamben não pretende desvalorizar as conquistas e as dificuldades da democracia. O intento do filósofo é tentar demonstrar como que a democracia, no momento em que parecia estar no seu apogeu, demonstrou-se incapaz de salvar de uma ruína sem precedentes aquela *zoé*⁸ para o qual havia enveredado todos os seus esforços (AGAMBEN, 2007).

8 Os gregos definiam vida a partir de dois termos: *zoé* e *bíos*. Essa separação se dá porque os gregos não possuíam uma única definição para exprimir o conceito de vida. A *bíos* indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo. A *zoé* referia-se ao simples fato de viver comum a todos os seres vivos (AGAMBEN, 2007). Ou seja, a *zoé* se refere à vida não qualificada, a mera existência biológica, e, por esse motivo, “a simples vida natural é, porém, excluída, no mundo clássico, da *pólis* propriamente dita e resta firmemente confinada, como mera vida reprodutiva, ao âmbito do *oikos*”

A democracia é regime político que tem como premissa que todo poder emana do povo e é por ele exercido, seja de forma direta, seja de forma indireta, dá-se como barreira que tenta afastar opressões de toda sorte. Seus ideais e princípios tem como mote a liberdade e a igualdade. Conforme aponta Agamben, a política ocidental moderna deve ser lida a partir daquilo que Foucault denominou de biopolítica. Isso porque para o filósofo as teorias que versam sobre política possuem em seu bojo a ideia do cálculo e a manipulação sobre a vida, ou seja, técnica de administração e gestão da vida nua⁹. É a partir desse prisma que se reflete sobre a ideia de democracia a partir de Giorgio Agamben:

Usamos esse conceito como se fosse a mesma coisa na Atenas do século V e nas democracias contemporâneas. Como se estivesse em todos os lugares e sempre bem claro de que se trata. A democracia é uma ideia incerta, porque significa, em primeiro lugar, a constituição de um corpo político, mas significa também e simplesmente a tecnologia da administração – o que temos hoje em dia. Atualmente, a democracia é uma técnica do poder – uma entre outras. Não quero dizer que a democracia é ruim. **Mas façamos esta distinção entre democracia real como constituição do corpo político e democracia como mera técnica de administração** que se baseia em pesquisas de opinião, nas eleições, na manipulação da opinião pública, na gestão dos meios de comunicação de massa etc. A segunda versão, aquela que os governantes chamam democracia, não se assemelha em nada com aquela que existia no século V a.C. Se a democracia for isso, simplesmente não me interessa (Grifo nosso) (AGAMBEN, 2014, n.p.).

O filósofo italiano aponta uma íntima cumplicidade entre democracia e totalitarismo na medida em que ambas possuem em comum o exercício do poder político por meio de uma biopolítica. Isso porque a democracia nos moldes contemporâneos, segundo Agamben, é mera técnica de administração governamental, os quais se afirmam por meio das narrativas das infundáveis crises. Crise esta que nada mais é que “[...] o modo normal em que funciona o capitalismo do nosso tempo” (AGAMBEN, 2014, n.p.). Nesse sentido, a crise é, para a democracia contemporânea, necessária e até mesmo desejada, pois se constitui em técnica de governo.

Os argumentos que “justificam” essa desaplicação da norma estão, via de regra, relacionados às medidas de urgência ensejadas por situações excepcionais. Desse modo, a crise é terreno fértil para o exercício do poder soberano que instaura a exceção. Em outras palavras, é como se a situação periclitante demandasse uma decisão fora do direito para a preservação da ordem, ordem essa em cujo seio se instaurou a referida situação periclitante. As crises cíclicas e cada vez mais intensas da economia financeirizada ensejam um estado de emergência que passa a justificar medidas excepcionais, a efetivação do estado de exceção¹⁰.

(AGAMBEN, 2007, p. 10), a casa. Por seu turno, a *bios* diz respeito à vida ética, à vida política, a forma qualificada de vida e, por isso, se constitui no âmbito da *polis*, da cidade-comunidade.

9 O conceito de vida nua na acepção agambeniana, refere-se à vida humana em sua apreensão meramente biológica, de modo que a insegurança decorrente dessa situação é a obscura ameaça de morte que transforma o viver em mero sobreviver “[...] que equivaleria a exterminável, no sentido de que a vida do homo sacer podia ser eventualmente exterminada por qualquer um, sem que se cometesse uma violação” (AGAMBEN, 2007, p. 195).

10 Aquilo que Giorgio Agamben define como estado de exceção permanente decorre da prática dos Estados contemporâneos de criação voluntária de um estado de emergência permanente que justifique as medidas excepcionais, mesmo frente aos ditames da democracia constitucional. Esse fenômeno se apresenta como “[...] paradigma de governo dominante na política contemporânea” (AGAMBEN, 2004, p. 12-13).

Trata-se justamente de “[...] deixar que os eventos se produzam para depois orientá-los na direção mais oportuna. É neste sentido que hoje tudo pode ser governado, gerido e normalizado” (AGAMBEN, 2014, n.p.). É dessa situação que decorre o primado da economia e do direito sobre a política, pois “onde tudo é normalizado e tudo é governável, o espaço da política tende a desaparecer” (AGAMBEN, 2014, n.p.).

Essa lógica tem como pressuposto a concepção de que no interior das democracias ocidentais contemporâneas convive o Estado de exceção como uma pertinência biopolítica, que tende a tratar amplos contingentes da população como “vida nua”. Acerca do conceito de estado de exceção,

Se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? E se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha e contrária à lei; como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a uma situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna? (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Agamben aponta que o sistema legal no interior das democracias do século XX não se fundamenta numa suspensão legal da lei, mas simplesmente na anomia. Na sua concepção, o estado de exceção está inserido numa zona de indiferença, no qual dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. Logo, a suspensão da norma não significa a sua abolição, bem como “[...] a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretender ser) destituída de relação com a ordem jurídica.” (AGAMBEN, 2004, p. 39).

A politização da vida e, conseqüentemente, a exceção transformada em técnica de governo dão azo ao aparecimento de uma estrutura designada por Agamben como campo¹¹, que se caracteriza como espaço de manifestação da anomia no qual a vida humana é destituída do direito, lançada para fora do ordenamento jurídico que se constitui e se legitimou a partir da promessa da proteção da vida, “[...] a estrutura na qual o estado de exceção, sobre cuja decisão possível se funda o poder soberano, é realizado de modo estável” (AGAMBEN, 2015, p. 43). Portanto, quem ocupa a cadeira do soberano institui a exceção por meio da suspensão da norma como forma de preservar uma determinada ordem que preserve os interesses que conferem sustentabilidade ao poder soberano. Eis, portanto, o imbricamento entre o conceito de democracia em Agamben e a discussão acerca da judicialização da política e o ativismo judicial.

11 Os campos de concentração nazistas são a expressão brutal da lógica anômica do campo com pleno estado de exceção no interior do qual se produz vida nua, bem como “[...] tanto o estádio de Bari, no qual, em 1991, a polícia italiana amontoou provisoriamente os imigrantes clandestinos albaneses antes de devolvê-lo a seu país, quanto o velódromo de inverno no qual as autoridades de Vichy recolheram os judeus antes de entregá-los aos alemães; tanto o campo de refugiados na fronteira com a Espanha, [...] quanto as zonas d'attente nos aeroportos internacionais franceses, nas quais foram mantidos os estrangeiros que pedem o reconhecimento do estatuto do refugiado. Em todos esses casos, um lugar aparentemente anódino [...] delimita, na realidade, um espaço no qual o ordenamento normal é, de fato, suspenso e no qual o fato de que sejam cometidas ou não atrocidades não depende do direito, mas somente da civilidade e do sentido ético da polícia que age provisoriamente como soberana [...]” (AGAMBEN, 2015, p. 45).

4. O OCASO DOS PODERES POLÍTICOS E A AURORA DO PODER JUDICIÁRIO

A ampliação das esferas de composição da democracia representativa, sobretudo quanto aos pressupostos sociais e institucionais democráticos dos pós-guerra, alcançou no contexto do fim do regime militar (1964 a 1984) e, de abertura política nacional a Assembleia Constituinte de 1988 e se apresentaram como expressão legal na própria Carta Constitucional.

No entanto, ao se observar com maior atenção, a partir de meados dos anos 90 do século XX, no contexto de implementação de demandas do receituário neoliberal nos governos de Fernando Henrique Cardoso (FHC) e, sobretudo após a crise de 2008 e, o aprofundamento dos pressupostos da economia financeirizada, percebe-se que a democracia representativa brasileira enfrentava dificuldades, bem como vai sendo enfraquecida por vários fatores, entre eles: a desarticulação dos movimentos sociais que passam a ser incorporados pela institucionalidade do Estado deixando de ser movimento; o esvaziamento do debate político no interior dos partidos políticos, atenuando aquilo que se define como ideologia partidária, o que transformou os partidos em meras agremiações eleitoreiras; cada vez mais o Congresso Nacional para ser composto por bancadas vinculadas a defesa de interesses de grupos privados. Ainda nesta direção, some-se a esse cenário, o fato de o Poder Executivo utilizar-se, senão governar a partir do emprego de medidas provisórias (MP's), para além daquilo que é apregoado pela própria Constituição Brasileira, isto é, sem que estejam presentes os requisitos de relevância e urgência da matéria abordada¹². Desse modo, pautas políticas que deveriam ser debatidas com amplos setores da sociedade civil organizada, com movimento sociais, passam a ser decididos por medidas provisórias, por decretos leis, cabendo ao legislativo a chancela de tais medidas e imposições. Esses fatores contribuem para o esvaziamento do poder legislativo. E é nesse vão político que o Poder Judiciário é chamado para atuar. Todos estes aspectos, bem como outras situações e variáveis que podem ser arroladas neste contexto demonstram de forma inequívoca o esvaziamento da democracia representativa no seio da sociedade brasileira.

Sob tais pressupostos, conforme o jurista Campos (2014) vivenciam-se os momentos constitucionais e infraconstitucionais de maior oportunidades formais para a judicialização da política e o ativismo judicial da história do Supremo Tribunal Federal. Porém, cabe pontuar de início que existe enorme debate jurídico acerca dos conceitos de judicialização da política e ativismo judicial e seus efeitos.

Para a presente análise, adota-se a perspectiva de judicialização da política como um fenômeno amplo no qual há uma transferência de poder do Legislativo para Tribunais e outras instituições jurídicas. Ativismo judicial, por sua vez, pode ser considerado como um fenômeno mais estrito que corresponde ao “[...] exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos (CAMPOS, 2014, p. 164). Em sentido semelhante, o jurista Ramos (2015, p. 119) apregoa que ativismo judicial se refere “[...] à ultrapassagem das linhas demarcatórias

12 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias (BRASIL, 1988).

da função jurisdicional, em detrimento, principalmente, da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo".

A judicialização da política, demarcada por um arranjo constitucional que alçou o Poder Judiciário à posição de cerne da política, tem como consequência o desempenho de um papel político que se relaciona ao exercício do poder soberano.

Após a Constituição de 1988 o sistema jurídico brasileiro passou por um processo de juridicização que impactou no funcionamento do Estado e da sociedade brasileira. Esse processo elevou o poder judiciário ao cerne do debate político.

O contexto neoconstitucional, abordado anteriormente, ensejou um rearranjo no modelo constitucional, na medida em que possibilitou a irradiação da norma constitucional para a política governamental. Desse modo, o Poder Judiciário assume um espaço de concretização de direitos constitucionais não adimplidos pelos demais poderes. Soma-se a esse fator a complexificação social e seu decorrente aumento de litigiosidade, o qual desembocam no Poder Judiciário. Essa perspectiva é descrita na obra "Judicialização da política e das relações sociais", de Luiz Werneck Vianna, publicada no ano de 1999.

De acordo com o jurista Vieira (2008), a expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral é um fenômeno global, sobre qual existe uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e consequente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos.

Para Vieira (2008), o processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou contornos ainda mais acentuados no Brasil, pois a ambição do texto constitucional de 1988 somada à paulatina concentração de poderes jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal ensejou um desequilíbrio no sistema de separação de poderes no Brasil.

O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/1993, e no.45/2005, bem como pelas leis no.9.868/99 e no.9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes (VIEIRA, 2008, p. 444).

Essa conjuntura foi denominada por Vieira (2008), como Supremocracia. Essa terminologia ampara dois sentidos: o primeiro diz respeito à autoridade do supremo em relação às demais instâncias do judiciário. Criado em 1891, o Supremo Tribunal Federal sempre teve dificuldades em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores. Isso por causa da inexistência de uma doutrina como a do *stare decisis* do *common law*, que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do STF. Isso tornou a Corte fragilizada. Porém, em 2005, com a adoção da súmula vinculante, houve uma concentração de poderes no âmbito do Supremo. Assim, visou-se sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões. Desse ponto de vista, Oscar Vilhena Vieira (2008) aponta que o termo "supremocracia" refere-se, em primeiro plano, à autoridade adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o poder judiciário no Brasil.

Em um segundo sentido, o jurista indica que o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do supremo em detrimento dos demais poderes. Com a constituição de 1988 o Supremo deslocou-se para o centro do arranjo político brasileiro, de modo que, em vistas à enorme tarefa de guardar tão extensa constituição, sua posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva. Desse modo, o aumento dos instrumentos dados para a jurisdição constitucional fez com que o Supremo não apenas exercesse uma espécie de poder moderador, mas também se tornasse responsável por “[...] emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias” (VIEIRA, 2008, p. 446).

O caso brasileiro se torna único por razão de escala e de natureza. Escala por causa da quantidade de assuntos que, no Brasil, têm natureza constitucional e que, portanto, são reconhecidos pela doutrina como passíveis de judicialização; e de natureza, pois não há qualquer obstáculo para que o Supremo Tribunal Federal aprecie atos do poder constituinte reformador (VIEIRA, 2008, p. 446).

Nesta direção, é fundamental observar que o Supremo Tribunal Federal não apenas exerce, na atual quadra histórica, uma função política, mas também exerce, mesmo que subsidiariamente, a função de “criação de regras”. Ou seja, acumula exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional, com exercício de poder reservado à órgãos representativos (VIEIRA, 2008).

Esse fortalecimento e expansão da autoridade dos tribunais pode ser lido, como por exemplo, em Hirschl (2009), como uma consequência da expansão global do sistema de mercado, de modo que os tribunais constituiriam, aos olhos dos investidores, um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, uma vez que esses estariam premidos por demandas “populistas” e, portanto pouco eficientes, à luz de uma perspectiva econômica (VIEIRA, 2008). Nesse sentido, o jurista israelense constata “[...] o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas” (HIRSCHL, 2009, p. 140).

Uma outra corrente argumenta que a ampliação do protagonismo do poder judiciário é uma consequência da retração do sistema representativo bem como de sua deficiência no cumprimento de promessas de igualdade e justiça, decorrentes do ideal democrático e inseridos nas constituições contemporâneas (VIEIRA, 2008). Essa perspectiva, exposta na obra “O Juiz e a Democracia”, de Antonie Garapon (1999), qualifica o judiciário como guardião dos ideais democráticos, ensejando uma situação paradoxal, uma vez que ao se buscar suprir as lacunas do sistema representativo, o judiciário vem a contribuir para a ampliação da crise de autoridade da democracia.

Ainda nesta direção, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário é, para muitos constitucionalistas, uma consequência das constituições rígidas que possuem sistemas de controle de constitucionalidade, pois esse fenômeno se torna mais agudo quando na perspectiva de constituições ambiciosas em detrimento das liberais, e nesse contexto o judiciário atua como guardião da constituição.

Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir

que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição (VIEIRA, 2008, p. 443).

Em sentido similar, o jurista Roberto Barroso define o fenômeno da Judicialização como a situação em que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário, de modo que se verifica uma “transferência de poder para as instituições judiciais”, em detrimento dos poderes Legislativo e Executivo (BARROSO, 2016).

Para o referido jurista, essa expansão da jurisdição opera uma mudança drástica no modo de pensar e de praticar o direito no mundo romano-germânico, porém até mesmo nos países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês é possível verificar esse fenômeno (BARROSO, 2016). Como causas, Barroso (2016) elenca o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas, o que ensejou uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, bem como uma certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Também é apontado pelo jurista como causa o fato de que, muitas vezes, os atores políticos preferem eleger o Judiciário como instância decisória de questões em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade, de modo a evitar o próprio desgaste na deliberação de temas que dividem opiniões, como por exemplo: uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas (BARROSO, 2016).

Para o referido jurista, o fenômeno assumiu tamanha proporção no Brasil em função da constitucionalização abrangente e analítica, uma vez que constitucionalizar é, em última análise, tolher um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis, bem como em função do sistema de controle de constitucionalidade vigente no país, que fornece amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas (BARROSO, 2016). A consequência disso é que “quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2016, p. 386). Como exemplo dessa afirmação, Barroso aventa uma série de questões políticas que já foram judicializadas:

(i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105-DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3.367-DF); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510-DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82.424-RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91.952-SP e Súmula Vinculante n. 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388-RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12-DF e Súmula 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130-DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1.085-Itália e MS 27.875-DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101-DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3.937-SP). Merece

destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS) (BARROSO, 2016, p. 386).

Porém, para Vieira (2008), a hiper-constitucionalização da vida contemporânea não se dá por causa da democracia, mas por causa da desconfiança em relação a ela. De acordo com o autor, a opção institucional pela ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais contribui para o amesquinamento do sistema representativo.

Ainda, o jurista Cappelletti (1993) em sua obra "Juizes Legisladores?" (1993) aventa como hipótese para o caso o declínio na confiança nos parlamentos, bem como o fato de que o "terceiro poder" não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, de modo que o controle judiciário da legitimidade constitucional das leis é um dos aspectos dessa responsabilidade. E uma característica dessas novas responsabilidades "[...] foi o crescimento sem precedentes da justiça administrativa, vale dizer (mais precisamente), do controle judiciário da atividade do exercício e de seus derivados" (CAPPELLETTI, 1993, p. 46).

Para Tate (1995), judicialização da política é a expansão do campo de atuação das Cortes ou dos juizes em detrimento dos políticos e/ou administradores, bem como a disseminação de métodos de decisão judicial fora do campo judiciário propriamente dito. Para o sociólogo e jurista estadunidense Ferejohn (2012, p. 63), judicialização da política é "uma profunda transferência de poder do Legislativo para Tribunais e outras instituições jurídicas ao redor do mundo".

A discussão acerca do caráter democrático dentro desse arranjo institucional é intensa. O protagonismo do Poder Judiciário induz, de certa forma, a uma construção do Direito por via judicial e não pautado por critérios jurídicos (TASSINARI, 2012). De acordo com a jurista Tassinari (2012), não se deve negar a concepção democrática que inclua a premissa contra majoritária, na qual a atuação das cortes e tribunais atua na proteção de direitos assegurados constitucionalmente frente à existência de maiorias eventuais. Porém, mesmo frente a essa conjuntura, não era previsto que se fosse vivenciar no contexto político de forma tão intensa o apelo permanente à jurisdição e a apatia política (TASSINARI, 2012).

De outro lado, tem-se que a judicialização da política deu efetividade à direitos fundamentais, com a possibilidade de dar conteúdo aos direitos humanos. As juristas Estefânia Maria De Queiroz Barboza e Katya Kozicki (2012) argumentam que a despeito das críticas tecidas à atuação política do poder judiciário brasileiro em ofensa ao princípio da separação dos poderes, a transferência de decisão do parlamento para o judiciário decorre em virtude do fenômeno da judicialização da política. Ainda, apregoam as juristas que a Constituição Federal de 1988 deu um novo papel ao judiciário brasileiro, que passa a exercer um importante papel na realização dos direitos fundamentais. Desse modo, o princípio da separação dos poderes deverá ser analisado a partir da Constituição, "[...] com a ideia de controles recíprocos entres os poderes e não mais a ideia de separação rígida entre os mesmos" (BARBOSA, KOZICKI, 2012, p. 80). Ainda, argumenta que a Constituição se apresenta como um documento político, de modo que "[...] caberá sim, ao Judiciário, tomar algumas opções polí-

ticas, as quais, entretanto, deverão ser fundamentadas em princípios escolhidos pelo próprio povo no momento constituinte" (BARBOSA, KOZICKI, 2012, p. 80).

Cabe pontuar que, conforme as juristas, é difícil encontrar uma única causa para justificar a judicialização da política e que "[...] muitas das questões políticas que são transferidas para os Tribunais o são por partidos políticos ou por grupos de interesses e, portanto, isso não pode ser visto como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas como um fenômeno político" (BARBOSA, KOZICKI, 2012, p. 65). A constatação das autoras é a de que o poder judiciário tem sido utilizado como outra arena política, na qual as minorias políticas no âmbito de discussão deliberativa parlamentar possuem a possibilidade de ter resguardados seus direitos.

Ainda, Andrei Koerner (2013) argumenta que após 2003 houve importante renovação no Supremo Tribunal Federal, de modo que os incentivos externos encontravam renovação interna para facilitar uma nova orientação jurisprudencial. Assim, esse novo tribunal "[...] com juízes com outra formação e concepção sobre o papel da justiça constitucional e a interpretação da Constituição, atuou de forma convergente com o governo em questões relativas à maior efetividade de direitos e promoção de políticas sociais" (KOERNER, 2013, n.p.). Portanto, pode-se promover a efetivação da Constituição, por meio da concretização de princípios da Constituição de 1988 não realizados por omissão do legislador, conformando um novo regime jurisprudencial (KOERNER, 2013).

Em sentido semelhante, o jurista Anderson Teixeira argumenta que para além do debate acerca da definição conceitual de ativismo judicial, cabe reconhecer que "[...] se trata de uma patologia constitucional cada vez mais necessária – desde que seja na sua vertente positiva –, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado" (TEIXEIRA, 2012, p. 52). O jurista indaga sobre o possível cenário que decorreria se o judiciário decidisse abandonar uma postura ativista e passasse a se omitir diante das ofensas aos direitos fundamentais que muitas vezes são perpetradas pelo próprio Estado (TEIXEIRA, 2012)

O que se percebe é que frente a essa transferência de poder para o judiciário, ou mesmo expansão do poder judiciário, muitas são as críticas tecidas. Se para alguns a expansão dos poderes auxilia na efetivação de políticas públicas e concretização de direitos sociais, para outros essa configuração aponta para um viés democrático.

Os argumentos aventados até o presente momento não consideraram a lógica econômica¹³ e seu impacto no poder político e, especificamente, no poder judiciário. Justiça, democracia e neoliberalismo são eixos que se complementam na busca para respostas à perene crise. No limite, paira o questionamento se a crise de representatividade ensejou uma

13 O que é cristalino é que o modelo econômico vigente possibilita a tomada de decisões contrárias aos anseios democráticos. Ao tratar do modelo econômico vigente, seja ele aqui denominado como neoliberal (relacionado à autores como Friedrich Hayek, Milton Friedman, F. Knight, Ludwig Von Mises, enfim, àqueles que fizeram parte da sociedade Mont Pèlerin), ou mesmo o modelo denominado pós neoliberal, conhecido por seu caráter mais "progressivo", (este modelo relacionado ao pensamento de autores como Emir Sader, Atilio Borón, Carlos Fiqueroa Ibarra), o que fica claro é que a judicialização da política e, conseqüentemente, o ativismo judicial, são espectros de um processo político que não visam a construção de uma sociedade equitativa (ou uma igualdade substantiva, conforme István Mészáros), mas uma sociedade meramente "mais equitativa", que na prática significa uma sociedade não equitativa (MÉSZÁROS, 2015). Na atual democracia neoliberal, a participação popular se limita às escolhas entre nuances do neoliberalismo, pois é uma democracia cujo fito não é o bem comum, mas o mercado e sua liberdade de exploração. Porém, o mercado não visa a simetria de oportunidades e o bem comum, mas justamente a assimetria, de modo a poder abusar cada vez mais aqueles excluídos dessa lógica, os desposuídos. A judicialização da política, que poderia ser um atalho para a realização de políticas públicas que visassem o bem comum, torna-se um cada vez mais um elemento central na destituição da norma em prol do mercado.

invasão de competências por parte do poder judiciário ou se a invasão por parte do poder judiciário ensejou uma crise de representatividade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O rearranjo institucional nacional pode ser lido como uma reorganização em função dos interesses internacionais na garantia de contratos, dos interesses da economia financeira, de circulação ilimitada e segurança, dos limites do Estado em garantir os direitos fundamentais, dentre outros. Porém, o que se pode constatar é que a judicialização das relações sociais, por meio das inovações que forneceram à Corte Suprema um novo papel institucional, também implicou em judicialização da política. Ou seja, houve a transferência de poder que pertence ao poder legislativo, munido de representação política, para um poder sem revestimento representativo que é o poder judiciário.

Se por um lado questões políticas urgentes estão tendo uma resposta mais célere por parte do Poder Judiciário, por outro há que se pontuar que essas decisões possuem um déficit democrático. Ou seja, se para alguns a expansão dos poderes auxilia na efetivação de políticas públicas e concretização de direitos sociais, para outra essa configuração aponta para um viés totalitário, já que houve a transferência de poder que pertence ao Poder Legislativo, munido de representação política, para um poder sem revestimento representativo que é o Poder Judiciário.

Frente a essa conjuntura, colocou-se em análise a crise do Estado democrático e do Estado de direito, uma vez que, frente à essa estrutura, a íntima relação entre democracia e totalitarismo no conceito de Giorgio Agamben aparece no enfraquecimento da lógica democrática que, nesse sentido, tenderá ao totalitarismo.

Para tanto, o presente artigo apontou o decisionismo, isto é, o fenômeno da decisão contrária à constituição materializadas em decisões ativistas, como um exercício privado de poder arbitrário, pois retira do debate público questões centrais atinentes ao jogo político democrático. No contexto jurídico, aquilo que se definiu como neoconstitucionalismo, teve como característica a possibilidade de integrar elementos dotados de subjetividade à interpretação das cartas constitucionais, de modo a viabilizar ao Supremo Tribunal Federal, interprete último da Constituição, maior autonomia decisória. Essa conjuntura, pensada a partir da possibilidade de efetivação de direitos e políticas públicas não viabilizadas pelos outros poderes por meio de decisões judiciais, teve como resultado secundário a proeminência desse poder de estado em relação aos demais.

Quanto ao aspecto político, o descolamento do poder legislativo em relação à sociedade brasileira, sua deficiência em relação a representatividade, e por extensão ausência substancial de credibilidade por parte dos cidadãos, bem como até mesmo a esQUIVA estratégica do jogo político para não pautar sobre temas considerados polêmicos, contribuiram para que o poder judiciário fosse demandado para viabilizar os direitos assentados na Constituição Federal de 1988. Essa transferência da atuação política para o poder judiciário afasta a população do debate democrático, de modo que as leis, plurais e aplicáveis a todos, são substitu-

ídas por decisões, que valem para um ou alguns. Portanto, o aspecto social da democracia perde espaço para um espaço privado, individualizado e segmentado.

Ainda, as mudanças econômicas ensejaram mudanças jurídicas. E dentro dessa lógica o constitucionalismo é visto como um entrave ao desmonte do Estado social. Portanto, a judicialização da política vem para driblar os direitos sociais de forma a estar em consonância com aquilo que é demandado pelo mercado internacional. Acontece que as demandas do mercado e as demandas da população dificilmente coincidem.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- AGAMBEN, G. *Estado de exceção: Homo Sacer, II, I*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- AGAMBEN, G. A democracia é um conceito ambíguo. *Blog da Boitempo*, 2014. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2014/07/04/agamben-a-democracia-e-um-conceito-ambiguo/>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- AGAMBEN, G. *Meios sem fim: notas sobre a política*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015. 136 p.
- ARENDT, H. *O que é Política?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 059-085, 2012.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, n. 1, p. 1-42, abr., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL, Senado Federal. *Constituição da república federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CARBONELL, M. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, M. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- CAMPOS, C. A. de A. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CAPPELLETTI, M. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1993.
- DIMOULIS, D. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, D. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FEREJOHN, J. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, L. (Org.). *Judicialização da Política*. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 63-97.
- FERREIRA, José Ribeiro. Atenas, uma democracia? *Revista da Faculdade de Letras-Línguas e Literaturas*, v. 6, 2020.
- GARAPON, A. O juiz e a democracia. *O guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai., 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 05 out. 2020.
- HIRSCHL, R. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estudos CEBRAP*, n. 96, p. 69-85, 2013.

MÉSZÁROS, István. *A montanha que devemos conquistar: reflexões acerca do Estado*. São Paulo: Boitempo, 2015.

POZZOLO, S. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico: A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo. In: DUARTE, E. O. R.; POZZOLO, S. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico*. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2010.

RAMOS, E. da S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÁNCHEZ, M. C. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Espanha: Trotta, 2003.

SANTOS, B. de S.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. de S.; AVRITZER, L. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.

SARMENTO, D. A. de M. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, D. A. de M. (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lênio. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 11 - 28, dez., 2013. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23>. Acesso em: 03 ago. 2020.

STRECK, Lênio. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? *Revista NEJ*, Itajaí, v. 15, n. 1, p.158-173, jan., 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 10 jul. 2020.

STRECK, Lenio. *Eis porque abandonei o "neoconstitucionalismo"*. *Revista Consultor Jurídico*, mar., 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 10 jul. 2020.

TASSINARI, C. *Ativismo Judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileiros e norte americana*. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 out. 2020.

TATE, C. N. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p. 27-37.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, v. 8, n. 1, p. 037-057, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista de Direito FGV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p.441- 464, jul., 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

Recebido/Received: 03.08.2020.

Aprovado/Approved: 12.10.2020.

IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS E FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA: COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA, OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

WEALTH TAX AND COMBAT
AND ERADICATION OF POVERTY FUND:
TAX COMPETENCE, UNCONSTITUTIONAL OMISSION
AND VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

JULIA PIRES PEIXOTO DOS SANTOS¹

MARIO DI STEFANO FILHO²

VINÍCIUS GOMES CASALINO³

RESUMO

O presente artigo trata do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), o qual, apesar de previsto no artigo 153, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, ainda não foi implementado, carecendo de regulamentação por lei complementar. Nessa linha, o trabalho tem como objetivo promover uma análise crítica acerca da não instituição do IGF frente ao cenário de desigualdade brasileiro. Assim, a partir de um exame amplo do con-

1 Graduanda em Direito na Universidade Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Bolsista no programa de Iniciação Científica da PUC-Campinas, com o tema "Políticas Públicas e Políticas Tributárias", na modalidade FAPIC/Reitoria, sob a orientação do professor-pesquisador Dr. Vinícius Gomes Casalino. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7506-2378>. E-mail: juliapirespeixoto@gmail.com.

2 Mestrando no Programa de Pós-Graduação de Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Bolsista CAPES/PROSUC com dedicação exclusiva, vinculado à linha de pesquisa Direitos Humanos e Políticas Públicas. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas e pós-graduado em Direito Público pela FACAB. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2429-8345>. E-mail: mariodsfilho.adv@gmail.com.

3 Professor titular (categoria A1) da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP) em regime de tempo integral e dedicação exclusiva. Orientador de mestrado, está vinculado à linha de pesquisa Direitos Humanos e Políticas Públicas do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social. Pós-Doutor pelo Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP). Doutor e Mestre pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco-USP), instituição pela qual obteve o grau de bacharel em direito. Pós-doutorado em andamento pelo Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0003-3315>. E-mail: vinicius.casalino@puc-campinas.edu.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

SANTOS, Julia Pires Peixoto dos; STEFANO FILHO, Mario Di; CASALINO, Vinícius Gomes. *Imposto sobre grandes fortunas e fundo de combate e erradicação da pobreza: competência tributária, omissão inconstitucional e violação de direitos fundamentais*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 172-195, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8153>.

teúdo e da natureza vinculante dos objetivos constitucionalmente definidos, dentre eles a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades (artigo 3º, inciso III, CF), e do papel da atividade legislativa tributária na sua concretização, o estudo procura responder ao seguinte problema de pesquisa: na medida em que a Constituição vincula expressamente as receitas oriundas da arrecadação do IGF ao financiamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instrumento típico de implementação de políticas públicas voltadas à promoção de direitos fundamentais sociais, a Constituição não estaria determinando explicitamente o exercício da competência tributária? Nesse sentido, levanta-se a hipótese de que o legislador federal incorre em omissão inconstitucional ao não editar a norma infraconstitucional regulamentadora, dada a sua indispensabilidade para o adequado custeio do fundo, crucial para atingir os objetivos fundamentais da República. Para exame do proposto, optou-se pelo método hipotético-dedutivo, com análise e interpretação de dados, nacionais e estrangeiros, juntamente com pesquisa bibliográfica de artigos qualificados sobre o assunto e instrumentos legislativos pertinentes. Conclui-se, por conseguinte, pela necessidade de se revisitar o paradigma da facultatividade como atributo da competência tributária, defendido de forma quase unânime pela doutrina de direito público, e, assim, averiguar se o não exercício da atividade tributária legislativa pelo ente tributante viola mandamento constitucional expresso, buscando, em caso afirmativo, compreender que consequências jurídicas podem ser daí extraídas.

Palavras-chave: Imposto sobre Grandes Fortunas. Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza; Direitos fundamentais sociais. Competência tributária. Inconstitucionalidade por omissão.

ABSTRACT

The present article deals with the Wealth Tax, which, although established in article 153, subparagraph VII, of the 1988 Federal Constitution, has not yet been implemented, lacking regulation by complementary law. In this regard, the paper has as its objective to promote a critical analysis about the non-institution of the Wealth Tax in face of the Brazilian inequality scenario. Thus, from a broad examination of the content and binding nature of the constitutionally defined objectives, among them the eradication of poverty and the reduction of inequalities (article 3, subparagraph III, Federal Constitution), and the role of tax legislative activity in its concretization, the study seeks to answer the following research problem: insofar as it expressly links the revenues from the collection of the Wealth Tax to the financing of the Combat and Eradication of Poverty Fund, a typical instrument for implementing public policies aimed at the promotion of fundamental social rights, wouldn't the Constitution be explicitly determining the exercise of tax competence?. In this sense, the hypothesis is raised that the federal legislator incurs in an unconstitutional omission by not editing the infraconstitutional regulatory rule, given its indispensability for the adequate financing of the fund, crucial to achieve the fundamental objectives of the Republic. To the examination of what proposed, the hypothetical-deductive method was chosen, with data analysis and interpretation from national and foreign sources, together with a bibliographic search of qualified articles on the subject and relevant legislative instruments. It is concluded, there for, the need to revisit the faculty paradigm as an attribute of tax competence, defended almost unanimously by the doctrine of public law, and, thus, ascertain as to whether the non-exercise of legislative tax activity by the taxing entity violates express constitutional commandment, seeking, if so, to comprehend what legal consequences can be drawn from it.

Keywords: *Wealth Tax. Combat and Eradication of Poverty Fund. Fundamental social rights. Tax competence. Unconstitutionality by omission.*

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, inciso III, consagra como objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (BRASIL, 1988). Trata-se de um dos fins mais caros à sociedade brasileira, tendo em

vista a miséria multidimensional e o fenômeno de concentração de riqueza, que permeiam a história do país.

Diante desse contexto, importa analisar a situação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), como tributo vinculado constitucionalmente a financiar, com a integralidade do produto de sua arrecadação, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, nos termos do que determina o art. 80, III, do ADCT (BRASIL, 1988). Tendo como finalidade precípua subsidiar políticas públicas voltadas à promoção de direitos fundamentais sociais básicos, tais como a saúde e a educação, esse fundo tem nítida vocação para a realização dos fins constitucionais em voga.

Ocorre que, apesar de arrolado no art. 153, VII, da Constituição (BRASIL, 1988), o Imposto sobre Grandes Fortunas, passados mais de 30 anos da promulgação daquela, ainda não foi implementado, dada a inércia do legislativo federal em editar a necessária lei complementar regulamentadora. Em virtude disso, o fundo remanesce em uma situação de evidente subfinanciamento, ficando parcialmente comprometidos, daí, todos os programas suplementares pelos quais se responsabilizou a amparar.

Assim, o presente artigo tem por escopo analisar se o legislador federal incorre em omissão inconstitucional ao não instituir o imposto e, conseqüentemente, destinar os recursos constitucionalmente vinculados ao financiamento do Fundo.

Para tanto, optou-se pelo método hipotético-dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica de obras e artigos científicos pertinentes, assim como instrumentos legislativos que giram em torno da experiência com a taxaço de riqueza e diretrizes do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, além de normas constitucionais que definem e legitimam a prerrogativa estatal.

A fim de se compreender as raízes da reflexão proposta, no capítulo 01 são perquiridos o conteúdo e a natureza vinculante dos fins e objetivos da Constituição bem como o papel do Estado frente a eles. A partir disso, busca-se expor a relação necessária entre a atividade legislativa tributária e a efetivação do programa constitucional.

No capítulo 02, é realizada uma breve análise da figura do Imposto sobre Grandes Fortunas e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, averiguando-se tanto a importância de cada instituto isoladamente, como a indispensabilidade da relação de vínculo entre ambos.

Por sua vez, o capítulo 03 busca demonstrar, enfim, a omissão inconstitucional na postura do órgão legiferante ao não instituir o IGF. Para tanto, analisa a (in)compatibilidade da facultatividade como atributo intrínseco à competência tributária, frequentemente utilizada como artifício para mascarar a não instituição do tributo.

Com isso, é possível concluir que, quer em razão do seu excepcional potencial redistributivo, quer em razão da destinação social de suas receitas, a imposição desse tributo tem plena capacidade de atuar positivamente sobre a realidade brasileira. Sendo imprescindível para o triunfo da sua dimensão protetiva, e estando vinculado expressamente ao financiamento de despesas específicas, a Constituição veda que o ente disponha (no sentido de decidir discricionariamente) da sua competência para instituir o IGF, motivo pelo qual urge a sua regulamentação por meio de lei complementar, a cargo do legislador federal.

Por fim, cabe dizer que, tendo sido reinserido no foco de atenção da população brasileira com a deflagração da pandemia do coronavírus no ano de 2020, a qual escancarou as desi-

gualdades sociais e econômicas do nosso país, a discussão sobre a necessidade de implementação do Imposto sobre Grandes Fortunas é, mais do que nunca, de extrema pertinência.

2. A ERRADICAÇÃO DA POBREZA E DAS DESIGUALDADES COMO PROJETO CONSTITUCIONAL VINCULANTE DA ATIVIDADE LEGISLATIVA TRIBUTÁRIA

Como documento jurídico dotado de supremacia formal e material, a Constituição de 1988 revela-se não somente como vetor de interpretação de toda ordem jurídica, mas também como estrutura normativa conformadora da realidade econômica, política e social. Mais do que erigir o Estado de forma meramente abstrata e teórica, portanto, atuando como mero instrumento de governo, esse modelo de Constituição, de índole dirigente, busca se afirmar como um programa de ação comprometido com a efetiva transformação da sociedade pelo direito (CANOTILHO, 2001, p. 6).

Nesse sentido, Hesse (1991, p. 14-15, 24) sustenta que a Constituição jurídica é determinada pela realidade social, ao mesmo tempo em que é determinante em relação a ela. É dizer que, de fato, a pretensão de eficácia da norma jurídica pressupõe a consideração das condições históricas de sua realização, na medida em que a situação por ela regulada pretende ser concretizada em tal realidade. Entretanto, não se limita a ser apenas uma expressão dessas condições, tendo em vista que, graças ao seu elemento normativo, converte-se em força ativa, logrando conferir forma e modificação à conjuntura econômica, política e social corrente.

Com efeito, basta uma simples leitura da Constituição para perceber que o constituinte, ao definir o espectro de valores e as opções políticas orientadoras de toda ordem constitucional e jurídica, de fato considerou a realidade na qual se inseria, isto é, uma sociedade marcada historicamente pela pobreza, por imensas disparidades econômicas e sociais e pela extrema concentração de renda e de patrimônio no topo da pirâmide social. Um país, afinal, que exclui grande contingente da sua população do acesso a condições mínimas necessárias a uma vida digna.

Aliás, o cenário atual brasileiro sequer é muito mais animador em comparação àquele enfrentado pelo constituinte quando da elaboração da Carta Constitucional vigente. Confirmando a tendência das últimas décadas, o crescimento econômico do país não tem sido acompanhado de resultados satisfatórios na redução dos índices de desigualdades de renda e riqueza, tendo sido constatado, no início de 2017, mais de 16 milhões de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza, segundo relatório publicado pela ONG Oxfam Brasil (2017, p. 21). Outrossim, o mesmo relatório também alertava para a extraordinária concentração de riqueza no país, com o 1% mais rico da população brasileira concentrando 48% de toda a riqueza nacional, enquanto os 10% mais ricos ficavam com o impressionante percentual de 74% (OXFAM BRASIL, 2017, p. 30).

Explicita-se, pois, até os dias de hoje, uma sociedade acentuatadamente desigual, sobre a qual a Constituição de 1988 assume o compromisso de atuar no sentido do aprimoramento

das estruturas econômicas e político-sociais que contribuem para a perpetuação do atraso e das privações decorrentes da insuficiência de renda, vinculando toda atividade estatal à persecução de tal objetivo.

Essa perspectiva fica especialmente clara com o artigo 3º da Constituição Federal, o qual, como bem pontua Bello, Bercovici e Lima (2019, p. 1771-1772), incorpora um programa de transformações econômicas e sociais como fins jurídicos a serem necessariamente realizados pelo Estado brasileiro. Dentre tais fins, merece destaque, para o propósito do presente artigo, o estabelecimento da construção de uma sociedade livre, justa e solidária e da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos basilares da República Federativa do Brasil, este último se desdobrando, inclusive, em vários outros dispositivos constitucionais (v. g., arts. 23, X; 43; 165, § 7º; 170, CF).

Eros Roberto Grau transmite a mesma ideia ao lembrar:

O enunciado do princípio expressa, de uma banda, o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais. Eis um quadro de subdesenvolvimento, incontestado, que, todavia, se pretende reverter. [...] Dir-se-á que a Constituição, aí nada mais postula, no seu caráter de Constituição, dirigente, senão rompimento do processo de desenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa - são causas e efeitos de si próprias (GRAU, 2010, p. 220).

Diante de tal contexto, rompe-se com a ideia de que o programa constitucional voltado ao combate da pobreza e da marginalização no país seria apenas um ideal retórico do constituinte, desprovido, pois, de qualquer vinculatividade jurídica, apesar de assim ter sido considerado nos últimos 32 anos. À medida em que o constituinte originário traça fins a serem perseguidos e incorpora-os na qualidade de normas jurídicas cogentes, torna-se indispensável o desenvolvimento de uma dogmática específica capaz de conferir-lhes eficácia (BARCELLOS, 2005, p. 86). Daí exigir-se do Estado comportamento ativo, estando todos os poderes públicos, sem exceção, vinculados a empreender, na esfera de suas respectivas competências, iniciativas concretas em direção à materialização do plano constitucional que tem por fim a superação do ciclo intergeracional de desigualdades e de misérias existente no país.

Nessa linha, uma das principais ferramentas à disposição dos governos para realização de tal tarefa são as políticas públicas. Sem ter a pretensão de adentrar, no âmbito do presente artigo, na complexa discussão acerca da (in)existência de conceito jurídico único do termo "política pública", adota-se, aqui, a definição proposta por Maria Paula Dallari Bucci (2019, p. 816), qual seja: "É a ação governamental coordenada e em escala ampla, atuando sobre problemas complexos, a serviço de uma estratégia determinada, tudo isso conformado por regras e processos jurídicos".

Duas considerações podem ser feitas a partir dessa formulação. Em primeiro lugar, as políticas públicas são consideradas como meio idôneo à realização de toda a ampla gama de objetivos selecionados pela Constituição, o que, por certo, pressupõe a realização de direitos para muito além do que somente aqueles entendidos como fundamentais, apesar da inegável priorização deles. Sem embargo, para o estudo que se propõe neste trabalho, será voltada a atenção para o seu papel na efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, representantes da segunda geração.

Isso se justifica pelo fato de que tais direitos têm papel fundamental no objetivo de eliminação da pobreza. Assim, levando em conta que, tratando-se de problema multidimensional, para existir uma política de combate eficiente, é fundamental a intervenção do Estado, por meio de programas sociais amplos que contemplem e possibilitem a elevação do nível de vida das camadas sociais mais pobres, seja pela transferência direta de recursos (v. g., programas de bolsas assistenciais, como o Bolsa Família e o Programa de Erradicação de Trabalho Infantil), ou pelo oferecimento de bons serviços públicos universais de alimentação, moradia, saúde e educação a serem distribuídos equitativamente na sociedade (v. g., Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, que combina transferência de renda com o suplemento de ações de proteção social).

Outra consideração a ser feita é o fato de que a implementação das políticas públicas constitui-se em um processo que se desenvolve por meio de uma sequência de etapas distintas e correlatas, que vão desde a identificação dos problemas que exigem a intervenção estatal, com a definição de estratégias de atuação e deliberações orçamentárias, até a prestação efetiva do serviço essencial, sendo que todas as decisões tomadas nesse ínterim só gozam de legitimação material na medida em que estão de acordo e procuram atender os fins estabelecidos constitucionalmente.

A partir desse cenário, e considerando o processo decisório no ciclo das políticas públicas, assume especial relevância a formulação de uma política tributária, isto é, o complexo de decisões político-legislativas que envolvem os meios pelos quais a arrecadação tributária se dará, observados os limites constitucionais. Assim, a política tributária pode variar entre a alteração de determinada alíquota, ou até mesmo a instituição de um tributo.

Diante disso, para fazer frente às despesas inerentes à manutenção da estrutura de políticas sociais de transferência de renda e de provisão de bens e serviços públicos essenciais aos cidadãos, o Estado depende de recursos financeiros, que, dentro de um modelo econômico capitalista como o adotado pelo nosso país, são arrecadados, via de regra, pela transferência compulsória de riqueza dos particulares por intermédio da imposição de tributos (RIBEIRO; NUNES; ALMEIDA, 2018, p. 129).

A esse propósito, Hugo Thami Rodrigues e Marguid Schmidt asseveram:

Apresenta-se a tributação como alicerce indispensável a que o Estado desenvolva suas atividades típicas. Assim, as ações estatais, independentemente de suas naturezas, dependem da entrega, por parte dos cidadãos, de forma direta ou indireta, de recursos que possibilitem a existência de serviços e de obras destinadas a todos os membros da sociedade, indiferentemente do quanto cada um participa para o total da arrecadação. Tal entrega se justifica pela necessidade dos homens de possibilitar condições materiais àquele (o Estado) que lhes deve permitir viver em sociedade livre e justa, que permita a todos viver com dignidade (RODRIGUES; SCHMIDT, 2016, p. 156).

Nada obstante, é certo que o recolhimento de receitas públicas pelo Estado tem como pressuposto inexorável o exercício da atividade legislativa tributária. Isso porque a instituição de tributos pelo Poder Legislativo deve preceder qualquer ato de cobrança, até mesmo porque não pode a administração pública atuar fora do seu âmbito de competência, pretendendo exigir tributo não instituído pelo veículo legislativo pertinente.

Bem por isso, inclusive, que, ao tratar da competência tributária, entendida justamente como tal prerrogativa do órgão legiferante para criação, por meio de lei, dos tributos a si reservados pelo texto constitucional, Geraldo Ataliba (1998, p. 60) a define como atividade “[...] primária, no sentido de que, sem ela, não pode haver ação tributária (tributação), a qual, como dito, é instrumento indispensável para a satisfação das necessidades públicas”.

Nesse contexto, é possível identificar na concretização dos direitos fundamentais uma relação de dependência direta em relação à tributação: sem a instituição de tributos pelo legislador, com a posterior arrecadação de suas receitas pelo administrador público – sobretudo daquelas provenientes dos impostos –, e, portanto, sem o financiamento das ações governamentais, não há meio factível de o Poder Público dar cumprimento adequado à função garantidora que lhe impôs o próprio texto constitucional, o que acaba por inviabilizar, pois, a satisfação dos objetivos sociais nele resguardados (RIBEIRO; NUNES; ALMEIDA, 2018, p. 129).

Infere-se, com isso, que o legislador, ao lado do administrador público, tem papel fundamental na concretização dos objetivos sociais constitucionalmente definidos, já que toda providência estatal tem seu início no exercício da atividade tributária que lhe compete.

É talvez o que se possa sintetizar com a colocação de Juan F. González Bertomeu, presente no prólogo da obra *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*, de Stephen Holmes e Cass Sustein (2011, p. 14): “*Dime cuántos impuestos te cobran (y cómo se gastan) y te diré qué derechos tienes*”. Para o autor, levando em conta que a salvaguarda de todo e qualquer direito envolve gasto de dinheiro público, não basta olhar apenas para a Constituição para saber quais direitos são garantidos a uma comunidade, mas, especialmente, para como os recursos se destinam a assegurar seu cumprimento (HOLMES; SUSTEIN, 2011, p. 14), uma vez que de nada adianta a previsão de um direito sem a existência de um aparato estatal capaz de revestir-lhe de eficácia, pois destituídos de instrumentos de captação financeira bastantes.

Por fim, o caráter dirigente e projetivo da Constituição de 1988 nos assujeita à ideia de que o Estado tem deveres para com a transformação do *status quo* social e econômico, subordinando toda a atuação deste à concretização dos objetivos que reputa como mais caros à coletividade, em especial aqueles que visam a uma sociedade mais justa e solidária, com a eliminação da pobreza e das desigualdades. Como reflexo de tal propósito, tem-se na garantia dos direitos fundamentais a conformação de um dever jurídico, cujo cumprimento depende precipuamente do exercício pleno da atividade tributária estatal, que abrange não apenas a efetiva cobrança pela Administração Pública, mas, acima de tudo, a própria instituição do tributo pelo Poder Legislativo, a quem foi atribuída a competência tributária.

Feitas tais considerações, passa-se a analisar, no próximo tópico, o instituto do Imposto sobre Grandes Fortunas, cuja importância reside justamente na sua especial vocação para o cumprimento dos principais objetivos estampados no artigo 3º da Constituição Federal, máxime em razão da vinculação das suas receitas à estruturação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, mas que, inexplicavelmente, passados mais de 30 anos da promulgação da Carta Constitucional, ainda não foi instituído, sendo atualmente a única hipótese de não exercício de competência tributária no que se refere aos impostos nominados dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

3. CONSIDERAÇÕES QUANTO AO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS E SUA CONTRIBUIÇÃO FRENTE À REALIDADE BRASILEIRA: VINCULAÇÃO AO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA

Inspirado na experiência francesa de tributação de riqueza na década de 1980, com o intitulado *Impôt sur les Grandes Fortunes*, o Imposto Sobre Grandes Fortunas foi introduzido no Brasil como uma conquista da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, que, após calorosos debates, logrou êxito em incluí-lo dentre o rol taxativo de impostos de competência da União, mais especificamente no inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal (BRASIL, 1998).

Ao contrário do que ocorreu no sistema tributário francês, no entanto, o Imposto Sobre Grandes Fortunas idealizado pelo constituinte nacional nunca chegou a sair do papel, tendo em vista que a eficácia da norma que o estabelece depende, desde 1988, de regulamentação por lei complementar, sendo assim a única ocasião de não exercício da competência tributária da União.

No decorrer dos anos, várias foram as tentativas de regulamentação do imposto, tendo sido levados diversos projetos de lei complementar para exame pelo Congresso Nacional, muitos dos quais sequer foram analisados até os dias de hoje. Ainda assim, não cessaram os esforços na busca por uma norma regulamentadora do IGF, dentre os quais destaca-se o PLS nº 315/2015, de iniciativa do senador Paulo Paim, e o PLP nº 183/2019, sob autoria de do senador Plínio Valério, ambos em trâmite na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal. Também merece destaque o PLP nº 50/2020, da senadora Eliziane Gama, como um dos projetos recentemente apresentados em resposta à crise econômica provocada pela eclosão da pandemia do coronavírus, em 2020, que reacendeu a discussão acerca da necessidade da criação do Imposto sobre Grandes Fortunas como fonte de financiamento das necessidades de proteção social.

O importante de se notar em todas essas propostas é que, apesar de apresentarem variações quanto a determinados aspectos (v. g., limite de isenção, percentual da alíquota de incidência, fato gerador etc.), todas compartilham de uma mesma justificativa para a instituição do imposto, qual seja, o combate às vicissitudes do alarmante quadro de desigualdade e de extrema pobreza do país, que, inclusive, já era assolador muito antes de qualquer crise pandêmica, mas que, evidentemente, em face desta, tende a se agravar ainda mais.

De fato, o Imposto sobre Grandes Fortunas tem plena vocação para intervir positivamente sobre tal realidade. Isso se deve principalmente ao fato de que, ao incidir de maneira específica apenas sobre as grandes fortunas⁴, a instituição dessa exação oneraria somente aos detentores das mais expressivas riquezas, o que, por si só, já seria um diferencial benéfico para o arcabouço tributário, marcado pela regressividade.

4 Não existe uma definição pelo constituinte originário do que seja grande fortuna, competindo ao legislador infraconstitucional delimitar o termo, e, portanto, definir qual a faixa de tributação quando da edição da lei complementar regulamentadora. De qualquer forma, indiscutível que a expressão "grandes fortunas" restringe sobremaneira o campo de tributação.

O sistema tributário brasileiro foi estruturado pouco antes da ascensão da agenda neo-liberal no país, que, buscando romper com os paradigmas de ordem social do *Welfare State* em suas modalidades mais avançadas (SCHMIDT, 2018, p. 121), obstruiu uma agenda de progressividade fiscal. Despertou-se, assim, uma lógica de acumulação de capital a qualquer custo, deixando de lado, com isso, a questão social como uma prioridade, dando espaço para que a sobreposição do capital paulatinamente viesse a conformar um Estado impotente no que diz respeito à implementação de políticas desenvolvimentistas e de proteção social (RODRIGUES; SCHMIDT, 2016, p. 169), as quais ficaram restritas às suas sobras financeiras e orçamentárias (SIQUEIRA; PETRIS, 2017, p. 190).

Apesar da “pretensa neutralidade financeira propugnada pelos liberais” (RODRIGUES; SCHMIDT, 2016, p. 5-6), pode se observar, a partir da década de 1970, uma redução acen-tuada das alíquotas fiscais incidentes sobre as heranças, doações e ativos financeiros e não financeiros em geral, e, em contrapartida, a estruturação de um sistema de tributação no qual os impostos indiretos representam mais da metade da arrecadação de receita total (OLIVEIRA; BIASOTO JÚNIOR, 2015, p. 5).

Evidentemente, não há nada de ilegal nesse formato de sistema, mas, inserido dentro de um Estado constitucionalmente condicionado a travar uma luta séria contra a pobreza e a desigualdade, e em um país que conta com níveis de concentração excessivamente altos – até mesmo quando em comparação com outros países em desenvolvimento e os Estados Unidos⁵ –, ele se revela no mínimo problemático, já que a majoritária parcela dos impostos toma como referência não a renda do contribuinte, mas o consumo, não diferenciando, portanto, os diferentes níveis de poder aquisitivo, o que acaba fazendo com que as camadas sociais mais socialmente fragilizadas paguem proporcionalmente mais tributos do que as mais privilegiadas (OLIVEIRA; BIASOTO JÚNIOR, 2015, p. 12).

Nesse sentido, o já mencionado estudo da Oxfam Brasil, realizado no ano de 2017, constatou que os 10% com menor renda no Brasil gastam 32% desta em tributos, 28% dos quais são indiretos. Por outro lado, os 10% mais ricos gastam apenas 21% de sua renda em tributos, sendo apenas 10% dela destinados ao pagamento de tributos indiretos (OXFAM BRASIL, 2017, p. 48). A discrepância fica sobressaltada, ainda mais ao se considerar que, no ano de 2018, a tributação sobre o consumo representou 44% da arrecadação do país (BRASIL, 2020, p. 18).

Assim, é inegável, pois, que tal modelo de tributação, em vigor até os dias de hoje, favorece a retroalimentação do fenômeno concentratório e da pobreza, já que, ao mesmo tempo em que estabelece entraves para a ascensão dos segmentos sociais menos favorecidos, possibilita que os detentores de grandes riquezas utilizem do desafogo do seu ônus tributário para conservar e lapidar cada vez mais seu *status* econômico e social.

Diante de tal cenário, destaca-se a importância do Imposto Sobre Grandes Fortunas, uma vez que a exação não só aliviaria a sobrecarga da tributação sobre o consumo e o serviço, que, como visto, penitencia sobretudo a população menos favorecida economicamente, assim como, também, por se tratar de imposto progressivo, seria apto a realizar, de forma

5 Esses são os resultados de pesquisa desenvolvida por Marc Morgan Milá, que, sob supervisão do prestigiado economista francês Thomas Piketty, verificou que o país vem apresentando uma evolução estável de desigualdade, sendo que as poucas mudanças observadas desde a década de 1970 não figuram de forma alguma como motivo para celebração de qualquer “história de sucesso” do país no combate às disparidades econômicas e sociais (MILÁ, 2015, p. 18, 93).

especial, o princípio da capacidade contributiva. Tal princípio é vertente do princípio da isonomia material, sendo a relação entre eles ilustrada por Claudiane Aquino Roesel e Maria Flávia de Freitas Ferreira da seguinte forma:

Os princípios da isonomia e da capacidade contributiva se relacionam na medida em que observam a capacidade econômica de cada contribuinte e os tratam de forma igualitária, respeitando a individualidade de cada indivíduo em arcar com o ônus da carga tributária (ROESEL; FERREIRA, 2017, p. 201).

Nada obstante, o IGF vai além, uma vez que carrega consigo ainda outro atributo que o faz se destacar dentre os mecanismos de intervenção articulados em função do combate à pobreza e da redistribuição de renda. Refere-se, aqui, à particularidade de as receitas provenientes da sua arrecadação serem destinadas à implementação de política pública especificamente voltada à promoção de serviços essenciais aos mais necessitados, a fim de lhes conceder as condições básicas necessárias para a superação da pobreza.

Tal vinculação, inegavelmente, não configura mera opção. É, em verdade, uma exigência da própria Constituição Federal, na medida em que esta, excepcionando o postulado da não afetação da espécie tributária (art. 167, IV, CF), vincula expressamente o produto da arrecadação do IGF ao financiamento do chamado Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme art. 80, inciso III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, 1988). Senão, vejamos.

O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FCEP) foi inaugurado pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000, tendo como objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência. Tal foi a sua contribuição que, originalmente instituído para vigorar até o ano de 2010, o Congresso entendeu por bem prorrogar seu prazo de vigência por tempo indeterminado, pela aprovação da Emenda Constitucional nº 67, de 2010. Na ocasião, o senador Antônio Carlos Magalhães Junior declarou que tal decisão teve como alicerce o fato de o fundo ter se mostrado essencial para que a questão da superação dos vexatórios indicadores sociais do país fosse colocada no centro do debate político brasileiro (GUERREIRO, 2020).

Como fundo de natureza contábil, sua função é recolher, movimentar e controlar receitas orçamentárias e sua distribuição para atendimento de finalidade específica (SALVADOR; TEIXEIRA, 2014, p. 17), qual seja, a de subsidiar ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de interesse social voltados para a melhoria na qualidade de vida, nos termos do que dispõe no art. 79 do ADCT. Vê-se que é da sua própria natureza, portanto, contribuir para o propósito constitucional de eliminação da pobreza, assegurando meios de financiamento para garantia dos direitos-deveres sociais reconhecidos pela Constituição de 1988 e dispensando-os em forma de incentivos financeiros e serviços públicos básicos para o desenvolvimento digno dos cidadãos.

A principal forma pela qual um fundo público capta os recursos necessários para a sua própria estruturação e desempenho de funções é, assim como toda política pública, por meio da arrecadação de recursos de cidadãos com capacidade financeira suficiente para contribuir sem prejudicar sua própria subsistência, o que se dá pela instituição de impostos, contribuições e taxas (SALVADOR; TEIXEIRA, 2014, p. 17). No caso específico do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, seu principal meio de financiamento, como foi dito, é o Imposto

Sobre Grandes Fortunas, sendo integrado pela totalidade de suas receitas, razão pela qual, inclusive, adequa-se perfeitamente, dentro da tipologia de Theodore L. Lowi, à categoria de políticas públicas redistributivas, tendo em vista sua inegável repercussão intersetorial, com a necessidade de oferta de serviços para determinado grupo social amplo, os socialmente mais fragilizados, impactando a esfera de interesses do outro grupo de indivíduos igualmente amplo, os privilegiados (LOWI, 1964, p. 691).

Outrossim, apesar do destaque dado ao Imposto Sobre Grandes Fortunas, não se olvida haverem sido previstas outras fontes de custeio para o fundo. Assim, além do IGF, financiam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a CPFIM, contribuição provisória já extinta, e o adicional de 5% do Imposto sobre Produtos Industrializados incidente sobre produtos supérfluos, sem prejuízo de eventuais doações e dotações orçamentárias, além de outras receitas a serem definidas na regulamentação do Fundo, consoante art. 80 do ADCT (BRASIL, 1988).

Entretanto, fato é que a inexistência do IGF reduz significativamente a pujança do seu financiamento. Isso ocorre devido ao significativo potencial arrecadatório do imposto, em especial quando se considera que este tem como própria razão de ser o recolhimento periódico de elevados numerários.

Para elucidar tal ideia, estudos do economista Amir Khair (2008, *apud* ELOI; LOPES, 2016, p. 121) concluíram que, tendo por base uma alíquota de 1%, poder-se-ia ter arrecadado pela exação do IGF cerca de R\$ 18,5 bilhões, em 1999, e R\$ 22,3 bilhões, em 2000, o que corresponde a 1,73% e 1,89% do PIB à época, respectivamente. Mais recentemente, algumas entidades, como a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal no Brasil (Anfip) e a Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital (Fenafisco), apresentaram manifesto por meio do qual, dentre outras medidas para enfrentamento da crise ocasionada pela pandemia, propunham a criação do IGF de forma permanente, estimando-se que, com alíquotas progressivas em até 3% e incidindo sobre patrimônios líquidos superiores a R\$ 20 milhões, o que alcançaria tão somente 0,1% dos contribuintes, lograr-se-ia obter um potencial impressionante, de aproximadamente R\$ 40 bilhões ao ano (SENADO FEDERAL, 2020).

Ademais, como exemplo de uma experiência exitosa concreta, pode se mencionar os dados da França, onde chegou a representar 1,5% das receitas do governo federal, em 2010, a arrecadação pela taxa da riqueza que inspirou a própria criação do imposto brasileiro em exame (CARVALHO JÚNIOR, 2011, p. 34). Na mesma linha, também tem sido bem-sucedida a tributação de grandes fortunas na Argentina, constatando-se, entre os anos de 2014 e 2017, um crescimento ininterrupto na arrecadação do chamado *Impuesto sobre los Bienes Personales* (ARGENTINA, 2020)⁶.

Não há dúvidas, portanto, que, ao criar o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, o constituinte contava com a instituição do Imposto Sobre Grandes Fortunas para dar-lhe o aporte necessário, até porque estão longe de ser irrisórios os gastos para com um projeto de eliminação da pobreza em um país tido como um dos piores do mundo em matéria de desigualdade de renda e no qual, poucos anos atrás, atestou-se contar com mais de 16 milhões de pessoas vivendo em condições de miséria (OXFAM BRASIL, 2017, p. 12).

6 Malgrado ter sido constatada uma diminuição na arrecadação no ano de 2018 em relação aos anos citados, o informe verificou, nos primeiros nove meses de 2019, o retorno de seu crescimento (ARGENTINA, 2020, p. 21, 38).

Além do mais, é imperioso enfatizar que, como visto no primeiro capítulo do presente artigo, a Constituição brasileira não é neutra, na medida em que considera e se propõe a transformar a realidade na qual é introduzida. Assim, em uma sociedade que conta com 2,5% das famílias mais ricas do mundo – para dados de 2000 (CARVALHO JÚNIOR, 2011, p. 36) – e, ao mesmo tempo, com instituições de ensino e estabelecimentos de saúde precários e milhares de indivíduos batalhando contra a fome e a falta de moradia adequada, não seria razoável sustentar que sua lei fundante teria determinado a tributação da riqueza excedente como simples acessório para o custeio de política pública voltada à erradicação da pobreza e das desigualdades.

Deveras, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza depende precipuamente do IGF para se estruturar, sendo que sua ausência certamente causa uma situação de subfinanciamento capaz de pôr em risco a qualidade e real efetividade do programa constitucional de erradicação da pobreza e desigualdades sociais tão caro à nossa Constituição. Como bem assinalam Ilton Garcia da Costa, Henrique Ribeiro Cardoso e José Leite dos Santos Neto (2018, p. 516) nesse mesmo sentido, *"the lack of taxation not only violates the Ability-to-Pay Taxation principle, but also fails to raise a large mass of resources that would be extremely useful for the financing of public policies"*.

Conclui-se, pois, pela indispensabilidade do Imposto sobre Grandes Fortunas na trama do combate à pobreza e às desigualdades do país, não só em razão da sua aptidão para cumprir com o princípio da igualdade e da capacidade contributiva, mas, em especial, por se tratar de instrumento financeiro determinante para o funcionamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, de sorte que a sua não exação acarreta, inevitavelmente, na prestação deficiente da referida política pública, frustrando, assim, o atendimento dos objetivos fundamentais da República da forma como estabelecida pelo constituinte.

No item seguinte, busca-se analisar o atual cenário, para examinar possível omissão inconstitucional do legislador federal ao deixar de instituir o Imposto Sobre Grandes Fortunas, repensando-se, à luz das diretrizes projetivas da Constituição e da sua decisão pela vinculação das receitas do referido imposto à despesa específica, a coerência de se ter a facultatividade como atributo intrínseco da competência tributária.

4. A NÃO REGULAMENTAÇÃO DO IGF COMO POSSÍVEL OMISSÃO INCONSTITUCIONAL: UMA AVALIAÇÃO DA FACULTATIVIDADE COMO ATRIBUTO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Segundo estudo realizado pela Oxfam, o apoio dos brasileiros à ação de governos no combate às desigualdades aumentou no ano de 2019, em comparação com mesma pesquisa realizada pela organização em 2017. No ano em referência, 77% dos entrevistados concordaram total ou parcialmente com a afirmação de que o governo federal deve aumentar os impostos de pessoas muito ricas para garantir melhor educação, mais saúde e mais moradias para os que precisam, enquanto, em 2017, tal número era de 71%, o que revela um

perceptível crescimento nesse posicionamento, especialmente dentre aqueles com renda superior a 5 salários mínimos – em geral mais resistentes à tributação, com a porcentagem tendo evoluído de 56% para 76% (OXFAM BRASIL, 2019, p. 27-28).

Diante desse cenário, verifica-se que o Imposto Sobre Grandes Fortunas se adequaria perfeitamente aos anseios da população brasileira, em especial pela destinação das suas receitas à promoção, dentre outros direitos fundamentais básicos, de moradia, saúde e educação aos necessitados, o que, para 94% dos entrevistados na pesquisa mencionada (somando-se as concordâncias totais e parciais), deve ser o destino fiscal por excelência de todos os tributos (OXFAM BRASIL, 2019, p. 29).

Justamente em sentido oposto, no entanto, observa-se que o Poder Legislativo apresenta certa relutância acerca da tributação das grandes fortunas. Em relação aos projetos de lei apresentados a respeito da implementação do IGF, pontuais são as resistências levantadas. Tem-se o argumento de que a tributação de riquezas poderia ocasionar a evasão de capitais para o exterior, além do desestímulo à poupança, à aquisição de patrimônio e aos investimentos no território nacional (CARVALHO JÚNIOR, 2011, p. 10).

Também justificam a defesa no sentido da não tributação pelas dificuldades e pelos altos custos na administração e na fiscalização do referido imposto, pelo seu baixo potencial arrecadatório, pela pluritributação por ele gerada, e, especialmente, em razão do abandono da tributação das grandes fortunas por diversos países que o adotaram (ELOI; LOPES, 2016, p. 115-116), como, por exemplo, a Áustria, a Dinamarca e a Finlândia (CARVALHO JÚNIOR, 2011, p. 15). Arrimam-se, ainda, em estudos que demonstram que países que tributam o capital não constataram queda significativa da desigualdade social, como no caso da Alemanha e da Suécia (BUFFON; ANSELMINI, 2017, p. 4).

Ocorre que há muito se evidenciou a inconsistência de tais argumentos, ou, ao menos, que os obstáculos apontados não seriam incontornáveis, não fosse a falta de vontade política dos parlamentares. Quanto à evasão, há autores, como Ristea e Trandafir (2010, *apud* CARVALHO JÚNIOR, 2011, p. 15), que de fato apontam como um dos principais motivos pelo qual os países europeus abandonaram a taxaçaõ das grandes fortunas a partir da década de 1990 o fato de o imposto ocasionar transferência de capital a países com menor carga fiscal. Como exemplo, citam a experiência holandesa, em que a extinção do imposto resultou da constatação de seu efeito prejudicial sobre a atividade econômica do país, uma vez que estaria ocasionando a saída do capital produtivo e desencorajando a entrada de investidores estrangeiros (RISTEA; TRANDAFIR, 2010, p. 304).

Entretanto, não se pode olvidar que, atualmente, têm-se evoluído cada vez mais os mecanismos de cruzamento e de rastreabilidade de cadastros, de dados e de informações tributárias (ELOI; LOPES, 2016, p. 121). No contexto brasileiro, há, ainda, a possibilidade de se comparar a declaração do Imposto de Renda com a do IGF, a fim de se detectar eventuais discrepâncias indicadoras de eventuais condutas evasivas (ELOI; LOPES, 2016, p. 122). Ademais, o Brasil é signatário da Norma de Comunicação Comum (CRS), redigida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE), que tem por objetivo a comunicação acerca de contas financeiras em escala global. Assim, a Receita Federal, um dos órgãos mais bem estruturados do país, teria ferramentas para combater a possível evasão fiscal que a implementação do IGF possa provocar.

Outro fator a ser considerado é que o número reduzido de contribuintes do potencial IGF implicaria na maior efetividade da fiscalização, já que o fisco não precisaria criar um sistema que abrange a maior parte da população brasileira, mas a menor parte dela (ELOI; LOPES, 2016, p. 121). A respeito do argumento de pluritributação, não há nenhum conflito com os impostos existentes, uma vez que a base de cálculo é o valor total dos bens, em um aspecto universal (CAPELEIRO; SILVA, 2019, p. 1440). De qualquer maneira, para os que entendem de forma diversa, alguns dos próprios projetos de instituição do IGF preveem a possibilidade de compensação, a fim de se garantir o princípio do *non bis in idem*.

O potencial arrecadatório do IGF no Brasil é, ainda, extremamente significativo, conforme o já citado estudo de Amir Khair (ELOI; LOPES, 2016, p. 121). Não se ignora pesquisas que demonstram que, em certos países, foi constatada uma baixa arrecadação com o imposto, como na Espanha, em que este representou apenas 0,5% das receitas do governo em 2002, tendo sido extinto em 2008 (CARVALHO JÚNIOR, 2011, p. 16). No entanto, há de se considerar que, naquele país, não existia uma grande estrutura de avaliação de imóveis e de ativos financeiros, bem como havia dispositivo que limitava o lançamento conjunto com o Imposto de Renda ao máximo de 60% da renda do contribuinte residente no país, além de outras deduções, fatores que impactaram diretamente na arrecadação (CARVALHO JÚNIOR, 2011, p. 16).

Além disso, muitas das nações que extinguiram o tributo sobre as grandes fortunas, como a Áustria, a Finlândia e a Dinamarca, assim o fizeram por apresentar desigualdade em níveis significativamente mais baixos, haja vista terem se utilizado, historicamente, de expressiva tributação sobre a riqueza e sobre a transferência (herança e doações), o que não acontece no Brasil (CARVALHO JÚNIOR, 2011, p. 36). No que tange os estudos que revelam em certos países, como a Alemanha e a Suécia, o não alcance do resultado desejado de diminuição de desigualdade, argumenta-se que tal situação se deu pelo fato de estes países isentarem muitos ativos e os avaliarem por valores cadastrais e não por valores de mercado (BUFFON; ANSELMINI, 2017, p. 8).

A diminuição de investimentos também não deve ser um problema, uma vez que recentes estudos divulgados pela Receita Federal constataram que, no ano de 2017, um total de 28 países da OCDE tinham carga tributária sobre a renda, lucro e ganho de capital superior à do Brasil. Entre esses países figuram a França, a Alemanha, os Estados Unidos, o Reino Unido e a Nova Zelândia (BRASIL, 2020, p. 7), e todos ocuparam, de forma invariável, nos últimos três anos (2018-2020), posição igualmente superior no *ranking* de países mais confiáveis para o investimento estrangeiro direto, segundo indicador formulado pela empresa norte-americana A.T. Kearney (LAUDICINA; PETERSON, 2020, p. 5).

Diante de tais considerações, coaduna-se com a conclusão de João Pedro Schmidt (2018, p. 124), segundo o qual a verdadeira motivação por trás da não instituição do IGF reside, em verdade, no fato de que os possíveis contribuintes, titulares de grandes fortunas, têm grande influência sobre políticas públicas cuja temática é a renda⁷. Assim, no Brasil, há um manifesto interesse por parte do corpo político na manutenção do *status quo* tributário, seja para evitar que eles próprios sejam chamados a dispor de parcela da sua riqueza,

⁷ Nessa linha, cf. COSTA; CARDOSO; SANTOS NETO, 2018, p. 516: "*The reasons seem to be obvious: this is not only an economic matter over the risk of capital flight, but it is also a political choice since among the 513 congressmen elected to the 2014-2018 legislature, almost half of them are millionaire, an increasing ratio in each legislature*".

seja para agraciar os interesses da classe elitista do país, sobretudo por sujeitar-se às suas generosas contribuições para o financiamento de campanhas políticas e eleitorais.

Dessa forma, o processo decisório político acaba por representar a vontade de segmento social minoritário favorecido em detrimento do interesse comum da população brasileira, agarrando-se a críticas ultrapassadas para retardar, em prol de uma ambição própria, a regulamentação de um imposto (ELOI; LOPES, 2016, p. 118) que poderia trazer benefícios para toda a sociedade.

A constatação de tal desvirtuamento político esbarra, contudo, na facultatividade como atributo do exercício da competência tributária. Tido como paradigma fundamental da doutrina publicística brasileira, esse elemento faz com que a criação de um tributo seja vista como nada mais que uma decisão política discricionária do ente tributante, permitindo-se ao legislador, portanto, optar por instituir ou não um imposto previsto constitucionalmente, segundo seu próprio juízo de oportunidade e conveniência.

André Luiz Borges Netto (1999, p. 79-80), referendando tal ideia, afirma que as pessoas políticas são livres para utilizarem ou não das regras de competência previstas na Constituição Federal, de modo que sua atuação é sempre facultativa, atentando-se aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade do legislador. Roque Antonio Carazza (2013, p. 766-767) vai mais além, afirmando que, para tomar uma decisão estritamente política, como é a de criar, de não criar ou de criar parcialmente o tributo, a pessoa jurídica de direito público interno não está sujeita a nenhum controle externo.

Assim, verifica-se tratar de concepção oportuna para que se façam prevalecer as preferências políticas sobre as bases constitucionais vigentes. Por esse prisma, o legislador pode utilizar-se do seu poder de discricionariedade e de argumentações subjetivas como subterfúgio para mascarar o seu interesse particular na não tributação das riquezas da classe dominante, sem que se possa, a princípio, taxar sua conduta como contrária ao direito.

É claro que, dentro dessa perspectiva, o menor risco de deixar decisões tão caras à sociedade à mercê de jogos político-partidários já se afigura como fundamento razoavelmente suficiente para se pensar na revisão desse dogma da atividade legislativa tributária. Não obstante, o que se busca demonstrar neste estudo é que, mesmo quando a opção do legislador se pautar em fundamentos legítimos, a ideia da facultatividade como traço da competência tributária não é compatível com os ditames da Constituição.

Pelas palavras de João Almeida de Barros Lima Filho, a atribuição constitucional de competência tributária: "como não poderia deixar de ser, só se compreende à luz de uma interpretação teleológica e sistemática, exigindo o conhecimento não só das prerrogativas estatais, mas também das responsabilidades em razão das quais tais prerrogativas foram instituídas" (2003, p. 116). Isso se deve, sem dúvidas, ao caráter diretivo adotado pela Constituição vigente, que, como visto, pressupõe a irradiação de seus objetivos e fins sobre toda atuação estatal, inclusive a financeira.

Remete-se, aqui, ao exposto no primeiro capítulo do presente trabalho. Destarte, a partir de 1988, a função estatal passou a estar vinculada à atuação com direcionamento total aos esforços de consecução dos desígnios constitucionais (LUCENA, 2017, p. 189). O arrolamento de objetivos fundamentais, no art. 3º da Carta Magna, demonstra o engajamento constitucional em busca de resultados materiais transformadores, tais quais a eliminação da

pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades. E, mesmo quando não ligadas a prestações sociais positivas, mas sobretudo quando assim estão, tais metas reclamam do ente estatal um dever de agir, e não de abster-se, manejando todos os poderes instrumentais à sua disposição para assegurar seu devido alcance.

Frente a esse cenário, constata-se que a Constituição retira o exercício da competência tributária da esfera de discricionariedade do legislador, pois na medida em que toda e qualquer providência estatal exige o dispêndio de recursos orçamentários pelo governo, este não poderia abrir mão do seu principal instrumento de abastecimento dos cofres públicos.

Sem a tributação, o Estado não suportaria as despesas inerentes à realização de suas políticas públicas e acabaria por tolher, assim, qualquer possibilidade de cumprir adequadamente com a imensidão de tarefas a si acometidas, tornando as garantias constitucionais vazias nesse sentido.

Desse modo, não há como se pensar que a Constituição atribuiria aos Poderes Constituídos uma gama de deveres, mas deixaria ao seu alvitre empreender ou não a principal providência para o seu cumprimento. Tal concepção coloca em xeque a própria força normativa do texto constitucional, pois estar-se-ia admitindo que a inércia dos agentes estatais pudesse embaraçar a efetividade de seus mais valiosos enunciados. Partindo dessa mesma ideia, vale lembrar ainda outra lição de João Almeida de Barros Lima Filho:

Entender a instituição de tributos como mera faculdade, seria, de certo modo, qualificar também como faculdade todas as outras atribuições do Estado, já que estas dependem da implementação daquela, o que simplesmente joga por terra um dos fundamentos do Estado de Direito, qual seja, a ideia de que o Estado possui deveres para com os cidadãos, dando-lhes o ensejo de exigir do Estado a satisfação de seus direitos subjetivos (LIMA FILHO, 2003, p. 115).

Se é pacífico, portanto, o entendimento de que o Estado está adstrito a realizar os objetivos sociais constitucionalmente consagrados, não deve ser outro o entendimento senão o de que há, para os entes federativos, um dever de legislar, no sentido de implementação dos tributos arrolados.

Isso fica ainda mais claro quando se discute a não instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas, tendo em vista que o não exercício da competência tributária, nesse caso, tem impacto direto no funcionamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Isso porque, como já evidenciado, a ausência da destinação dos recursos da exação acaba por redundar em uma baixa significativa no financiamento da política pública em questão e, uma vez comprometido o fundo, ficam também comprometidas as ações suplementares de nutrição, habitação, saúde e outras pelas quais aquele se responsabilizou a subsidiar.

Acontece que, seguindo o mesmo raciocínio anteriormente adotado, pelo qual não se pode dissociar a reflexão acerca da obrigatoriedade ou não na instituição de tributos da análise dos fundamentos da função estatal, evidencia-se que a Constituição Federal não autoriza que o Estado assuma um papel neutro na luta contra as desigualdades econômicas e sociais (DIFINI; JOBIM, 2019, p. 284). Dessa forma, uma vez que deixa de atuar positivamente em direção à garantia de serviços sociais básicos, desprezando a exação de imposto indispensável para realização de políticas públicas aptas a realizá-los, o legislador está seguramente

violando o ordenamento jurídico constitucional. Daí falar-se, então, na inconstitucionalidade por omissão do órgão legiferante.

Decerto, portanto, que a instituição do IGF não pode ser entendida como uma mera opção da pessoa política, uma vez que tal decisão já foi previamente tomada pelo constituinte originário (LIMA FILHO, 2003, p. 90). Tal determinação, inclusive, veio expressa no texto constitucional. Ora, ao vincular o produto da arrecadação do imposto ao custeio do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, o que se extrai é, em verdade, uma ordem explícita da Constituição para que o legislador exerça a atividade tributária legislativa, dada a sua imprescindibilidade para que o Estado logre cumprir com as suas demais atribuições de promoção de direitos fundamentais, mencionadas categoricamente, inclusive, no próprio art. 79 do ADCT, artigo instituidor do fundo.

Assim, a falta de sua implementação, por meio de lei complementar, constitui afronta à expresso mandamento constitucional – este que, aliás, pode ser extraído não apenas da análise sistêmica de toda a Constituição, mas como também de normas positivadas específicas, dentre as quais destaca-se o art. 145 da CF, que expressa o poder-dever⁸ do Estado na instituição dos tributos em geral, e o art. 80, III, do ADCT, o qual determina a necessidade de destinação das receitas do IGF ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Maurício Barros (2013, p. 123-124) resume tal questão pelo texto que se segue:

Por tudo isso, não cabe considerar a competência tributária como algo facultativo, pois dela depende a efetivação de direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais individuais (mínimo existencial). Confirmam essa assertiva os objetivos fundamentais da República elencados no art. 3º da CF/88, que impõem dever constitucional implícito para que o Estado esgote suas fontes de receita, de acordo com o primado da justiça fiscal e com a capacidade contributiva dos cidadãos. Por conta disso é inconstitucional a postura omissiva da União Federal ao deixar de exercer a competência tributária enunciada no art. 153, inciso VII, da CF/88, que lhe atribui a competência de instituir o imposto sobre grandes fortunas (IGF), por intermédio de lei complementar. Essa assertiva não decorre de qualquer postura lógica do autor, mas de decorrência de tudo o quanto demonstrado nesse tópico, com o agravante de que o IGF, conforme determina o art. 80 do ADCT (inserido pela Emenda Constitucional 31/2000), deve ter o produto de sua arrecadação afetado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, fundo esse destinado a financiar políticas públicas inerentes à proteção do mínimo existencial [...] (BARROS, 2013, p. 123-124).

Desse modo, evidencia-se uma omissão inconstitucional do ente federativo, que, como bem assevera José Afonso da Silva, resta caracterizada “nos casos em que não sejam praticados os atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais” (2014, p. 49). Sobre o mesmo assunto, assinala Paulo Eduardo Garrido Modesto que a inconstitucionalidade por omissão se constitui nas situações em que não seja mais razoável “a inércia ou o apelo à discricção política do Poder omissor, isto é, quando não for possível mais aceitar escusa à edição de norma regulamentadora ou execução de medida faltante baseada no juízo de oportunidade e conveniência” (2011, p. 1209), sendo este exatamente o caso da ausência da tributação das grandes riquezas.

8 Cf. LIMA FILHO, 2003, p. 110: “o verbo *poder* quando dirigido aos entes estatais, não quer dizer faculdade a eles atribuída, senão deveres em razão dos quais os poderes lhes foram conferidos. Assim, a competência tributária legislativa é um poder e um dever dos entes autônomos do Estado”.

Diante de tal cenário, exsurge a necessidade de reinvidicação da implementação do Imposto Sobre Grandes Fortunas, que já tarda a ser inserida com mais solidez na pauta dos debates jurídicos. Há uma lacuna no sistema tributário brasileiro que deve ser sanada, sob o risco de ser ceifada qualquer chance de algum dia se atingir adequadamente os propósitos que a Constituição se propõe a realizar.

Por parte dos parlamentares, cumpre finalmente dar andamento aos diversos projetos de lei que se propõem a regulamentar o IGF. Propostas como o PLP n° 183/2019 do senador Plínio Valério, se aprovadas, seriam de grande valia para a tão ansiada transformação no retrato das desigualdades sociais e econômicas do país. Menciona-se aquele projeto em específico em razão de ser tido, atualmente, como um dos mais exequíveis, em virtude do recente progresso em seu andamento no Senado Federal, dado que as necessidades de reforço financeiro provocadas pela pandemia reacenderam a discussão acerca da taxaço de riquezas (CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE, 2020).

O destaque dado também se justifica pelo fato de que, nos termos da iniciativa apresentada, estimou-se obter uma arrecadação de R\$ 70 a 80 bilhões de reais por ano com a imposição tributária, da qual 50% seriam destinadas ao Fundo Nacional da Saúde, 25%, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, e 25%, ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (CONSELHO NACIONAL DA SAÚDE, 2020). Assim, apesar de não respeitar a vinculação total das receitas a este último, tal como determina a Constituição, é uma proposta vantajosa, pois, de qualquer modo, destina o produto da arrecadação do imposto integralmente a fundos tencionados ao subsídio de políticas públicas socialmente relevantes.

Nada obstante, compete precipuamente à Corte Constitucional, na persistência da omissão pelo órgão legiferante, promover a defesa dos comandos normativos constitucionais, dentre os quais a determinação do dever de se exercer a competência tributária. Nesse ponto, vale mencionar que a Constituição de 1988 representou um marco de proteção contra movimentos oportunistas infraconstitucionais, na medida em que disponibiliza diversas técnicas de controle da atividade legislativa. Valendo-se delas, o Judiciário tem o poder de suprir eventuais déficits na atuação do órgão legiferante que estejam colocando em risco a própria observância do horizonte axiológico da ordem constitucional (CALIENDO, 2013, p. 209).

Assim, diante do descumprimento do mandamento constitucional explícito no sentido de criar-se o Imposto sobre Grandes Fortunas, a questão pode e deve ser levada à análise do Supremo Tribunal Federal, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Nessa linha, destaca-se a recente iniciativa do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) que, em 2019, através da ADO n° 55, postulou que o STF declare a omissão do Congresso Nacional em instituir o IGF. Cumpre salientar o seguinte trecho da petição inicial, em que se justifica a adequação desta espécie de remédio jurídico frente à inobservância do poder-dever do Estado de exercer a competência tributária que lhe cabe:

De acordo com o princípio fundamental do Estado de Direito Republicano, o poder político deve ser exercido para a realização, não de interesses particulares, mas do bem comum do povo (*res publica*). Segue-se daí que toda competência dos órgãos públicos, em lugar de simples faculdade ou direito subjetivo, representa incontestavelmente um poder-dever. Ao dispor a Constituição da República que o Legislativo são "Poderes da União, independentes e harmônicos entre si" (art. 2º), ela reforça o princípio que se acaba de

lembrar, pois quando os órgãos estatais constitucionalmente dotados de competência exclusiva deixam de exercer esses poderes-deveres, o princípio fundamental do Estado de Direito é gravemente lesado. A garantia judicial específica contra essa grave disfunção estatal é a ação de inconstitucionalidade por omissão [...]. (BRASIL, 2019)

Por fim, e o que de mais valor, cabe à própria população brasileira a função de reivindicar os direitos fundamentais que lhe pertencem, já tendo sido verificado avanço nesse sentido, na medida em que, como reportado no início do presente capítulo, estudos da Oxfam demonstraram uma evolução quanto à conscientização da sociedade sobre a necessidade de uma revisão do caráter regressivo do sistema tributário atual, além do aumento de investimentos governamentais em matérias sociais (OXFAM BRASIL, 2019).

Nos últimos meses, a crise econômica e social ocasionada pela pandemia do coronavírus vem evidenciando e exacerbando cada vez mais as situações de desigualdade social e econômica do país. É claro que o risco de contaminação e a paralisação das atividades dele decorrentes atacam sem distinção, mas a maior parte dos indivíduos infectados será justamente aquela que não tem recursos para fugir de aglomerações, recebendo salário em casa e provendo a despensa com compras *online*, enquanto a imensa massa de desempregados é composta principalmente da mão de obra mais mal remunerada (NEVES, 2020).

É agora, portanto, mais do que nunca, que o Imposto sobre Grandes Fortunas, com todo o seu vasto potencial de redistribuição e de refreamento das mazelas da pobreza, deve vir à tona como instrumento a favor da sociedade brasileira, competindo ao ente tributante finalmente instituí-lo, cumprindo com o seu dever constitucional relativo ao exercício da atividade legislativa tributária.

5. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, pelo seu caráter dirigente, foi concebida com inegável propósito transformador. Assim, mais do que um documento meramente simbólico, o texto constitucional ambiciona efetivamente intervir na realidade fática na qual se insere, alterando-a e conformando-a nos moldes do que entende ser necessário para a sua prosperidade.

O Brasil apresenta um dos mais elevados índices de miséria e de concentração de renda ao redor do mundo, cenário que é paulatinamente agravado pelo modelo de tributação adotado pelo seu sistema tributário, pois, na medida em que os valores arrecadados são majoritariamente compostos por impostos sobre o consumo, tende-se a gravar de forma mais dura aqueles segmentos sociais menos favorecidos economicamente. Essa conjuntura é a razão pela qual um dos objetivos fundamentais da Constituição é, justamente, a transformação no retrato de desigualdade e pobreza existentes no país.

Diante de tal contexto, a Carta Magna vincula a atuação estatal, em toda sua extensão, à satisfação dos fins por ela perseguidos. Tem-se, assim, a conformação de um dever normativo, que, inobservado, resulta em uma omissão inconstitucional, apta a ser impugnada por meio de ações jurídicas próprias e reivindicações populares.

Ocorre que o Estado, para sua própria manutenção e para realização de suas atividades, depende do dispêndio de receitas públicas. Sobretudo no que tange à promoção de direitos fundamentais sociais, essenciais para o cumprimento do objetivo constitucional de erradicação da pobreza, é imprescindível que se obtenha o financiamento adequado para as políticas públicas aptas a realizá-los.

Desta maneira, sendo a tributação o principal instrumento de arrecadação para os cofres públicos, este não está imune às diretrizes constitucionais. Se a Constituição ordena a atuação positiva de todos os Poderes Constituídos, é certo que ela determina, também, que os tributos sejam implementados, uma vez que, sem eles, não há arrecadação e, sem arrecadação, não há meio fático de a Administração Pública cumprir com suas demais atribuições.

O Imposto sobre Grandes Fortunas, nesse sentido, é um dos tributos de cujo recolhimento dependem diretamente as políticas públicas promocionais de direitos fundamentais sociais, na medida em que há previsão constitucional explícita da vinculação da integralidade de suas receitas ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, fundo este que se responsabiliza por subsidiar ações suplementares de habitação, educação, saúde, nutrição, dentre outros programas de distinto interesse social.

Por derradeiro, não há espaço para que o legislador opte pela não instituição do IGF, pois, sob a lógica apresentada, a Constituição não autoriza que a omissão do Estado frustre a concretização dos objetivos fundamentais da República. Assim, apesar de tratada como dogma pela doutrina publicística brasileira, não subsiste a concepção da facultatividade como atributo inerente ao exercício da competência tributária.

Portanto, verifica-se que, ao destinar os recursos provenientes da arrecadação do Imposto sobre Grandes Fortunas para o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, o texto constitucional impõe que aquele seja implementado. Descumprindo tal mandamento, há flagrante inconstitucionalidade na postura do legislador federal, que já tarda em aprovar a lei complementar necessária para a viabilização do imposto.

Evidenciada a ilegalidade na postura do órgão legiferante, é crucial que se passe a demandar do Estado uma resposta quanto à tal omissão, pressionando-o a dar andamento aos projetos de lei complementar em trâmite e, no caso de este permanecer desprezando imposição constitucional expressa, manejando ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, para que se exerça o devido controle concentrado sob a atuação do Poder Legislativo.

Dessa forma, a presente pesquisa contribui para a temática do IGF, ao investigar a sua instituição não como uma mera escolha política, e, sim, como dever constitucional. Evidencia-se, assim, a necessidade de se questionar determinados dogmas da doutrina publicística brasileira, que não podem ser reproduzidos em detrimento dos ditames da própria Constituição.

Ademais, a análise do Imposto sobre Grandes Fortunas como um imposto justo e juridicamente necessário é especialmente relevante no cenário atual brasileiro. Diante da crise social e econômica alastrada em razão da pandemia decorrente da Covid-19, o país tornou-se terreno fértil para a discussão acerca da implementação de novas medidas tributárias capazes de refrear as crescentes tendências de miséria e de desigualdade no país.

Todavia, o presente estudo comportou algumas limitações que merecem ser destacadas. Primeiramente, não há muitos países de igual nível de subdesenvolvimento que adotem, ou que adotaram em algum momento, tal modelo tributário para um parâmetro de comparação mais análogo. Além disso, embora no presente trabalho tenha sido discutida a omissão inconstitucional da não instituição do IGF, cabe ressaltar que a mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 55 do Distrito Federal, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em outubro de 2019, ainda não foi julgada.

No mais, as pesquisas da temática acerca da relação de vínculo entre o Imposto Sobre Grandes Fortunas e o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza ainda são relativamente escassas. Assim, é urgente que futuras investigações sejam conduzidas nesse sentido, com a finalidade de se discutir possibilidades de socorrer aqueles socialmente fragilizados.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. Ministerio de Hacienda. *Subsecretaria de Política Tributaria Informe sobre la recaudación tributaria III trimestre de 2019*. Buenos Aires. Disponível em: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/it_iii_2019.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- BARROS, Maurício. *A efetivação dos direitos sociais por medidas fiscais e financeiras – instrumentos para a superação do subdesenvolvimento*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-02122016-093313/publico/TESE_Mauricio_Barros.pdf. Acesso em: 18 jul. 2020.
- BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, set. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n3/2179-8966-rdp-10-03-1769.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- BORGES NETTO, André Luiz. *Competências legislativas dos Estados-membros*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jul. 2020.
- BRASIL. Receita Federal. *Carga Tributária no Brasil – 2018 (Análise por Tributos e Base de Incidência)*. Brasília, mar. 2020. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2018-publicacao-v5.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 55/DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Intimado: Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 2 de outubro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5786819>. Acesso em: 23 jul. 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações de abordagem direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430/447>. Acesso em: 26 jul. 2020.

- BUFFON, Marciano; ANSELMINI, Priscila. O imposto mundial sobre o capital: da sua relevância sócio-jurídica para a redução da desigualdade de renda e patrimônio, a partir de Piketty. *RDIET*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 1-26, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/8186>. Acesso em: 28 set. 2020.
- CALIENDO, Paulo. Neoconstitucionalismo e Direito Tributário. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, v. 40, n. 129, p. 199-223, mar. 2013. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/313/248>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto Bruno de. As discussões sobre a regulamentação do Imposto Sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional. *Nota Técnica do IPEA*, Rio de Janeiro, p. 1-50, out. 2011. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5755>. Acesso em: 10 jun. 2020.
- CAPELEIRO, Pedro Igor Evangelista de O.; SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. Imposto sobre Grandes Fortunas: da sua regulamentação ao necessário contrafluxo da carga tributária indiretamente aplicada sobre o consumo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 5, n. 5, p. 1415-1461, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_1415_1461.pdf. Acesso em: 01 out. 2020.
- COSTA, Ilton Garcia da; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SANTOS NETO, José Leite dos. Can Tax Justice Rearrange An Unfair System? The Brazilian Case. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 51, p. 502-523, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/3084/371371618>. Acesso em: 08 jul. 2020.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira; JOBIM, Eduardo de Sampaio Leite. Estado fiscal, tributação e os critérios de justiça no direito tributário. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 41, p. 278-304, dez. 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/95205>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- ELOI, Pilar de Souza e Paula; LOPES, Yara Almeida. A não regulamentação do IGF e os entraves que o rodeiam: Um estudo sobre o porquê da não normatização dessa espécie tributária. *Em tempo*, Marília, v. 15, p. 107-129, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Em-Tempo_v.15.06.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GUERREIRO, Gabriela. Senado aprova prorrogação da vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 7 de julho de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/763570--senado-aprova-prorrogacao-da-vigencia-do-fundo-de-combate-e-erradicacao-da-pobreza.shtml>. Acesso em: 05 jul. 2020.
- HESSE, Honrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Tradução: Stella Mastrangelo. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- LAUDICINA, Paul; PETERSON, Erik. *The 2020 Kearney Foreign Direct Investment Confidence Index*. 16 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.kearney.com/documents/20152/17744880/The+2020+Kearney+Foreign+D+irect+Investment+Confidence+Index.pdf/18e45f29-867f-2cad-1899-8294b94e89d5?t=1592240888756>. Acesso em: 01 out. 2020.
- LIMA FILHO, João Almeida de Barro. *A distribuição da competência legislativa tributária no Brasil: a obrigatoriedade do seu exercício*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFPE, Recife, 2003. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4354/1/arquivo5499_1.pdf. Acesso em: 05 jul. 2020.
- LOWI, Theodore J. American Business, Public Policy, Case-Studies and Political Theory. *World Politics*, Cambridge, v. 16, n. 4, p. 677-715, jul. 1964. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/world-politics/article/american-business-public-policy-case-studies-and-political-ory/6621C1B577BB52D00AFBD70F82B94C2D>. Acesso em: 08 jul. 2020.
- LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. Competência tributária e facultatividade: conceitos jurídicos logicamente incompatíveis. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, São Paulo, v. 9, p. 187-206, nov./dez. 2017.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, [s. l.], v. 5, p. 1203-1230, maio 2011.

MILÁ, Marc Morgan. *Income Concentration in a Context of Late Development: An Investigation of Top Incomes in Brazil using Tax Records, 1993-2013*. 2015. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento) – Paris School of Economics, Paris, 2015. Disponível em: <http://piketty.pse.ens.fr/files/MorganMila2015.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2020.

NEVES, Ernesto. A pandemia expõe e agrava as desigualdades sociais no planeta. *Veja*, Rio de Janeiro, n. 2689, ano 53, n. 23, 29 maio 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/a-pandemia-expoe-e-agrava-as-desigualdades-sociais-no-planeta/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JÚNIOR, Geraldo. A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação. *Revista Política Social e Desenvolvimento*, [s. l.], ano 3, nov. 2015. Disponível em: http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2015/11/revista-pps-25_5-11.pdf. Acesso em: 03 jul. 2020.

OXFAM BRASIL. *Relatório “A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras”*, set. 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/>. Acesso em: 23 jun. 2020.

OXFAM BRASIL. *Relatório “Nós e as Desigualdades”*, jun. 2019. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pesquisa-nos-e-as-desigualdades/pesquisa-nos-e-as-desigualdades-2019/?_ga=2.49432036.330511726.1595133669-697185239.1595133669. Acesso em: 14 jul. 2020.

RIBEIRO, Maria de Fátima; NUNES, Geilson; ALMEIDA, Patrícia Silva de. O desenvolvimento dos direitos fundamentais através da tributação: políticas públicas como fomento do bem-estar social. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 128-146, jan./jun. 2018.

Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5827>. Acesso em: 26 jul. 2020.

RISTEA, Luminita; TRANDAFIR, Adina. Wealth Tax Within Europe in the Context of a Possible Implementation in Romania: the existing Wealth Tax and its decline in Europe. *Annals of the University of Petrosani Economics*, Bucareste, v. 10, n. 2, p. 299-306, 2010. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/25851962.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

RODRIGUES, Hugo Thamir; SCHMIDT, Marguid. A concretização do princípio da dignidade da pessoa humana como legitimadora da tributação no Estado Democrático de Direito: solidariedade e neoliberalismo. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 4, n. 45, p. 154-179, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1786/1174>. Acesso em: 07 jul. 2020.

ROESEL, Claudiane Aquino; FERREIRA, Maria Flávia de Freitas. A tributação como instrumento de justiça social. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p. 196-210, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5216/pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

SALVADOR, Evilasio; TEIXEIRA, Sandra Oliveira. Orçamento e políticas sociais: metodologia de análise na perspectiva crítica. *Revista de Políticas Públicas*, São Luís, v. 18, n. 1, p. 15-32, jan./jul. 2014. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/2681/700>. Acesso em: 06 jul. 2020.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 26 jul. 2020.

SENADO debate quatro propostas de imposto sobre grandes fortunas. *Senado Notícias*, Brasília, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/27/senado-debate-quatro-propostas-de-imposto-sobre-grandes-fortunas>. Acesso em: 08 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PETRIS, Maria Eduarda Pires. Reserva do possível e os direitos sociais: da previsão normativa a concretização. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 1, n. 46, p. 188-203, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2045>. Acesso em: 26 jul. 2020.

Recebido/Received: 27.07.2020.

Aprovado/Approved: 25.10.2020.

ENTRE O LIBERALISMO DE DWORKIN E O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI – APROXIMAÇÕES E DIVERGÊNCIAS TEÓRICAS

BETWEEN THE LIBERALISM OF DWORKIN AND THE
GARANTISMO OF LUIGI FERRAJOLI - THEORETICAL
APPROXIMATIONS AND DIVERGENCES

ITALO FARIAS BRAGA¹
NATÉRCIA SAMPAIO SIQUEIRA²

RESUMO

O presente trabalho se propõe a comparar dois modos diversos de compreensão do direito, sob o propósito de assinalar suas aproximações e dessemelhanças e, com isto, melhor depurar a descrição da prática jurídica. Para tanto, investiu-se na análise comparativa doutrinária entre a teoria de Dworkin e Ferrajoli, tanto porque se mostram muito atrativas ao direito contemporâneo, como porque implicam diferente forma de concepção do direito com pretensa herança do positivismo e jusnaturalismo. Mediante pesquisa bibliográfica, expõe-se, a um primeiro momento, a teoria de Dworkin, para depois abordar a de Ferrajoli. Num terceiro momento, analisa-se de forma comparativa ambas as abordagens e conclui-se pela aproximação prática de uma e de outra, pois nestes modos teóricos se possibilitam o diálogo entre direito e moral. Não obstante, do diferente discurso sobre a relação entre direito e moral resultam diferentes possibilidades ao direito e à moral no âmbito de cada uma delas.

Palavras-chave: Liberalismo. Luigi Ferrajoli. Ronaldo Dworkin. Direito e moral. Análise comparativa.

ABSTRACT

The present review proposes compare two different ways of understanding the law, in order to point out their approximations and dissimilarities and with this, better debug the discretion of the legal practice. In order to do so, it was invested in the comparative analysis between Dworkin's theory and Ferrajoli's, both because

- 1 Doutorando em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em direito pela Universidade de Fortaleza. Pesquisador do laboratório de ciências criminais da Universidade de Fortaleza. Professor do Centro universitário Farias e do Centro universitário Uninassau. Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7351-8498>. E-mail: italofbraga@gmail.com.
- 2 Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professora Titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Procuradora Fiscal da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza. naterciasiqueira@yahoo.com.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

BRAGA, Italo Farias; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. *Entre o liberalismo de Dworkin e o garantismo de Luigi Ferrajoli – aproximações e divergências teóricas*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 196-210, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.7961>.

they are very attractive to contemporary law, and because they imply different forms of conception of law with a supposed inheritance of positivism and jusnaturalism. For this, through a bibliographical research, the Dworkin theory was expose, at a first moment, to later address the one of Ferrajoli. In a third moment, the comparative analysis between the two is carried out and it concludes by the practical approximation of one and the other, because in both the dialogue between law and morality is possible. Nevertheless, from the different discourse on the relation between law and morality, there are different possibilities for the right and the moral in each of them.

Keywords: Liberalism. Luigi Ferrajoli. Ronaldo Dworkin. Right and moral. Comparative analysis.

INTRODUÇÃO

A justiça constitui tema recorrente na filosofia e no direito ao longo da história da humanidade. Assim, no percurso temporal, questões aporéticas, tais quais a liberdade e a igualdade, constituíram o arcabouço de amplas discussões aos juristas contemporâneos, que se inspiram em fontes como o jusnaturalismo, o juspositivismo e as próprias interfaces entre o direito e a moral. Assim, a concepção de direito e justiça é enfrentada de forma própria por Ronald Dworkin e por Luigi Ferrajoli.

O interesse acadêmico na análise das teorias desses autores justifica-se pelo fato de terem impactado as compreensões de direito e os rumos tomados pelas cortes em escala mundial. Por um lado, Dworkin foi - e ainda é - alicerce metodológico e teórico. Por outro, Ferrajoli apresenta uma teoria que se consolidou como fundamento das limitações do Estado em um modelo pós-positivista, cujas diretrizes também são tomadas em escala doutrinária. Assim, Dworkin e Ferrajoli representam facetas de ideias jurídicas que se contrapõem e se completam para a compreensão do direito justo.

Desta forma, ganha relevância a discussão sobre quais modelos de Estado de direito são suficientes para garantir a melhor segurança jurídica, frente as limitações das separações entre direito e moral, frente as visões liberais de mundo. Sobretudo, tem-se nas discussões a necessidade de garantir a compreensibilidade de um direito justo, pela segurança jurídica da lei liberal e que seja efetivo para lidar com os problemas causados pelo positivismo clássico.

Deste modo, restam questionamentos como quais seriam os modelos decisórios propostos por Ronald Dworkin e por Luigi Ferrajoli para lidar com o problema do bem decidir, frente os paradigmas liberais de igualdade dos autores?

O objetivo deste trabalho, passa a ser então compreender a sistemática de pensamento de Ronald Dworkin e posteriormente a teoria de Luigi Ferrajoli, diante do contexto da moral de liberdade e igualdade e da aplicabilidade do direito justo, mediante a segurança jurídica frente os problemas do juspositivismo.

Referidos autores investem em discursos metodológicos diferentes para explicarem o direito, que se têm mostrado paradigmáticos: o discurso positivista, de um lado, e o discurso hermenêutico, de outro. De outra sorte, as diferentes metodologias propostas para a prática jurídica implicam diferentes teorias sobre a relação entre o direito e a moral. Neste panorama, o presente artigo se dedica à análise comparativa das duas concepções do direito, a de

Ferrajoli e a de Dworkin, com o propósito de lhes ressaltar as semelhanças e as diferenças, de maneira a tornar-lhes mais nítidas em seus contornos.

Uma vez que este trabalho propõe a análise comparativa entre dois pensadores e suas concepções do direito, ele apresenta cunho eminentemente bibliográfico. Nesta toada, o presente estudo aborda, inicialmente, a teoria de Ronald Dworkin, sobretudo o modelo liberal adotado que se realizaria, elementarmente, pela neutralidade oficial axiológica como contenção do Estado. Em seguida, analisa-se a teoria do garantismo com os pressupostos de Luigi Ferrajoli, que a apresenta como teoria geral do direito numa roupagem neo-positivista que seria a adequada ao neo-constitucionalismo.

Em um terceiro momento, comparam-se as concepções de Ferrajoli e de Dworkin, de modo a buscar aproximações e divergências entre si. Ao final, conclui-se que não obstante diferentes sejam os discursos metodológicos, na prática, o pós-positivismo de Ferrajoli se aproxima da teoria Dworkiana, uma vez que possibilita um intenso diálogo entre direito e moral mediante o esforço argumentativo. Não obstante, referida constatação gera dupla advertência: a) ainda que se abstraia do discurso e se foque na prática, a diferença no tratamento da relação entre moral e direito pelas duas teorias resulta em diferentes fundamentos últimos do direito, com implicações em algumas áreas, em especial no direito internacional; b) mesmo que nas duas teorias haja diferente ênfase na relevância da moral ao direito, em ambas se deve levar a filosofia a sério, de maneira que o direito não se converta em um caleidoscópio de opiniões sem fundamentação sólida.

1. BASES TEÓRICAS DE RONALD DWORKIN

A igualdade e a liberdade são temas fundamentais no arcabouço de análises de Ronald Dworkin (DWORKIN, 2000), que propõe um modelo liberal de Estado que se amolde a uma teoria de justiça cuja base axiológica se compromete com o conteúdo da igualdade: as pessoas são iguais à medida que o Estado trata com igual consideração os vários modelos e escolhas de vida. Dessa forma, liberdade e igualdade, como conteúdo da justiça, implicariam limitações materiais e discursivas ao Estado, mas também demandariam a assunção de deveres por particulares e pelo Ente público para assegurar a igualdade de recursos – equalização das diferenças do meio e pessoais de forma que todos tenham oportunidades equitativas de se desenvolverem dentro de suas escolhas.

Vai-se além: para as teorias liberais, sejam elas constituídas pelos clássicos, como Locke, Kant, Mill ou pelos contemporâneos, como Dworkin, Rawls e mesmo Ferrajoli, as restrições à liberdade só se enquadram num ordenamento jurídico pretensamente democrático mediante justificativa plausível, racional e legítima. Nesse sentido, Dworkin estaria a propor um modelo de liberdade ao qual seria condição elementar a neutralidade axiológica do Estado, que implica abstenções, mas também atuações, com o intuito de se possibilitar o exercício das formulações pessoais de cada indivíduo. (IOSA, 2017).

Desta feita, os limites para a intervenção estatal não são fruto exclusivo da pretensão jurídica, mas sobretudo da compreensão filosófica de que decorre a interpretação do direito. Assim, mesmo sob o viés positivista, aceitável por parte do pensamento liberal, ou por um

pensamento de hermenêutica mais construído na visão jurisprudencial, a constituição filosófica impele o direito (MELO; POMPEU, 2017).

É importante, entretanto, não perder a perspectiva de que a pretensão de justificar a igual liberdade como parâmetro de limitação, mas também de informação e de orientação do Estado, depreende-se da concepção axiológica prévia de que cada ser humano é igual em dignidade e tem igual direito à busca equitativa pelo seu melhor quinhão pessoal, assim compreendido o conjunto de bens e direitos que melhor se adequam ao modelo de vida estabelecido por cada pessoa a si. Por ser igualmente digno a qualquer outro, cada qual pode optar pelo seu modelo de vida, sem que o Estado intervenha – significativamente; salvo, e daí retorna-se à advertência Kantiana, se as escolhas pessoais interferirem, direta e elementarmente, na liberdade do outro que é igualmente digno.

Liberdade e igualdade expressam facetas da tutela formal e material pelo Estado, que não se realizam, conforme já se advertiu, pela não intervenção ou abstração do Estado de impor ou induzir algum modelo de vida boa para todos. Igualdade e liberdade constituiriam modelos de sociedade nos quais se permite o aquinhoamento de bens, que são função das concepções de vida adequadas aos anseios pessoais de seres humanos igualmente dignos, de modo formal e material (FACHIN; SCHAUMAN, 2008).

Para justificar o conteúdo material que atribui à igualdade, como igual sistema de liberdades que garantam o exercício da autonomia individual, Dworkin desenvolve a “metáfora” do leilão na ilha deserta. Assim, descreve uma fábula que trata do problema da divisão dos bens em uma ilha entre os naufragos (DWORKIN, 2005). Para testar a justiça do método de distribuição, faz uma série de proposições: primeiro, sugere que se realize a distribuição igualitária dos bens. Nesse caso, conclui pela injustiça do método, uma vez que resultaria em um quinhão imerecidamente grande a quem não o merece, bem como implicaria má distribuição dos recursos escassos, visto que importaria um quinhão de bem específico aos naufragos que, por esta condição, não satisfaria de forma adequada os interesses pessoais de cada qual. Referida metodologia de distribuição não passaria pelo teste da cobiça (DWORKIN, 2005, p. 81), razão pela qual a divisão mecânica dos recursos seria insuficiente para estabelecer um padrão de igualdade qualificado pela liberdade e autonomia dos indivíduos.

Propõe então um outro método: a distribuição de igual quantidade de fichas aos naufragos para a realização de uma dinâmica similar a um leilão. Esta sistemática pretende revelar o mercado como instrumento “justo” para distribuição de bens econômicos, dado que cada pessoa gastaria as suas fichas numa estratégia pessoal de planos de vida; ou seja, ao limite que lhes traga satisfação pessoal. Neste sistema hipoteticamente justo, deixar-se-ia cada pessoa igualmente livre e responsável para aquinhoar os seus bens, mas sob o custo da soma das escolhas pessoais. (DWORKIN, 2005).

O mercado, portanto, respeitaria a axiologia “prévia” pautada na igualdade de liberdade e responsabilidade. Isto porque um sistema de distribuição de riquezas na sociedade revela-se justo à medida que formatado por uma mecânica que permita que as pessoas sejam igualmente livres e responsáveis pela sua sina. Por palavras sintéticas: o leilão, como metáfora do mercado, revela-se justo como método de distribuição de bens, uma vez que igualmente respeita os diversos modelos de vida ao atribuir a cada qual igual liberdade, recursos e responsabilidade para amealhar o seu quinhão de bem sem implicar, portanto, uma construção homogeneizadora ou ditatorial (MONTARROYOS, 2013).

A preocupação com a igualdade como referencial do direito é máxima que extrapola as concepções de Dworkin. Tem-se a igualdade, ou pelo menos a não desigualdade absoluta, respeitados os modos de vida, como parâmetro essencial para um critério democrático e sobretudo para um critério de aplicação do direito justo (MARCO, SANTOS, MOELLER, 2019).

Assim, tem-se na teoria de Dworkin os fundamentos ou justificativas axiológicas de institutos sociais, o que se dá ao se mostrarem conforme os condicionamentos formais e materiais da justiça. É fato que, fora do plano hipotético, as questões de desenvolver e aprimorar instrumentos e mecanismos que observem os condicionamentos da justiça adquirem grande complexidade. No entanto, para efeitos deste trabalho, o que se quer é ressaltar a metodologia dworkiana de averiguação da justiça de métodos de distribuição de bens sociais através da respectiva conformidade aos condicionamentos da igual dignidade da individualidade.

Mas além do justo critério de distribuição de bens econômicos, Dworkin igualmente se aventura pelo justo critério de distribuição de direitos. Esse seria a democracia representativa (DWORKIN, 2000, p. 288), que estaria limitada e condicionada pela prévia axiologia da igualdade, tanto referente à economia, como às outras áreas de regulação, tais quais direitos civis e bioética. Dworkin, dessa forma, mantém a tensão entre a concepção de direitos fundamentais e democracia: processo democrático seria justo na medida em que fossem igualmente respeitadas as várias individualidades, de modo a se garantir a igual dignidade aos diferentes modelos de vida (VIRGÜEZ RUIZ, 2015).

Nesse sentido, o conceito dworkiano implica que a democracia, per si, não seria suficiente para constituir um modelo justo. Entretanto, um modelo justo não poderia não ser democrático. Isto é, um modelo justo depende da concepção democrática de que as vontades pessoais têm igual peso e relevância, tanto nas relações econômicas como políticas. Assim, a interferência do Estado se legitima tanto no processo democrático como na axiologia que lhe é anterior e basilar: a igual autonomia individual como limite integrador do direito, que não se mostra incompatível com decisionismos lastreados em padrões morais de concepções específicas de modelos de vida (KYRITSIS, 2016).

Assim, Dworkin apresenta uma crítica ao positivismo, lançando mão do paradigma da interpretação, de modo que a estrutura positivista não seria a única a moldar o direito (RODRIGUES, 2013). Entretanto, mesmo diante da aplicação teórica em que o positivismo estaria estruturalmente equivocado, Dworkin não afasta a legislação e as decisões mediante modelos cooperativos de direito com segurança jurídica.

Dworkin ainda propõe a distinção entre modelo majoritário e cooperativo. O modelo majoritário seria aquele no qual a simples decisão da maioria seria suficiente para interferir na liberdade da minoria, inclusive da maior minoria possível, seja ela o indivíduo. Já um modelo cooperativo, ou de parcerias, compreende que, por mais que exista a possibilidade de atuação conjunta e a interferência em razão de valores públicos, há de se respeitar os modos de vida e a axiologia que prevê igual dignidade entre seres humanos. Somente mediante um sistema cooperativo de parcerias seria viável uma constituição justa, e, portanto, seria racional a interferência na autonomia individual (GOODHEART, 2013).

Um modelo interpretativo liberal e justo não descartaria, portanto, a legalidade, o que poderia sugerir uma aproximação com o positivismo. Entretanto, o recorte da legalidade não quer dizer que a interpretação literal seja a única possível, pelo contrário, as bases legais são

postas e interpretadas mediante o elemento axiológico que serve como liga integradora do direito: a igual dignidade das individualidades. O direito, para Dworkin, não se realiza numa prática de enquadramento semântico que se realizaria pela respectiva descrição fática. Antes, a prática jurídica seria interpretativa, dar-se-ia no esforço de argumentação mediante considerações coerentes a partir de um eixo de valor comum. Antes de o direito encontrar numa estrutura metodológica funcional e apriorística a sua legitimidade e validação, ele se legitimaria pela construção de uma interpretação séria, que antes de se aventurar pela descrição fática de como acontece, propõe-se a se apresentar nas suas melhores luzes.

2. O GARANTISMO JURÍDICO

A teoria do garantismo surge como teoria jurídica estruturante para a formulação de uma teoria geral do direito e como parâmetro de justiça pós-positivista. Dessa forma, traz à baila a validade das normas jurídicas e os vetores de aplicação normativos, de modo que é indispensável a conceituação teórica das ideias de Ferrajoli para estabelecer o arcabouço epistemológico sobre o qual, significativamente, repousa o direito contemporâneo.

Ademais, neste trabalho verifica-se que o garantismo, na órbita do direito interno, como reflexo de uma teoria liberal, conversa com a teoria de Dworkin, o que levaria a uma observação preliminar de que ela não seria incompatível com a lógica garantista. Entretanto, a verificação prévia não é de contrariedade de ideias, de modo que os modelos de Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli se complementam na compressão da melhor aplicação do direito.

2.1 A TEORIA GERAL DO GARANTISMO JURÍDICO

A teoria do garantismo, tal qual proposta por Luigi Ferrajoli, constitui um espectro de ideias vinculado ao tronco de teorias sobre o direito que têm por parâmetro a legalidade e a proteção das liberdades individuais. Em que pese existir razoável deturpação dos conceitos garantistas vinculados ao senso comum, até mesmo de forma pejorativa em razão dos movimentos ligados a grupos protetores de direitos humanos, deve-se compreender aquilo que efetivamente as teorias garantistas implicam.

No plano etimológico a palavra garantismo origina-se do conjunto de línguas neolatinas, de modo que trazia, nos textos primários, a ideia de tutela, proteção e salvaguarda aos mais fracos. Isto é, garantismo, inicialmente, significava a garantia à proteção. De início, estes termos foram vinculados aos países de cultura *civil law*, tais quais Itália, Portugal e até mesmo Brasil, e relacionados às liberdades negativas, ou seja, limitações do Estado pela lei (IPPOLITO, 2011). Frise-se que sequer há tradução antiga para garantismo ao inglês, que se utiliza da palavra "*garantism*", cuja construção foi totalmente trazida da doutrina romano-germânica.

Esse termo teve, com o advento do *welfare state*, ampliação semântica, de modo que não mais se limita a significar a garantia de proteção individual, ou limitação do arbítrio estatal. Antes, estendeu-se aos meios adequados à tutela efetiva daquilo que se pretendia

como direito. Desta forma se impunha não apenas a proteção individual aos mais fracos, mas também a necessidade positiva de efetivação de uma matriz constitucional de proteção às liberdades individuais e de efetivação dos direitos sociais (IPPOLITO, 2011).

Luigi Ferrajoli, ao analisar a origem etiológica do termo, confere à palavra constitucionalismo (*ou garantismo*) três sentidos. Há de se mencionar que estes sentidos da palavra não se confundem com as dimensões descritas no livro *Direito e Razão* (FERRAJOLI, 2014), mas complementam a compreensão destas. O primeiro sentido estaria na palavra garantismo como "paleopositivismo", porque, para Ferrajoli, consubstanciaria a revisitação ao positivismo jurídico com viés de proteção material. A segunda interpretação do termo estaria vinculada às definições de validade e vigência, em relação às quais o garantismo implicaria a garantia de validade e vigência dentro de um modelo constitucional das normas entendidas como justas por aquela sociedade. Já a terceira acepção da palavra garantismo afigura-se no modelo de filosofia política, sob a qual estaria baseada uma teoria geral do direito em bases materiais para se definir, de forma democrática e legítima, como seria "um bom governo" (COSTA e VERAS NETO, 2016).

Portanto, extrai-se da etiologia do termo garantismo a ideia de garantia, efetivação, seguridade, defesa, preservação de indivíduos frente ao arbítrio estatal. Destarte, há no garantismo um modelo de direito e uma teoria geral pelos quais garante-se a liberdade individual por meio de um sistema de proteções e tutelas lastreado na legalidade e na constitucionalidade sob aspectos formais e materiais (AVILA, 2017).

As considerações de garantismo como uma teoria exclusiva ao direito penal ou processual penal são bastantes comuns na compreensão leiga. Entretanto, não há paralelo acadêmico de vinculação exclusiva de garantismo à esfera penal ou processual penal. Antes, as ideias de Ferrajoli tratam de uma teoria geral do direito por matizes filosóficas, já que, enquanto professor, dedica-se ao ensino das disciplinas de Teoria Geral do Direito e de Filosofia Analítica (FERRAJOLI, 2014).

Verifica-se, assim, a aplicação dos postulados garantistas em todos os ramos do direito. A título exemplificativo, Fredie Didier (2011, p. 211) trata da aplicabilidade da doutrina garantista no âmbito processual, abrangendo neste caso o processo civil. Dessa forma, é descrita a doutrina como aquela que teria por objetivo a proteção do cidadão frente aos abusos do Estado num modelo liberal de limitações. Assim, para Didier (DIDIER, 2011), o sistema garantista de processo deixa de trata-lo como mero duelo entre partes e o considera pela necessária conformação a primados, tais quais a garantia do contraditório, a necessidade do aprimoramento das decisões judiciais e, mesmo, a construção de uma teoria de argumentação baseada na legalidade cumulada com a efetividade material daqueles primados tidos por indispensáveis.

É bem verdade que no livro *Direito e Razão* de Luigi Ferrajoli (2014), trata-se diversas vezes de matéria ligada diretamente à área criminal material e processual. Entretanto, não é possível deduzir, diga-se uma vez mais, que o sistema dito garantista seja restrito a essas questões. O que se verifica é que, como uma teoria liberal lastreada nos conceitos de legalidade e plasmada pela prévia aspiração liberal de limitação do arbítrio estatal, Ferrajoli trabalha uma axiologia aplicável com muita clareza ao direito penal, fonte de arbítrios de diversas naturezas e onde tradicionalmente se reforça o caráter silogístico. Portanto, as teorias de Ferrajoli constituíram base para refrear o punitivismo e se imiscuíram em pontos úteis às

ciências criminais, à criminologia e ao próprio direito penal e processual penal (FREITAS, MANDARINO, ROSA, 2017).

A noção garantista posta-se, então, como uma teoria liberal de natureza eminentemente constitucional. Dessa forma, verifica-se que, para o garantismo, a tutela do cidadão deve ser aquela consubstanciada na não intervenção desnecessária do Estado, e isto em qualquer ramo jurídico, seja direito processual ou material, o que refreia – acredita-se – a imposição do modelo de vida ou lógica persecutória de cidadãos. Em suma, o garantismo seria um modelo liberal fundado na legalidade e constitucionalidade, sob o respeito das garantias fundamentais (SERETTI, 2009).

A estrutura do sistema garantista proposta por Luigi Ferrajoli para a proteção das liberdades individuais, com fundamento liberal, utiliza-se essencialmente da legalidade, mas sem desconsiderar os avanços constitucionais das tutelas positivas. Dessa forma, é formatado no sistema garantista a dupla face de respeito normativo ao texto constitucional. A primeira face manifesta-se na garantia de não intervenção desnecessária, ao passo que a segunda revela-se na necessidade de atuação positiva do Estado para a garantia daquilo definido como fundamental ao cidadão (CADEMARTORI; GRUBBA, 2012).

Por conseguinte, o sistema garantista define 3 (três) eixos estruturantes: o primeiro a consubstanciar-se na hierarquia material normativa da Constituição por uma dinâmica de “estrita legalidade” sob o plano epistemológico; o segundo a revelar-se como instância crítica do direito e da realidade, no qual se avalia a norma pela compatibilidade e pela efetividade, de modo a evitar decisões teratológicas com base em uma argumentação sólida; e o terceiro se aventura pela filosofia e crítica política, instâncias pelas quais se legitima ao direito a tutela das finalidades do Estado e nas quais se trabalham as características da sociedade democrática em sentido amplo, ou seja, sob o enfoque de que as vontades e decisões da maioria vigem, desde que a respeitar os limites mínimos das minorias (FERRAJOLI, 2014).

Alexandre Moraes da Rosa trata de quatro frentes ou dimensões do garantismo. i) A primeira frente é descrita como a necessidade de verificação de compatibilidade formal e material da norma à Constituição, primado hierárquico que deve ser cumprido por vinculação positiva; ii) a segunda dimensão dá-se na verificação de um sistema pelo imperativo da efetividade democrática. Nela, se assume que as normas devem ser legítimas, o que ocorre ao observar os direitos tidos como fundamentais; iii) a terceira frente se situaria na vinculação da atividade judicante ao direito, segundo a qual o magistrado guarda estrita sujeição às normas. Estaria, portanto, vinculado à legalidade e à constitucionalidade; iv) por fim, a quarta dimensão se ocuparia de trabalhar o senso crítico da ciência jurídica com o propósito de se evitar decisões teratológicas (ROSA, 2003).

Nessa senda, o garantismo implica uma teoria geral de direito, entendida como uma teoria democrática de justiça, aplicável aos diversos ramos do saber jurídico por ter caráter constitucional. O garantismo é a teoria que prega a conformação democrática de respeito ao texto constitucional. Dessa forma, os termos propostos por Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2014), ao formular os eixos estruturantes de condutas de teoria geral que vinculam o Poder Público, diferencia a mera validade e vigor das normas produzidas, ao passo que as classifica entre ilegítimas e juridicamente válidas. As normas só podem subsistir num sistema jurídico se adequadas materialmente a este.

Portanto, é entendido o garantismo como o processo aplicável ao pós-positivismo constitucionalizado. Pretende a formulação garantista ser balizadora não apenas da decisão judicial, mas da própria formulação legislativa, ao estabelecer parâmetros de atuação do Estado lastreados na não intervenção e no cumprimento efetivo das disposições constitucionais. Ademais, para a teoria garantista, os princípios, como normas, deveriam positivar-se mesmo que representem axiologia prévia (FERRAJOLI, 2014).

Assim, para se ter um sistema democrático e por consequência mais próximo ao justo, seria necessário do plano epistemológico a separação entre 3 categorias: i) aquilo que pode ser decidido pela maioria; ii) aquilo que deve ser decidido pela maioria; iii) aquilo que não pode ser decidido pela maioria. Desta feita, o sistema jurídico é consolidado pelas limitações entre aquilo que não pode ser decidido pela maioria, por ferir garantias mínimas inerentes à condição humana, divergindo daquelas questões cujo interesse público predomina, de modo que nestas devem ser decididas pela maioria ou podem ser decididas pela maioria (FERRAJOLI, 2014).

Para tal é que se compreende a dimensão democrática do garantismo como o compartilhamento de poderes, no qual a adstrição de cada um à sua função permite a criação e a aplicação da norma de forma substancial, aqui entendida como aquela na qual as liberdades existem e são respeitadas não apenas no plano formal. Isto é, para o garantismo, o legislativo tem a sua função específica na dinâmica de funcionamento do Estado, que é circunscrita à decisão sobre aquilo que deve ser decidido – ou seja, sobre a criação de normas legítimas –, enquanto o judiciário tem o dever de aplicação legítima das normas produzidas pelo legislativo, o que faz mediante aplicação normativa crítica sob fundamentação racional (CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2006). Portanto, em um sistema efetivamente democrático, nem sobre tudo se pode decidir, ao passo que as decisões são tomadas mediante o sistema de leis, especialmente da Constituição Federal, que limita os poderes do Estado.

Nesse contexto, a teoria garantista não afasta uma limitação axiológica prévia que seja lastreada, de certa forma, na moral. Apenas compreende que as garantias formuladas pela segurança do modelo liberal positivista não devem ser afastadas, constituindo sustentáculo para ser aplicado em conjunto com os princípios que se positivariam no sistema, à medida da necessidade de cada sociedade, de acordo com um processo legislativo moldado a partir de valores (ZANON JÚNIOR, 2015).

Portanto, o modelo garantista é aquele no qual o sistema de princípios é constitucionalizado. Investe na construção de um modelo formal de funcionamento, legitimação e validação do direito, mas o faz de forma arejada à moral, já que a aplicação das regras pode ser mitigada pela adoção de uma interpretação material principiológica, sob a preocupação crítica de se evitar a teratologia em suas decisões.

3. APROXIMAÇÕES E DIVERGÊNCIAS ENTRE LUIGI FERRAJOLI E RONALD DWORKIN

Inicialmente deve-se dizer que Ferrajoli e Dworkin constituíram suas obras e suas ideias em correlações diferentes de espaço e mentalidade jurídicas. Dworkin voltou-se à escrita com base nos *hard cases* norte-americanos, de modo a buscar uma formulação de argumentações sérias para as decisões em um sistema tipicamente descrito de Common Law. Por outro, Ferrajoli desenvolveu suas teorias na Itália, envolto pelas teorias do Civil Law e posteriormente a longos períodos de baixa estabilidade na península itálica.

É perceptível que ambos os autores fazem distinção lógica de princípios e regras, bem como consideram que os princípios estariam de certa forma envoltos nas regras, de modo que as regras devem ser afastadas quando afrontarem princípios (ZANON JÚNIOR, 2015). Outrossim, essa aplicabilidade de princípios teria por base uma axiologia prévia conformada num sistema de valores pretensamente universais.

Mas o que de perto chama a atenção é o compartilhamento, em traços gerais, de uma filosofia de matiz liberal. Ferrajoli adota a ressalva liberal de que ao Estado não se deve permitir a intervenção nas decisões e modelos de vida, o que faz mediante a advertência de que se deve assegurar a máxima efetividade aos avanços decorrentes do Estado social, para o quê a construção de uma dinâmica constitucional mostra-se elementar (AVILA, 2017). Na mesma esteira, Dworkin se propõe como liberal, tanto pela advertência de que o Estado trata a todos como iguais à medida que igualmente respeita os vários modelos de vida, do que resulta a axiologia oficial da neutralidade, como pela epistemologia jurídica que adota, no sentido de que a interpretação do direito revela-se séria enquanto coerente, o que reivindica o esforço de argumentação sob o elemento integrador "da igualdade" na roupagem liberal da igual consideração aos vários modelos de vida boa (AGUILHERA PORTALES, 2015).

A pressuposição do conteúdo material da igualdade como igual dignidade das individualidades constitui ponto comum a ambas as teorias. Se para Ferrajoli esta se realizaria na impossibilidade de o Estado interferir de forma ilegítima, isto é, de tomar a decisão por quem não a pode tomar ou de decidir sobre aquilo que não pode decidir, para Dworkin as limitações ao Estado também consubstanciam preocupação elementar em sua obra, cujo eixo central gravita no condicionamento das atuações legítimas de governo, ainda que sob justificativa na vontade da maioria, à igual consideração aos vários modelos de vida, de maneira que a "democracia", quando compreendida pelo processo político, estaria limitada pelo núcleo essencial que resguarda a igual dignidade das individualidades.

Não obstante, é importante que se ressaltem as diferenças, cuja maior relevância, no plano teórico, encontra-se na relação entre direito e moral. Para as teorias garantistas, ao menos por uma formulação linguística, o direito e a moral devem se manter separados. A primeira consistiria apenas no conteúdo material do direito, quando justificável mediante interesse público (BARRETO, 2016). Entretanto, a ideia de um distanciamento teórico entre o direito e a moral não eximem o pensamento filosófico (MELO; POMPEU, 2017). A filosofia parte como paradigma para indicar o quão jurídica vai ser a moral, diante das limitações possíveis de Estado, de modo que mesmo diante da diferença mantém-se a lógica e a integralidade do sistema.

Ronald Dworkin, por sua vez, trata o direito a partir da moral. Desde escritos anteriores, como império do Direito, Dworkin trabalha o elemento epistemológico “integrador” como metodologia adequada à prática do direito: integridade de princípios. Referido elemento, por sua vez, já possuía conteúdo material, a flertar com a concepção da igualdade como igual relevância dos vários modelos de vida. É bem verdade que, nesse primeiro momento, a epistemologia da integridade de princípios, bem como o seu conteúdo material, eram compreendidos como uma forma específica de a comunidade política norte-americana se ver e conceber.

Não obstante, por ocasião do seu penúltimo livro, *Justice for Hedghogs*, Dworkin adota a perspectiva metafísica da axiologia liberal: ela seria inerente à pessoa e não a uma cultura. A pessoa teria dois deveres morais elementares à sua dignidade: o auto respeito e a autenticidade (DWORKIN, 2011). Ou seja: ela deveria levar a sua vida a sério – e não a tratar como oportunidade desperdiçada –, o que faz pela construção de uma narrativa de vida coerente aos seus valores elementares. Essa construção metafísica da pessoa, de outra sorte, é elemento que se reputa como herança mais fortemente Kantiniana do que jusnaturalista. À exemplo de Kant, Dworkin confere ao direito caráter fundamentalmente antropológico, uma vez que o concebe e o molda em adequação ao dever moral elementar à pessoa racional: mas enquanto em Kant o dever moral se revela nos imperativos categóricos, em Dworkin se manifesta na dimensão existencial de se construir uma vida de forma coerente ao que efetivamente se valoriza.

Outro aspecto relevante é que Dworkin, sobre a *justice for Hedghogs*, adverte que o ouriço sabe de uma única coisa, mas “o” essencial: o elemento integrador das coisas. Esse elemento, para Dworkin, que limita, condiciona, inspira e justifica os institutos sociais, tais quais o direito, a economia, o mercado, o processo político, apresenta conteúdo axiológico específico, conforme já se falou. Aqui, a moral e a filosofia são prévias ao direito: não são um elemento da teoria do direito, como o é para as construções de matiz positivista. Para o norte americano, repita-se, a moral estaria a balizar o direito, sobretudo naqueles casos difíceis, pelos quais a lei e o precedente revelam-se insuficientes (KYRITSIS, 2016).

É importante que se chame a atenção para o ponto que acima se iniciou a tratar: diferentes condutas epistemológicas sobre direito e moral. Na teoria do garantismo, sobressai o positivismo como sistema de legitimação: a moral é elemento que até pode justificar o direito, mas não o integra per si. A filosofia integra a teoria geral do direito. Ela seria compreendida por uma perspectiva jurídica³. Já Dworkin, e isto desde o início de suas obras, trabalha uma teoria de superação do positivismo ou da prática jurídica a qual ele denomina de semântica. Abstraindo-se da modulação de uma dinâmica de legitimação e validação, Dworkin adota a perspectiva epistemológica de que o direito é interpretação, que se deve realizar a partir de um elemento axiológico integrador: a moral consubstanciada na igual dignidade das individualidades. Mas essa íntima relação entre moral e direito, é importante que se ressalte, não estaria envolta em liberdade absoluta ou em discricionariedade por parte do julgador. As decisões dos *hard cases* passa mormente pela escolha da melhor decisão possível, ou seja,

3 Em aula na disciplina de Filosofia do direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa proferida no dia 02 de março de 2018, O Professor Catedrático Fernando Borges Araújo, ao tratar do jusnaturalismo e positivismo, abordou a questão referente ao relacionamento entre direito e filosofia, ao indagar se a filosofia, ao ser aplicada ao direito, deve ser tratada por juristas ou se mantém autonomia referente ao direito. A partir de suas considerações, realiza-se a presente análise comparativa entre Dworkin e Ferrajoli,

aquela que mediante uma argumentação séria represente a “melhor escolha” dentre as possíveis decisões legítimas ao caso (MARINHO, 2017). E o conhecimento de uma filosofia que não é colonizada pelo direito revelar-se-ia em absoluto necessário para a construção dessa interpretação séria, que se mostra a correta à medida que se mantenha coerente diante dos vários argumentos contrafactuais.

Não obstante uma formulação aparentemente distinta do direito, o positivismo muito se tem aproximado da moral. Veja-se: ainda que o garantismo, na sua perspectiva positivista, insista na legitimação da norma por uma epistemologia formal, a adequação à matéria e à forma prescrita nas normas superiores pelas de hierarquia inferior, a ênfase na adequação material, em especial quando a Constituição adota princípios morais de abertura semântica, implica um diálogo intenso entre moral e direito. O Direito se vai construindo sobre princípios morais, não apenas em uma perspectiva de justificação prévia, apriorística, mas a incorporando ao seu conteúdo. Nestes termos, a prática do garantismo não se distingue, elementarmente, da teoria interpretativa do direito adotada por Dworkin, não obstante diferente a formulação teórica sobre o relacionamento entre direito e moral.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo trazer teorias diferentes e usuais no discurso da prática jurídica, para o que se tomou por elementos paradigmáticos os escritos de Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli, com o objetivo de explicitar as semelhanças e diferenças e compreender as concepções epistemológicas do direito que marcam as práticas jurídicas da contemporaneidade.

Ronald Dworkin, relatou-se no decorrer deste artigo, impactou a jusfilosofia com a construção de uma teoria interpretativa do direito baseada em argumentos axiológicos da ordem liberal. Ao adotar uma base axiológica fundamentada na igual dignidade dos vários modelos de vida que inspira, condiciona e legitima a intervenção estatal, Dworkin demonstrou não apenas a compatibilidade, como também a imprescindibilidade do mercado e do processo político democrático como instrumentos de realização dessa axiologia liberal.

A teoria dworkiana, em sua grande parte, foi-se formulando mediante a análise de casos concretos, o que já implicava o esforço pela argumentação jurídica séria como critério de realização do direito. Revela, por outro lado, a sua cultura estadunidense informada pelo *common law*. Nesta metodologia, abstrai-se de trabalhar um modelo fechado de legitimação e validação do direito: Dworkin contrapôs-se à teoria positivista do direito ao concebê-lo como prática interpretativa que se realiza pelo método da integração de princípios – abandona, por via de consequência, a concepção do pragmatismo e convencionalismo. Ronald Dworkin, é bom que se frise, trabalha o direito como empresa interpretativa de vários dados apriorísticos, Constituição, leis, precedentes, sob o esforço da coerência e fidelidade a revelar-se na integração de princípios como metodologia a melhor construir uma solução para o caso concreto.

Já Luigi Ferrajoli construiu a teoria do garantismo. Do plano epistemológico, tal teoria é formulada como uma teoria geral do direito, no contexto democrático que encontra na filo-

sofia política a justificativa para o modelo de centralização e hierarquia das normas constitucionais como primado liberal de proteção e tutela de direitos. Dessa forma, o garantismo não despreza uma axiologia filosófica, já que a incorpora como elemento de interpretação do direito e limitação do estado: mas o faz de forma colonizada a um modelo pré-concebido de validação e realização do direito. Talvez assim o faça porque as ideias garantistas foram formuladas num contexto de países que adotam como metodologia jurídica um sistema rígido de legalidade.

O compartilhamento de uma filosofia liberal norteadada pela individualidade, o que demanda proposições de limitação e legitimação do Estado, revela que as aspirações liberais de igualdade e liberdade têm informado, axiologicamente, o direito, o que, ao se confirmar em outras análises comparativas, servirá de importante elemento aos cultores do aspecto cultural como fonte legitimadora da prática jurídica. Não obstante, os dois autores investiram em diferentes discursos metodológicos. O Garantismo apresenta traços do positivismo, no esforço de adequá-lo ao pós-constitucionalismo, ao passo que Dworkin rejeita, por completo, a perspectiva positivista do direito, ao qual ele atribui um esforço semântico de descoberta e explicação de um fato em contraposição a uma empresa interpretativa, que seria a verdadeira essência do direito. Entretanto, o garantismo, ao insistir na adequação material como elemento de legitimação e validação das normas, no contexto de positivação de valores, traz a moral para dentro do direito, a incorpora à prática jurídica. Portanto, de se investir no garantismo ou na integridade de princípios, deve-se abrir para um conhecimento sério e responsável da filosofia, que não raro servirá como última instância argumentativa do direito. O estudo da filosofia, não apenas como apêndice da teoria geral do direito, mas no seu sentido amplo, mina o subjetivismo cujo cavalo de Tróia, em não raros os casos, apresenta-se na figura de princípios de abstração semântica que propiciam interpretações sem substância.

É preciso que se eleve a filosofia a um patamar relevante na vivência jurídica, de maneira que se realize uma prática jurídica responsável, o que se avalia pela qualidade da argumentação. Na prática, portanto, a distinção entre o exercício do positivismo e o da integridade de princípios vai perdendo muito da sua nitidez; não obstante, a manutenção de diferentes discursos ainda revela diferenças empíricas relevantes, em especial no tocante à fundamentação. O positivismo, ao insistir num sistema formal e fechado de validação e legitimação do direito por uma cadeia normativa hierárquica, limita o alcance prático da axiologia como elemento fundante do direito: ela vige enquanto incorporada pelas normas jurídicas. Referida perspectiva é especialmente relevante no contexto do direito internacional, quando se debate acerca de uma axiologia universal determinante a todos os povos, independente da sua história e cultura.

De outra sorte, a perspectiva de o direito possuir uma dinâmica hierárquica e formal de legitimação termina por trabalhar uma mentalidade diversa da concepção do direito como empresa interpretativa a partir de uma axiologia prévia. No primeiro caso, a ênfase epistemológica no método de validação e legitimação tende a relegar a filosofia à matéria do direito, já no segundo, a filosofia revela-se essencial e autônoma, já que seria a luz a dar integridade e coerência ao direito. Seja como for, não se pode olvidar da advertência: a filosofia deve ser tratada com devida seriedade e respeito, de maneira que não corrompa a prática jurídica por achismos que terminam por colonizar o direito a modos e pontos de vista particulares.

REFERÊNCIAS

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Los derechos humanos como triunfos políticos en el estado constitucional: el dilema entre democracia comunitaria y liberal en Ronald Dworkin. *Probl. anu. filos. teor. derecho*, México, n. 9, p. 377-408, dic. 2015. Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872015000100010&lng=es&nrm=iso. Acesso em 10 dez. 2017.
- AVILA, Jheison Torres. La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. *Rev. Derecho*, Barranquilla, n. 47, p. 138-166, June 2017. Disponível em http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972017000100138&lng=en&nrm=iso. Acesso em 10 Dez. 2017.
- BARRETO, Andrea Sangiovanni. Uma análise crítica do sistema garantista de Luigi Ferrajoli ante o abolicionismo de Louk Hulsman. *Revista Liberdades*. Jan/abril. 2016. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/upload/pdf/26/Liberdades21_EscolasPenais01.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017.
- CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sérgio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 145-162, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15097/13752>. Acesso em: 15 nov. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15097>.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 703-724, Dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200013&lng=en&nrm=iso. Acesso em 10 Dec. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000200013>.
- COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. GARANTISMO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 61, n. 3, p. 165 – 187, dez. 2016. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46467/29839>. Acesso em: 12 ago. 2017.
- DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo*. Vol. 36. n 198. Ago. Brasília: STJ, 2011. P.213-225. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/80945>. acesso em: 31 ago. 2016.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana - A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Havard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FACHIN, Luis Edson. SCHULMAN, Gabriel. *CONTRATOS, ORDEM ECONÔMICA E PRINCÍPIOS: um diálogo entre o Direito Civil e a Constituição 20 anos depois*. In: Bruno Dantas et. al.. (Org.). *Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, v. IV, p. 347-377).
- FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; MANDARINO, Renan Posella; ROSA, Larissa. Garantismo Penal para Quem? O Discurso Penal Liberal Frente à sua Desconstrução pela Criminologia. *Seqüência (Florianópolis)*, Florianópolis, n. 75, p. 129-156, Abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552017000100129&lng=en&nrm=iso. Acesso em 10 Dez. 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GOODHEART, E. Deal or No Deal. *Society*. 50, 3, 224-229, Junho 2013. ISSN: 01472011.
- IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi ferrajouli. In: *Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, jan-ju.2011. São Leopoldo: Unisinos, 2011.
- IOSA, Juan. LIBERTAD NEGATIVA, AUTONOMÍA PERSONAL Y CONSTITUCIÓN. *Rev. chil. derecho*, Santiago, v. 44, n. 2, p. 495-518, agosto 2017. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372017000200495&lng=es&nrm=iso. accedido en 09 dez. 2017.

KYRITSIS, Dimitrios. A New Interpretivist Conception of the Rule of Law. *Probl. anu. filos. teor. derecho*, México, n. 10, p. 91-109, dic. 2016. disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872016000100091&lng=es&nrm=iso. acesso em 09 dez. 2017.

MARCO, Cristhian Magnus; SANTOS, Paulo Júnior Trindade; MOELLER, Gabriela Samrsla. A TEORIA DA JUSTIÇA REVISITADA PELA TEORIA DA INJUSTIÇA: DEMOCRACIA E DIREITO PARA SE FALAR EM JUSTIÇA HOJE. *Revista Thesis Juris*. V.8 n2. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=thesisjuris&page=article&op=view&path%5B%5D=14832&path%5B%5D=pdf> acesso em 20 mar. 2020.

MARINHO, Jefferson L. A. Teoria da integridade de ronald dworkin: um olhar matemático para a tese da resposta correta. *Prisma Jur.*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 75-95, 2017. Disponível em: http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/view/7185/pdf_67. Acesso em 17 jan. 2018.

MELO, Rafael Veras Castro; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. direito e filosofia: é possível construir uma teoria jurídica coerente sem a reflexão filosófica?. *Revista Thesis Juris – RTJ*, eISSN 2317-3580, São Paulo, v. 6, n.2, p. 312-327, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=thesisjuris&page=article&op=view&path%5B%5D=9005&path%5B%5D=3839>. acesso em 1 abr. 2019.

MONTARROYOS H. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro "A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade". *Universitas Jus [serial online]*. January 2013;24(1):89-117. Disponível em: Fonte Acadêmica, Ipswich, MA. Acesso em: 06 dez. 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo jurídico?* Teoria Geral do Direito. Florianópolis: Habitus, 2003.

RODRIGUES, Fernando. Crítica ao positivismo e interpretação. *Revista Direito e Práxis*. Vol. 4, n. 7. 2013, online, p. 305-318. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8351/637.2> acesso em 26 mar. 2018.

SERETTI, Andre P. direitos fundamentais, princípios penais constitucionais e garantismo penal. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. N 17. Jan-2015. Online, 2015. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd>. acesso em 15 nov. 2016.

VIRGÜEZ RUIZ, S.. DEMOCRACIA, DESACUERDO Y DERECHO CONSTITUCIONAL. UNA REVISIÓN A LA TENSIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA EN EL DEBATE DWORKIN - WALDRON. (Spanish). *Revista De Derecho Público*, (35), 1-31.. Online. Disponível em: https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=541%3Ademocracia-desacuerdo-y-derecho-constitucional-una-revision-a-la-tension-entre-constitucionalismo-y-democracia-en-el-debate-dworkin-waldron&catid=42%3A35&Itemid=132&lang=es. acesso em 28 mar. 2020.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. GARANTISMO JURÍDICO: O ESFORÇO DE FERRAJOLI PARA O APERFEIÇOAMENTO DO POSITIVISMO JURÍDICO. *REVISTA DA ESMESC*, v. 22, n. 28, p. 13-38, 2015.

Recebido/Received: 01.06.2020.

Aprovado/Approved: 09.07.2020.

A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE PARA A EFETIVAÇÃO DA GOVERNANÇA PÚBLICA NA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL

THE IMPORTANCE OF COMPLIANCE FOR
THE ACCOMPLISH OF PUBLIC GOVERNANCE
IN MUNICIPAL ADMINISTRATION

PABLO ESTEBAN FABRICIO CABALLERO¹
ALFREDO COPETTI NETO²

RESUMO

Este artigo tem por finalidade evidenciar a importância dos programas de *compliance* na administração, em especial nos municípios, para a efetivação da governança pública. Para isso, utiliza-se o método de abordagem dedutiva através de técnica essencialmente crítica, de forma que serão analisados os conceitos que envolvem a matéria, o surgimento e expansão do *compliance* no Brasil e sua relação com a governança pública. Da mesma forma, são feitas considerações acerca da adoção desse mecanismo pela administração, a partir de leis, orientações e exemplos surgidos da competência da União e dos Estados. A partir disso, a ideia é demonstrar as ferramentas dos programas de *compliance* no setor público e sua aplicação fundamental para maior efetivação e aprimoramento da governança pública municipal. Ao final, conclui ser fundamental e positiva a aplicação dos programas de *compliance* como ferramenta de efetivação da governança pública nos municípios, especialmente por ter como consequência a redução de riscos à administração e pelo fato de se apresentar como mecanismo essencial para o fortalecimento ético e eficiente no setor público.

Palavras-chave: Administração Pública Municipal. *Compliance*. Governança. Integridade.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Pós-graduando em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC-MG. Secretário da Comissão de Compliance Jurídico da OAB - Foz do Iguaçu. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4657-8903>. E-mail: pablofabricio09@gmail.com.

2 Doutor em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi Roma Tre (UNIROMATRE), Possui pós-doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e Mestrado em Direito Público (Filosofia do Direito) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Visitante na Università di Roma (La Sapienza), Professor Adjunto de Teoria do Direito da Universidade Estadual do Paraná (UNIOESTE), Professor do PPG-G UniFG e da Univel. Consultor Ad Hoc CAPES. É membro fundador do "Centro di Studi di Diritto dell'Economia Brasile-Italia". Membro da Rede Brasil-Itália-Espanha de Direito Público. Membro do Comitê Brasileiro de Compliance. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6997-9603>. E-mail: alfredocopetti@yahoo.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

CABALLERO, Pablo Esteban Fabricio; COPETTI NETO, Alfredo. *A importância do compliance para a efetivação da governança pública na administração municipal*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 211-227, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8072>.

ABSTRACT

This paper has the purpose of highlighting the importance of compliance programs in the administration, especially in municipalities, so that public governance can be accomplished. For this, deductive methodology is used through an essentially critical approach, so that the concepts involving the matter, the emergence and expansion of compliance in Brazil can be analyzed, as well as its relation with public governance. In the same way, considerations will be made regarding the adoption of this mechanism by the administration, starting from laws, guidelines and examples arising from the jurisdiction of the Union and the States. From that, the idea is to evidence the instruments of the compliance programs in the public sector and its fundamental application for greater effectiveness and improvement of municipal public governance. In the end, we conclude to be fundamental and positive the application of compliance programs as a tool for effectiveness of public governance in municipalities, especially because it has the consequence of reducing risks to the administration and the fact of present itself as an essential mechanism for greater ethics and efficiency in the public sector.

Keywords: *Municipal Public Administration. Compliance. Governance. Integrity.*

INTRODUÇÃO

A rejeição à falta de ética no setor público e privado tem sido crescente, em especial a partir das divulgações de numerosos escândalos de corrupção e outros ilícitos e da decorrente publicidade dada pela mídia a esses eventos. Por consequência, a corrupção atrai cada vez mais a atenção da sociedade, seja no cenário nacional ou internacional, exigindo união de esforços para combatê-la.

Segundo o Índice de Percepção da Corrupção, criado pela Transparência Internacional, organização não governamental com sede em Berlim, na Alemanha, e considerado o principal indicador de corrupção no setor público do mundo, o Brasil atingiu sua pior posição na série histórica, com a posição de nº 106 entre 180 países no ano de 2019. A nota do país foi de 35 pontos em uma escala que vai de 0 (altamente corrupto) a 100 (muito íntegro).³

Tal colocação é um exemplo preocupante, mas que demonstra os motivos da crescente busca de aprimoramento da governança pública e das ferramentas de combate à corrupção, seja por parte da administração pública, das entidades privadas, seja por parte da doutrina, que cada vez tem dedicado maior espaço a esses estudos.

Com base nisso, o presente artigo tem como foco a necessidade de compreensão do *compliance* como ferramenta de combate à corrupção, especialmente no âmbito da governança pública municipal, com o objetivo de contribuir para o seu aprimoramento.

O Brasil possui uma enorme quantidade e diversidade de municípios, nos quais a estrutura e capacidade para controlar a corrupção e outros ilícitos geralmente diferem em amplo espectro.

Para realizar a investigação dessa problemática, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, com técnica essencialmente crítica, por meio de pesquisa exploratória, descritiva e explicativa, fundada basicamente em legislação, doutrina e pesquisa documental, para des-

3 Para mais informações sobre o Índice de Percepção da Corrupção, cf. TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção 2019: Transparência Internacional Brasil, 2020. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>.

tacar a importância que os programas de *compliance* têm na busca por uma governança pública mais íntegra e efetiva nos municípios.

Sendo assim, buscar-se-á verificar de que forma esse aprimoramento tem sido feito e quais são os possíveis caminhos para o seu sucesso, a partir de orientações de órgãos como a Controladoria-Geral da União - CGU, bem como os exemplos dos demais entes da federação que podem servir de modelo aos municípios para uma melhor formulação dos programas de *compliance*, que levem ao alinhamento com os objetivos da governança pública. Ao final, buscar-se-á responder se os programas de *compliance* contribuem para a melhoria da governança pública municipal, e de que forma devem ser instituídos para o alcance desse objetivo.

1. OS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* E A GOVERNANÇA PÚBLICA

A expansão de uma verdadeira cultura pela integridade nas empresas e organizações, e, mais recentemente, no setor público, encontrou guarida nos programas de *compliance*, que começaram a ser instituídos no Brasil, principalmente após o surgimento da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015), e da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016, regulamentada pelo Decreto nº 8.793/2016)⁴.

A palavra *compliance* tem sua origem do verbo da língua inglesa *to comply*, que expressa, em sentido expandido, um estado de estar de acordo com certas diretrizes ou normas estabelecidas, sejam especificações ou a legislação. Já o termo integridade, muitas vezes usado como sinônimo desse, pode ser estabelecido como um valor essencial que é causa de existir do programa de *compliance*, que não apenas o orienta, mas que é um elemento fundamental de todo um sistema de integridade. (OLIVEIRA; ACOCELLA, 2019, p. 81).

Na prática, os programas de *compliance*, como técnica, não são apenas um adereçamento organizado dos sistemas de auditoria interna ou de arbitragem, pois vão muito além, revelando-se como uma espécie de aceite institucional guiado pela finalidade preventiva, programado por uma série de condutas destinadas a reduzir os riscos da atividade, e que engloba as diversas perspectivas decisórias do âmbito empresarial. (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 255)

Surgido nos Estados Unidos, o *compliance* se tornou relevante principalmente após o surgimento do FCPA - *Foreign Corrupt Practices Act*, no ano de 1977, que sistematizou o controle de cometimento de atos de corrupção por empresas americanas no exterior. (SPORKIN, 1997, p. 271-272). Ainda, sua jurisdição é capaz de abarcar indivíduos de qualquer outro país que utilizem meios situados em território norte-americano para realizar atos de corrupção. (VENTURINI; CARVALHO; MORELAND, 2019, p. 319).

4 Apesar do crescimento dos programas ter sido considerável após a criação das normativas mencionadas, o *compliance* no Brasil surgiu inicialmente por consequência da Lei nº 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro, ao estabelecer, nos seus artigos 9º, 10º e 11º, o dever de informação por parte das instituições financeiras às autoridades competentes, sob pena de responsabilização.

As disposições antissuborno do *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA incluem a proibição de pagar, oferecer ou prometer pagar a funcionários de governos estrangeiros para influir em qualquer ato estatal, ou influenciar funcionários a agir ou deixar de agir em contrariedade à sua obrigação legal, ou induzir o uso de sua influência perante o governo para o ganho de negócios. (GLYNN; KOBRIN; NAÍM, 1997, p. 18).

Contudo, a adoção pioneirista pelos Estados Unidos de punir a corrupção transnacional terminou por criar um sentimento de disparidade de negócios nos altos comandos executivos das empresas norte-americanas. Ocorre que nenhum outro país industrializado havia promulgado ou feito cumprir normas semelhantes, e, especialmente nas décadas de 1980 e 1990, o *Foreign Corrupt Practices Act* - FCPA se manteve como um ponto bastante sensível e polêmico para a comunidade empresarial norte-americana, especialmente porque os seus negócios no exterior passaram a corresponder a uma parcela crescente das receitas dessas corporações. (GLYNN; KOBRIN; NAÍM, 1997, p. 18).

Levando em conta as suas diversas visões acerca do *Foreign Corrupt Practices Act*-FCPA, os executivos das multinacionais norte-americanas foram quase unânimes no seu interesse por uma maior igualdade de condições, de forma que promoveram o encorajamento para que o governo dos Estados Unidos atuasse para que previsões da norma fossem internacionalizadas ou mesmo para persuadir outros países a adotarem leis semelhantes. (GLYNN; KOBRIN; NAÍM, 1997, p. 19).

Essas condições foram fundamentais para que o governo norte-americano aumentasse a pressão para que recomendações antissuborno fossem aprovadas por organizações internacionais e pelos países que delas participavam. No ano de 1994, dois fatores foram fundamentais quando da produção, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, de recomendações contra corrupção internacional: a pressão do governo norte-americano por ações mais serias contra o suborno, bem como um sentimento anticorrupção que existia na Europa, o que tornou cada vez mais difícil para os governos europeus se oporem publicamente à iniciativa dos Estados Unidos. (GLYNN; KOBRIN; NAÍM, 1997, p.19-20).

O processo de globalização da economia foi, da mesma forma, fundamental ao trazer uma nova urgência à problemática. Ocorre que esse processo de integração econômica fez crescer a probabilidade de que os impactos da corrupção se ampliassem e terminassem por influenciar toda a economia global, de forma que a globalização ao facilitar a ocorrência da corrupção, também serviu para evidenciá-la e combatê-la. (GLYNN; KOBRIN, NAÍM, 1997, p. 12-13).

Justamente em decorrência dessa nova preocupação com a corrupção e do contexto histórico envolvido, diversos foram os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como, por exemplo, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, internalizada no ordenamento brasileiro a partir do Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002 (BRASIL, 2002, *online*), a Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, internalizada por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (BRASIL, 2006, *online*) e a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, internalizada por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. (BRASIL, 2000, *online*).

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos - OEA, teve por finalidade provocar a consciência coletiva para a gravidade do problema existente, de forma a incentivar ações de combate à corrupção transnacional entre os Estados, e se direcionar especialmente à prevenção, detecção e sanção da corrupção na função pública e às atividades a ela relacionadas. (BLOK, 2014, posição 747).

Susan Rose-Ackerman (2001, p. 255), uma das pesquisadoras mais eloquentes sobre o tema, afirma que "a Convenção exige bom grau de cooperação fronteiriça e demanda aos países que proibam e punam os subornos internacionais."

Da mesma forma, o Brasil aderiu às diretrizes na Parceria para o Governo Aberto ou OGP – *Open Government Partnership*, iniciativa que congrega nações e organizações da sociedade civil na busca pelo fortalecimento das democracias e na luta contra a corrupção, entre outros. (CGU, [2020b?]).

Houve, portanto, a partir dos próprios compromissos internacionais assumidos, o direcionamento para que o Brasil passasse a adotar novas ferramentas no combate à corrupção e outros ilícitos, assim como para o fortalecimento da democracia constitucional (COPETTI NETO, 2016, *passim*) e da governança pública.

A governança, primeiramente, teve origem no âmbito corporativo, e se relacionou ao momento histórico no qual as organizações empresariais se afastaram do modelo clássico de gestão pelo proprietário e se moveram para uma administração por terceiros, que receberam o poder e a autoridade para o gerenciamento da empresa. Por muitas vezes, porém, as discordâncias entre esses novos administradores e os proprietários acabou por gerar conflitos de interesses, de forma que cada parte tinha como mote obter o máximo de benefício próprio. (TCU, 2014, p. 11).

Acontece que a governança corporativa é um conceito difuso, que não necessariamente deve ser aplicado única e exclusivamente à gestão empresarial, mas que pode ser utilizado para preservação do meio ambiente, como governança ambiental, bem como ao combate ao suborno e à corrupção na função pública, no caso da governança pública. (MAZALLI; ERCOLIN, 2018, p. 16 *apud* Alves, 2001).

A governança pública, portanto, teve sua origem da ideia de governança corporativa, e pode ser entendida como um sistema que define o equilíbrio de poder entre os cidadãos, os governantes, a alta administração, os gestores e os colaboradores, com a finalidade de possibilitar a prevalência do bem comum sobre interesses individuais ou de grupos. (TCU, 2014, p. 17-18 *apud* MATIAS-PEREIRA, 2010, adaptado).

Ocorre que a crise fiscal dos anos 1980 exigiu novo arranjo econômico e político internacional, com a intenção de tornar o Estado mais eficiente. (TCU, 2014, p. 13). Esse contexto promoveu a discussão da governança pública, que, de acordo com o *International Federation of Accountants* - IFAC, é regida pelos princípios da transparência (*openness*), integridade (*integrity*) e prestação de contas⁵ (*accountability*). (IFAC, 2001, p. 20).

5 No presente artigo, será utilizado o termo 'prestação de contas' como tradução do termo de origem na língua inglesa *accountability*, conforme o Referencial de Governança do TCU (2014, p. 13). Isso pois a tradução do termo para língua portuguesa e sua definição ainda são objeto de debate doutrinário no Brasil. Cf. CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, fev./abr. 1990; Cf. DE PINHO, José Antonio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português?. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, nov/dez. 2009.

É importante destacar que, no Brasil, diversos instrumentos surgiram e continuam a emergir na busca pelo fortalecimento da governança pública, com início na década de 1990, como: a) o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto 1.171, de 22 de Junho de 1994); b) a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000); c) o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPública), instituído em 2005, revisado em 2009 e 2013; d) a Lei 12.813, de 16 de maio de 2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal. (TCU, 2014, p. 15).

Merecem especial destaque, porém, as definições trazidas pelo Decreto nº 9.203/2017 (BRASIL, 2017, *online*), que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, que são basilares e de importância fundamental para a compreensão do instituto. De acordo com o inciso I do art. 2º da normativa federal, governança pública é o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade. Os princípios da governança pública, por sua vez, nos termos do art. 3º, serão a capacidade de resposta, a integridade, a confiabilidade, a melhoria regulatória, a prestação de contas e a responsabilidade, assim como a transparência.

O art. 4º do Decreto nº 9.203/2017 (BRASIL, 2017, *online*) estabelece ainda uma série de diretrizes para governança pública, destacando-se o inciso V, que trata da previsão de fazer incorporar padrões elevados de conduta pela alta administração para orientar o comportamento dos agentes públicos, bem como do inciso VI, que dispõe da necessidade de implementação de controles internos fundamentados na gestão de risco, que deverá privilegiar ações estratégicas de prevenção antes de processos de sanção.

Deve-se destacar também a definição trazida no inciso III do art. 5º do referido Decreto (BRASIL, 2017, *online*), que prevê o controle como mecanismo de governança pública e que compreende processos estruturados para mitigar riscos, visando o alcance dos objetivos institucionais, a fim de garantir a execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das atividades da organização, com preservação da legalidade e da economicidade no dispêndio de recursos públicos.

Já no seu artigo 19, o Decreto nº 9.203/2017 prevê expressamente a adoção de programas de integridade pelos órgãos e entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional:

Art. 19. Os órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional instituirão programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção, estruturado nos seguintes eixos:

I - comprometimento e apoio da alta administração;

II - existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade; III - análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e

IV - monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade. (BRASIL, 2017, *online*).

É possível compreender, portanto, a relação entre o *compliance* e a governança pública, pois os eixos e diretrizes de ambos se encontram alinhados e se complementam, conforme deixa claro o Decreto nº 9.203/2017, bem como a finalidade a qual se destinam, que é o cumprimento ético e eficiente das atividades da organização, a preservação da legalidade e redução de riscos à administração. (BRASIL, 2017, *online*).

A importância da relação entre a governança pública e os eixos dos programas de *compliance* pode ser destacada também pelo entendimento organizações como o *Independent Commission for Good Governance in Public Services* – ICGGPS, o Banco Mundial e o *Institute of Internal Auditors* – IIA, que entendem que, para mais bem servir ao interesse público, é fundamental que o comportamento ético, íntegro, responsável, comprometido e transparente de liderança seja garantido, bem como que: a) a corrupção seja controlada; b) que um código de ética e conduta seja efetivamente implementado; c) que se observe e garanta que as organizações aderem às regulamentações, normas, códigos e padrões; d) que as comunicações sejam transparentes e efetivas; e) que os interesses sejam equilibrados e abranjam efetivamente os *stakeholders* (sejam cidadãos, usuários dos serviços, iniciativa privada ou acionistas. (TCU, 2014, p. 13).

A previsão de padrões elevados de conduta para os membros da administração, bem como a existência de mecanismos de controle para redução de riscos e a consequente implementação de controles internos são fundamentais, portanto, na construção de uma governança pública efetiva. Esses também são pilares dos programas de *compliance*, conforme visto anteriormente, e devem ser implementados para o aprimoramento da governança pública.

Apresentados tais conceitos, deve-se analisar a efetividade e importância dos programas de *compliance* público, mais especificamente no âmbito municipal, bem como quais são as orientações básicas para sua implementação, para que se possa avançar em direção a uma administração pública mais ética e íntegra que esteja de acordo com os preceitos de melhor governança pública.

2. OS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* EM ÂMBITO MUNICIPAL E AS ORIENTAÇÕES DA CGU

Uma vez demonstrada a notável ligação entre a governança pública e o *compliance*, é importante destacar como a atuação da Controladoria-Geral da União - CGU tem sido fundamental no processo de expansão desses institutos nos municípios, bem como para seu aprimoramento.

A partir de iniciativas como a Coleção Município Transparente, o órgão propõe aos Municípios desde sugestões de regulamentação via Decreto da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) a guias de fortalecimento da gestão, assim como orientações para implementação de corregedorias municipais. (CGU, 2017, *online*).

A atuação da Controladoria-Geral da União – CGU na aplicação da lei anticorrupção é crucial, pois, sem sombra de dúvidas, é o órgão que apresenta melhor estrutura e se mostra

mais hábil para essa função, uma vez que possui competência e capacitação para tanto, bem como pelo fato de que seus funcionários detêm experiência e conhecimento do que é um *compliance* que seja efetivo, havendo participado de fóruns e grupos internacionais, inclusive na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. (BLOK, 2014, posição 1213).

Especificamente no Guia Como Fortalecer sua Gestão, o órgão orienta os entes e órgãos públicos municipais especialmente a: 1) regulamentar a Lei Anticorrupção no âmbito municipal; 2) cadastrar o órgão ou ente público no Sistema Integrado de Registro do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e no Cadastro Nacional de Pessoas Punidas – CNEP; 3) incentivar a adoção de programas de integridade por parte das pessoas jurídicas que se relacionam com seu órgão ou ente e 4) promover a capacitação, de forma a assegurar o conhecimento da legislação por parte dos servidores ou gestores públicos. (CGU, 2017, *online*).

Tais passos são básicos para que se possa consolidar a base da governança pública. Isso ocorre uma vez que sem a regulamentação da lei anticorrupção no município, (1º passo da orientação da CGU no Guia Como Fortalecer sua Gestão), este ente não poderá reprimir eventuais ilícitos cometidos. A regulamentação estabelece a normativa legal e amplia as formas pelas quais a administração pública pode fiscalizar e punir, de forma adequada, condutas ilícitas e antiéticas.

O gestor municipal deverá, ainda, incluir o ente público e seus órgãos nos cadastros do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e no Cadastro Nacional de Pessoas Punidas – CNEP (2º passo da orientação da CGU no Guia de Fortalecimento de Gestão), para que assim possam ser incluídos no sistema nacional as punições derivadas da regulamentação da Lei Anticorrupção.

A aplicação da lei, ainda, exigirá da administração pública municipal capacitação e órgãos preparados para exercer tal função. A criação de um órgão, como uma Corregedoria, por exemplo, poderá fazê-lo responsável por propagar conhecimento, ao promover treinamento e capacitação aos servidores públicos, para que estes tenham conhecimento da lei e estejam preparados para aplicá-la, conforme recomenda a Controladoria-Geral da União no 4º passo da orientação no Guia Como Fortalecer sua Gestão. (CGU, 2017, *online*).

Já com relação à adoção de programas de integridade por pessoas jurídicas que se relacionem com o ente municipal, 3º passo da orientação da Controladoria-Geral da União - CGU no Guia de Fortalecimento de Gestão, estes podem ser incentivados a partir da adoção obrigatória de programa de *compliance* no âmbito das contratações públicas, o que será, por sua relevância, objeto de destaque nos capítulos seguintes do presente artigo. (CGU, 2017, *online*).

É fundamental, ainda, para a efetividade dos programas de *compliance* na administração pública, a adoção dos códigos de conduta, cuja função se mostra indispensável para a formação de uma cultura de cumprimento das regras. Esses códigos devem abranger diversas situações da vida cotidiana, mas devem contar com canais de denúncia efetivos e que protejam a identidade dos denunciantes, de modo que não ocorra contra eles qualquer tipo de represália (CARVALHO *et al.*, 2019, p. 648). A União, a título de exemplo, adota o Código de Conduta da Alta Administração Federal, no qual busca velar por elevado padrão de com-

portamento ético de seus servidores, que possam garantir a lisura e transparência dos atos praticados na condução da coisa pública. (BRASIL, 2000, *online*).

Além disso, ao definir quais são as condutas vedadas, busca garantir aos agentes públicos maior segurança ao indicar quais as limitações de seus atos, assim como possibilita aos órgãos de controle dentro da administração pública municipal a base para apuração de potenciais práticas não permitidas.

O código de conduta deve, então, estabelecer de que forma o agente deve se comportar, assim como as empresas que se relacionam com o poder municipal, impondo, propriamente, as políticas destinadas a esses fundamentais partícipes nas relações público-privadas. Porém, os códigos de conduta apenas serão efetivos caso realmente reflitam o que ocorre dentro do âmbito administrativo, com destaque para a necessidade conjunta de um canal de denúncias, que ocupa papel fundamental para a efetividade das normas nele descritas e do próprio programa de integridade. (CARVALHO *et al.*, 2019, p. 650).

O papel do canal de denúncias é essencial, pois será este que receberá os relatos de possíveis atos de corrupção, condutas antiéticas ou práticas que atentem contra o código de conduta, o que pode se dar através de um ou mais sistemas, como telefone, *e-mail*, *internet* ou *intranet*.

Deve-se ter atenção para que o canal de denúncias não afaste possíveis colaboradores preocupados com algum tipo de represália no âmbito público municipal, como a abertura de processos administrativos disciplinares, o que provavelmente desencorajaria o relato das irregularidades.

Sendo assim, é importante também a criação de mecanismos de proteção aos denunciantes que busque dar efetividade ao canal de denúncias, para garantir-lhe real aplicabilidade e funcionamento. Nesse sentido, tem-se o exemplo do Decreto nº 10.153/2019, do Governo Federal, que estabelece salvaguardas de proteção a denunciante de ilícitos e de irregularidades praticados contra a administração pública federal. (BRASIL, 2019, *online*). Tal salvaguarda é essencial, pois de nada serviria que se possuía o melhor canal de denúncias disponível, mas que por trás deste não existam medidas adequadas que salvaguardem o denunciante, colocando-o à mercê de possíveis retaliações.

Conforme demonstrado, seja com base na normativa legal ou nas orientações da Controladoria-Geral da União – CGU, apenas haverá verdadeira efetividade de um programa de *compliance*, com base na governança pública, em âmbito municipal, caso sua implementação seja real, de forma que deve possuir os mecanismos necessários para que exista efetividade no plano material. Para isso, além de regulamentar a lei anticorrupção, os municípios deverão incluir as empresas nos cadastros do Sistema Integrado de Registro do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e no Cadastro Nacional de Pessoas Punidas – CNEP, assim como promover a capacitação de agentes públicos, elaborar um código de conduta e estabelecer um canal de denúncias, além de incluir normas com relação à adoção de programas de *compliance* por empresas que se relacionam com a administração pública, o que será analisado a seguir.

3. A EXIGÊNCIA DE PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* PARA AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A exigência pela adoção de programas de *compliance* por empresas que se relacionam com a administração pública, especialmente nos processos de contratações, surgiu por iniciativa do Estado do Rio de Janeiro (Lei nº 7.753/17) e do Distrito Federal (Lei nº 6.112/18). A inovação tem se multiplicado e já é adotada por outros estados da federação, bem como se expandiu a diversos municípios brasileiros⁶.

Nesse sentido, importa analisar o *compliance* no âmbito das contratações públicas, relatar de que forma as iniciativas dos entes estaduais tem sido reproduzidas pelos municípios, bem como destacar a importância de que estes entes cumpram as recomendações da Controladoria-Geral da União – CGU para que, a partir da formulação correta dos programas, seja garantida maior efetividade à governança pública municipal.

3.1 CONTEXTO

Conforme retratado, o combate à corrupção e outros ilícitos, através da governança pública, tem deixado a esfera do Governo Federal para se expandir aos Estados e Municípios, de forma que muitos já exigem que empresas ou organizações que se relacionem com o poder público implementem programas de *compliance*.

Discussões se apresentam na doutrina com relação a possíveis vícios de inconstitucionalidade que as normas de exigência de programas de *compliance* nas licitações e contratações públicas poderiam trazer. (CASTRO; ZILIOOTTO, 2019, p. 22).

A exigência de *compliance* nas contratações não é inconstitucional, uma vez que não conflita com o previsto no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, nem com as normas estabelecidas pela Lei Geral das Licitações (nº 8.666/1993), mas que, na verdade, as complementa, alinhando-se às necessidades de cada ente. (CASTRO; ZILIOOTTO, 2019, p. 43).

Ocorre que a própria Constituição da República, no seu artigo 37, define o princípio da moralidade como regente da atividade administrativa. A Lei Federal nº 8.666/1993, relativa às licitações, traz, da mesma maneira, no seu artigo 3º, o princípio da moralidade como um dos pilares da administração. A norma estabelece, no mesmo sentido, de que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é um dos objetivos da licitação. (CASTRO; ZILIOOTTO, 2019, p. 25-26).

Parte desse raciocínio surge do fato de que é possível o desenvolvimento de políticas sociais de interesse público por parte do Estado, mesmo nas contratações, desde que autorizado pela ordem legal. (GUIMARÃES; REQUI, 2018, p. 207).

Ocorre que, como o direito administrativo é responsável por conduzir a atuação pública e por estabelecer os padrões dentro do qual o poder público deve atuar em direção à finalidade orientada pela Constituição, é de importância fundamental que esteja delimitado com

6 Ver projeto de Lei n. 16/20 de Cascavel-PR, que estabelece uma série de requisitos à contratação com o Poder Público.

uma pluralidade de temas que busque assegurar uma atuação eficaz. (DIAS; COIMBRA, 2019, p. 4).

No caso das licitações, porém, deve-se ter o cuidado de que não exista ofensa ou entrave à participação na concorrência, o que desrespeitaria o disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República de 1988.

Não existe violação caso o requisito não trate da condição de habilitação, o que levaria à inconstitucionalidade, mas sim de obrigação contratual, de forma que os programas de *compliance* somente deveriam ser exigidos na terceira fase da contratação, quer dizer, na execução do contrato administrativo. (DE CASTRO; ZILIOOTTO, 2019, p. 44).

Por sua vez, tais vícios apenas podem ser devidamente analisados caso a caso, em cada legislação, a partir de uma observação detida e da semântica da redação legal. (LOSINSKAS; FERRO, 2019, p. 671).

O que as exigências de programas de integridade nas contratações pública pretendem, na verdade, é a redução dos riscos para a administração pública, especialmente com relação a prejuízos econômicos derivados da corrupção, como conluíus ou cartéis. (GUIMARÃES; REQUI, 2018, p. 208).

Mostra-se, assim, positiva a movimentação dos entes estaduais e municipais contra os ilícitos como corrupção e outros desvios, principalmente ao exigir programas de integridade que combatam condutas antiéticas ou ilegais, justamente ao almejar a sua redução e, ao mesmo tempo, na busca de concretizar os princípios norteadores da administração pública, quais sejam a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade a eficiência, previstos no artigo 37 da Constituição da República. (BRASIL, 1988, *online*). Ao mesmo tempo, as iniciativas atendem à recomendação da Controladoria-Geral da União no item 3) do Guia Como Fortalecer sua Gestão (CGU, 2017, *online*), que é incentivar a adoção de programas de integridade por parte das pessoas jurídicas que se relacionam com seu órgão ou ente, conforme visto anteriormente.

Certo é, a todo modo, que as legislações estaduais e municipais têm tomado a iniciativa legal de exigir programas de *compliance* para as contratações públicas na pretensão de aprimoramento da governança pública. (LOSINSKAS; FERRO, 2019, p. 671).

Interessa, conseqüentemente, verificar de que modo a exigência de programas de *compliance* nas licitações e contratações públicas tem sido feita e como pode ser aprimorada, para que, ao final, se atinja a sua finalidade inicial, qual seja, a busca da redução de atos de corrupção e outros ilícitos na administração pública.

3.2 OS CRITÉRIOS DE EXIGÊNCIA NOS ESTADOS E O SEU SURGIMENTO NOS MUNICÍPIOS

Não existe, até o presente momento, normativa federal que obrigue as organizações privadas a implementar programas de *compliance* para as contratações públicas, de forma que as leis estaduais são os principais pontos de referência para os municípios.

Atualmente, pelo menos sete Estados possuem leis ou decretos que obrigam os contratantes com a administração pública a estabelecerem um programa de *compliance*. (DE FARIA; CHIZZOTTI, 2020, *online*).

Apesar do Estado do Rio de Janeiro (2017, *online*) ter sido pioneiro no Brasil, ao dispor, a partir da Lei nº 7.753/17, da obrigatoriedade de programas de *compliance* para as empresas que têm relações com a administração pública, importa, aqui, analisar a normativa do Distrito Federal, especialmente pela natureza mista de ente estadual e municipal, este último como foco do presente artigo, não com objetivo de exauri-la, mas apenas de exemplificar os critérios adotados por ela.

A partir da Lei nº 6.112/18, o Distrito Federal (2018, *online*) estabeleceu a obrigatoriedade dos programas de integridade para contratações, para todas as esferas de poder, desde que os valores sejam superiores para contratação na modalidade tomada de preços, que está prevista na Lei nº 8.666/1993, e desde que o contrato apresente prazo superior a 180 (cento e oitenta) dias. (DE CASTRO; ZILLOTTO, 2019, p. 37). Inicialmente, a norma previu que os valores sejam iguais ou superiores aos da licitação na modalidade tomada de preço, estimados entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), ainda que na forma de pregão eletrônico. Contudo, após alteração legislativa no ano de 2019, a normativa do Distrito Federal (2018, *online*) passou a prever que a obrigatoriedade se aplicaria a valores superiores a R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Importa ressaltar que a normativa distrital igualmente dispôs com relação à metodologia de avaliação dos programas de *compliance*, ao enfatizar que não serão aceitos os programas de fachada ou *scham programs*, aqueles meramente formais mas que, a bem da verdade, mostram-se ineficazes para reduzir o risco de ocorrência de atos lesivos contra a administração pública previstos na lei. (CARVALHO; VENTURINI, 2018, *online*).

Pois bem, a partir do exemplificado pela norma do Distrito Federal, nota-se que o ente municipal deve definir, pelo menos, os seguintes critérios: a) o prazo mínimo de contrato, b) o valor mínimo da contratação e c) como se dará a avaliação dos programas de *compliance*.

Isso ocorre porque o estabelecimento de um programa de *compliance* é complexo, muitas vezes exigindo prazo inclusive maior do que cento e oitenta dias, como prevê a Lei do Distrito Federal (2018, *online*). O município que pretenda regulamentar a exigência de *compliance* para contratações públicas, deve, portanto, levar esse critério em consideração, sob pena de que muitas empresas acelerem o estabelecimento desses programas para cumprir os prazos contratuais, sem considerar, de fato, sua real efetividade ou adequação, criando verdadeiros *scham programs*.

No caso da avaliação dos programas de *compliance*, especialmente nas exigências posteriores à celebração do contrato, o método avaliativo, que pode se dar por meio de certificações, tem como finalidade assegurar ao poder público sua real efetividade, a fim de evitar, justamente, um *scham program*.

O elemento central do debate a favor da avaliação dos programas de *compliance* por meio de certificação encontra base no fato de que pode se mostrar excessivamente dificultoso para a administração pública, no momento de avaliação desses programas, fazê-lo com a análise técnica adequada. Ocorre que, por muitas vezes, inexistente, na administração pública, agentes públicos preparados em número suficiente para poder cumprir esse papel. É por essa

razão, também, que os órgãos municipais encarregados pelo controle da lei anticorrupção e fiscalização dos contratos devem contar com servidores treinados e qualificados, conforme a recomendação da Controladoria-Geral da União no item 4) no seu Guia de Fortalecimento de Gestão, que é a de promover a capacitação, de forma a assegurar o conhecimento da legislação por parte dos servidores ou gestores públicos. (CGU, 2017, *online*).

Importante ressaltar que, até o presente momento, inexistente normativa ou referência de qual, ou quais, seriam as certificações mais adequadas, o que se encontra em debate perante a doutrina e órgãos do Governo.

Certificação bastante reconhecida internacionalmente é a ISO 37001, que trata de sistemas de gestão antissuborno, aprovada em 2016 com a participação do Brasil, por meio da Associação Brasileira de Normas Técnicas. (ABNT, 2017, p. 6). Por sua vez, a iniciativa Empresa Pró-Ética, da Controladoria-Geral da União (CGU, [2020a?], *online*), que consiste em fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude.

Por óbvio, a questão da avaliação centralmente abrange todo o funcionamento do programa de *compliance* e da redução de riscos para a administração pública. Sendo assim, se adotado, é primordial que o método avaliativo seja adequado, e que tal seja previsto na lei ou em regulamentação específica municipal.

Ainda, deve ser considerado: qual é o valor razoável para a exigência de *compliance*? Essa pode ser a questão de maior dificuldade de resposta. Para isso, parece ser mais razoável que seja apreciado, pelo município regulamentador, qual seria o valor adequado de acordo com realidade local, assim como das empresas que com o ente negociam. A importância dessa consideração é fundamental, pois não parece equilibrado exigir um programa de *compliance* robusto de uma empresa que contrate por valores baixos, o que pode levar a distorções dos processos licitatórios e à eliminação de concorrência. Deve considerar-se o porte e as especificidades da pessoa jurídica, com a finalidade de evitar deturpações, conforme também dispõe o § 1º do artigo 6º da norma do Distrito Federal. (2018, *online*).

A partir, portanto, das normativas estaduais e de seus aperfeiçoamentos, muitas têm sido as iniciativas dos poderes executivo e legislativo municipais com relação à exigência de tais programas. Cidades de importância relevante em seus Estados aderiram a projetos para implementação do *compliance* público. Cita-se a título de exemplo os casos de Jaraguá do Sul/SC (2019, *online*), através do Decreto nº 12.533, Foz do Iguaçu/PR (2019b, *online*), pela Lei Municipal nº 4.832 e Ponta Grossa/PR (2019, *online*), pelo Decreto nº 15.520.

Já com relação à exigência de programas de *compliance* para contratar com a administração, houve adoção pela cidade de Vila Velha – Espírito Santo (2018, *online*), com a Lei nº 6.050. Na cidade de Foz do Iguaçu/PR (2019a, *online*), já existe projeto de lei nesse sentido (Projeto de Lei nº 172).

É possível verificar, de todas essas iniciativas, que a pretensão ao adotar os programas de *compliance* é realmente estabelecer um meio para mudança da governança pública e da cultura empresarial, e espera-se que a crescente rejeição à corrupção e outras irregularidades no setor público continuem a inspirar diversas iniciativas e projetos de lei em muitos

dos 5.576 municípios brasileiros (IBGE, 2017, *online*), de forma a seguir a tendência de adequação aos melhores padrões de governança pública a partir da criação de programas de *compliance* adequados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notável que as inovações introduzidas, nos últimos anos, ao ordenamento jurídico do país, assim como compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, buscam promover a disseminação da ética e da integridade, tanto no setor público como no setor privado.

É a partir dessa nova conjuntura que a governança pública se ergue, apoiada no *compliance*, que tem se apresentado como mecanismo essencial na construção de uma nova governança pública, mais ética e eficiente, não só como boa prática, mas como uma necessidade que vai ao encontro dos princípios administrativos estabelecidos pela ordem constitucional.

Os programas de *compliance* buscam a redução dos riscos de malfeitos para a administração pública, como atos de corrupção e outros desvios em licenças, contratações públicas, entre outros. Por isso, tais iniciativas têm sido replicadas. No âmbito da União, destaca-se o importante papel orientativo da Controladoria-Geral da União - CGU, merecedor de destaque. É extremamente importante, conforme recomenda esse órgão, que os municípios regulamentem a lei anticorrupção no âmbito municipal, cadastrem o órgão ou ente público no Sistema Integrado de Registro do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS e no Cadastro Nacional de Pessoas Punidas - CNEP, incentivem a adoção de programas de integridade por parte das pessoas jurídicas que se relacionam com seu órgão ou ente e promovam a sua capacitação, de forma a assegurar o conhecimento da legislação por parte dos servidores ou gestores públicos. Nesse sentido, as ferramentas dos programas de *compliance* em âmbito municipal devem ser aplicados conjuntamente, como verdadeiros pilares, pois assim haverá realmente possibilidade de que a governança pública seja efetivada.

Especial destaque é dado ao fato de que diversos Estados têm exigido a obrigatoriedade de programas de *compliance* em empresas privadas para a participação em contratações públicas. Isso ocorre, principalmente, pelo fato de que as contratações públicas se mostram mais suscetíveis a condutas ilegais ou antiéticas, de forma que tem colhido especial atenção.

Restou claro, portanto, no presente trabalho, que é fundamental e positiva a adoção do *compliance* e de suas ferramentas na busca pela efetivação da governança pública na administração pública municipal, apresentando-se como mecanismo essencial e imprescindível para que possa ser alcançada maior ética e eficiência no âmbito público.

Não é possível, portanto, dissociar a busca por uma governança pública mais íntegra e que pretenda ser efetiva do *compliance*, pois este é ferramenta essencial na busca dos objetivos que devem ser almejados pela administração, de acordo com os princípios presentes na ordem legal. A adoção dos programas de *compliance* constitui, assim, papel essencial para a governança pública, e deve ser replicada para que se alcance uma administração mais íntegra e efetiva em benefício da sociedade.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR ISO 37001: 2017. *ISO 37001 - Normas de Gestão Antissuborno*. Rio de Janeiro, RJ: ABNT, 6 mar. 2017.
- BLOK, Marcella. *A Nova Lei Anticorrupção (Lei 12846/2013) e o Compliance*. 1. ed. São Paulo, SP: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 2014. v. 65. E-book Kindle.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 maio 2020.
- BRASIL. Exposição de Motivos nº 37, de 21 de agosto de 2000. *Código de Conduta da Alta Administração Federal*. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 22 ago. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm. Acesso em: 19 maio 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1 dez. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 3 set. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Brasília, DF: Diário Oficial da União, 8 out. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 19 maio 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2005*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1 fev. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 2 set. 2020.
- BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública / Tribunal de Contas da União. Versão 2 - Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.
- BRASIL. *Instrução Normativa Conjunta nº 1, de 10 de maio de 2016*. Dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo Federal. Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, ano 128, p. 14-17, 11 maio 2016. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197. Acesso em: 2 mar. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017*. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, ano 129, p. 3-4, 23 nov. 2017. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=23/11/2017&jornal=515&pagina=3&totalArquivos=112>. Acesso em: 2 mar. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 10.153, de 3 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre as salvaguardas de proteção à identidade dos denunciadores de ilícitos e de irregularidades praticados contra a administração pública federal direta e indireta e altera o Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018. Brasília, DF: Diário Oficial da União, ano 131, v. Seção 1, p. 1-2, 4 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10153.htm. Acesso em: 5 mar. 2020.
- CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. cap. 16, p. 319-348. ISBN 9788530983154.
- CARVALHO, André Castro; VENTURINI, Otavio. *Discussões sobre as novas regras locais de compliance nas contratações públicas*. [S. l.], 5 mar. 2018. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/discussoes-sobre-as-novas-regras-locais-de-compliance-nas-contratacoes-publicas/>. Acesso em: 4 mar. 2020.
- CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILIOOTTO, Mirela Miró. *Compliance nas contratações públicas: exigências e critérios normativos*. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). *Empresa Pró-Ética*. Brasília, DF: CGU, [2020a?], Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 2 abr. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). *Programa de Integridade: Diretrizes Para Empresas Privadas*. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, set. 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). *Como Fortalecer Sua Gestão: Lei Anticorrupção e Programas de Integridade*. Coleção Município Transparente, Brasília, DF, maio 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/transparencia-publica/colecao-municipio-transparente/arquivos/como-fortalecer-sua-gestao-lei-anti-corrupcao-e-programa-de-integridade.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). *O que é a iniciativa*. [2020b?]. Disponível em: http://www.governoaberto.cgu.gov.br/dados_ogp/Ogp/a-ogp/o-que-e-a-iniciativa. Acesso em: 1 abr. 2020.

COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DIAS, Jean Carlos; COIMBRA, Felipe Augusto Hanemann. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. *Meritum: Revista de Direito da Universidade FUMEC*, Belo Horizonte, MG, v. 13, n. 2, p. 420-444, Jul/Dez 2018. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6570>. Acesso em: 20 maio 2020.

DISTRITO FEDERAL. *Lei nº 6.112, de 2 de fevereiro de 2018*. Dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial do Distrito Federal, 6 fev. 2018. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/3bf29283d9ea42ce9b8feff3d4fa253e/Lei_6112_02_02_2018.html. Acesso em: 4 maio 2020.

DE FARIA, Wilson; CHIZZOTTI, Camila. *Obrigatoriedade de compliance para contratação pública*. [S. l.]: Legis Compliance, 27 fev. 2020. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/artigos-e-noticias/2106-obrigatoriedade-de-compliance-para-contratacao-publica>. Acesso em: 6 maio 2020.

FOZ DO IGUAÇU. *Projeto de Lei nº 172/2019, de 20 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre a obrigatoriedade da implementação de "Programa de Integridade e Conformidade com as Normas" em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a Administração Pública no Município de Foz do Iguaçu – PR. Câmara Municipal de Foz do Iguaçu/PR, 20 dez. 2019. Disponível em: <https://sapl.fozdoiguacu.pr.leg.br/materia/7792>. Acesso em: 6 mar. 2020.

FOZ DO IGUAÇU. *Lei nº 4.832, de 20 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre a criação do Programa de Integridade e Conformidade com as Normas da Administração Pública Municipal e adota outras providências. [S. l.]: Diário Oficial do Município, 6 jan. 2020. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/f/foz-do-iguacu/lei-ordinaria/2019/484/4832/lei-ordinaria-n-4832-2019-dispoe-sobre-a-criacao-do-programa-de-integridade-e-conformidade-com-as-normas-da-administracao-publica-municipal-e-adota-outras-providencias>. Acesso em: 15 abr. 2020.

GLYNN, Patrick; KOBRIN, Stephen J.; NAÍM, Moisés. The Globalization of Corruption. In: ELLIOTT, Kimberly Ann (ed.). *Corruption and the Global Economy*. 1ª ed. Washington, DC: Institute for International Economics, 1997. cap. 1, p. 7-27. ISBN 0-88132-233-4.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de Programa de Integridade nas Licitações. In: *COMPLIANCE, Gestão de riscos e Combate à Corrupção: Integridade Para o Desenvolvimento*. 2ª Reimpressão. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. v. 1º, cap. 10, p. 203-215. ISBN 9788545004738.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Panorama Cidades*. IBGE, 2 jan. 2017. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em: 4 mar. 2020.

INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS (IFAC). *Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective*. International Federation of Accountants, New York, p. 1-93, Ago. 2001. Disponível em: <https://www.ifac.org/system/files/publications/files/study-13-governance-in-th.pdf>. Acesso em: 2 set. 2020.

JARAGUÁ DO SUL. Decreto nº 12.533, de 25 de janeiro de 2019. Institui Comissão Especial Responsável Pela Elaboração do Programa de Integridade Pública (Compliance Público) da Administração Pública Direta do Município de Jaraguá do Sul - SC. [S. l.]: Diário Oficial do Município, 29 jan. 2019. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/jaragua-do-sul/decreto/2019/1254/12533/decreto-n-12533-2019-institui-comissao-especial-responsavel-pela-elaboracao-do-programa-de-integridade-publica-compliance-publico-da-administracao-publica-direta-do-municipio-de-jaragua-do-sul-sc>. Acesso em: 18 maio 2020.

MAZALLI, Rubens; ERCOLIN, Carlos Alberto. *Governança Corporativa*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

NETO, Gisepe Giamundo; DOURADO, Guilherme Afonso; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Compliance na Administração Pública. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. cap. 31, p. 645-662. ISBN 9788530983154.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica. A Exigência de Programas de Compliance e Integridade nas Contratações Públicas: o Pioneirismo do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; ACOCELLA, Jéssica (coord.). *Governança Corporativa e Compliance*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. cap. 3, p. 71-100.

PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 452 p. ISBN 978-85-450-0473-8.

PONTA GROSSA. Decreto nº 15.520, de 11 de fevereiro de 2019. Institui normas para as Unidades de Gestão e Compliance - UGC da Administração Direta e Indireta do Município de Ponta Grossa. [S. l.], 12 fev. 2019. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/p/ponta-grossa/decreto/2019/1552/15520/decreto-n-15520-2019-institui-normas-para-as-unidades-de-gestao-e-compliance-ugc-da-administracao-direta-e-indireta-do-municipio-de-ponta-grossa?q=15.520>. Acesso em: 19 maio 2020.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017. DISPÕE SOBRE A INSTITUIÇÃO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE NAS EMPRESAS QUE CONTRATAREM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial do Estado, 18 out. 2017. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/0b110d0140b3d479832581c3005b82ad?OpenDocument&ExpandSection=-1%2C-5&Highlight=0,7753#_Section1. Acesso em: 19 maio 2020.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *La Corrupción y los Gobiernos: Causas, consecuencias y reforma*. 1ª ed. Madrid, España: Siglo XXI de España Editores, 2001. ISBN 84-323-1063-8.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SPORKIN, Stanley. The Worldwide Banning of Schmiergeld: A Look at the Foreign Corrupt Practices Act on its Twentieth Birthday. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Chicago, IL, v. 18, n. 2, p. 271-272, 1997-1998.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). REFERENCIAL BÁSICO DE GOVERNANÇA. Brasília, DF: 2ª v. 2014. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/84/34/1A/4D/43B0F410E827A0F42A2818A8/2663788.PDF>. Acesso em: 2 set. 2020.

VENTURINI, Otavio; CARVALHO, André Castro; MORELAND, Allen. Aspectos Gerais do U.S Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. cap. 16, p. 319-348. ISBN 9788530983154.

VILA VELHA. Lei nº 6.050, de 27 de agosto de 2018. DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA IMPLANTAÇÃO DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE (COMPLIANCE) NAS EMPRESAS QUE CONTRATAREM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE VILA VELHA, EM TODAS ESFERAS DE PODER, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. [S. l.]: Diário Oficial do Município, 28 ago. 2018. Disponível em: <https://www.vilavelha.es.gov.br/legislacao/Arquivo/Documents/legislacao/html/L60502018.html>. Acesso em: 18 maio 2020.

Recebido/Received: 03.07.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

DAS FORMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E OS IMPACTOS NOS PADRÕES DE CONSUMO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

FORMS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE IMPACTS ON CONSUMER PATTERNS AND THE PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS

JAQUELINE SILVA PAULICHI¹
VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN²

RESUMO

Nesta pesquisa apresentar-se-á o conceito de consumidor como minoria e grupo vulnerável em relação aos anúncios que lhe são apresentados diariamente via redes sociais e demais meios de comunicação por meio da inteligência artificial. A inteligência artificial verifica quais são os padrões de consumo das pessoas e utiliza essas informações para a reprodução de anúncios que sejam, supostamente, do interesse do consumidor, o que pode levar a violação de seus direitos da personalidade, como intimidade, privacidade, dentre outros. A pesquisa se utilizou do método hipotético-dedutivo, analisando as doutrinas existentes acerca do tema, bem como artigos científicos e jurisprudência.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Direitos da personalidade. Direito à privacidade.

ABSTRACT

In this research, the concept of consumer as a minority and vulnerable group will be presented in relation to the advertisements that are presented to him daily via social networks and other means of communication through artificial intelligence. Artificial intelligence checks people's consumption patterns and uses this information to reproduce ads that are supposed to be in the consumer's interest, which can lead to a violation of their personality rights, such as intimacy, privacy, among others. The research used the hypo-

- 1 Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Unicesum ar- Bolsista Prosup. Mestre no Programa de Mestrado em Direitos da Personalidade do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR); Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP); Advogada em Maringá-PR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Especialista em Direito Tributário. Professora de direito Civil (Contrats e direitos Reais) Empresarial, e Estágio Supervisionado em direito Civil e Empresarial I. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-4113-1878>. E-mail j.paulichi@hotmail.com.
- 2 Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP; Professora da UEM e da Unicesumar; Pesquisadora pelo ICETI. Advogada no Paraná. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9183-0672>. E-mail: valeria@galdino.adv.br

Como citar esse artigo/How to cite this article:

PAULICHI, Jaqueline Silva; CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Das formas de inteligência artificial e os impactos nos padrões de consumo e a proteção dos direitos da personalidade*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 228-245, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.7954>.

thetical-deductive method, analyzing the existing doctrines on the subject, as well as scientific articles and jurisprudence.

Keywords: *Artificial intelligence. Personality rights. Right to privacy.*

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho serão abordados os conceitos acerca da inteligência artificial e analítica e como estas influenciam no comportamento do consumidor, que é visto como um grupo vulnerável.

Inicialmente, o presente trabalho abordará o consumidor como grupo vulnerável e sua tutela jurídica no país, eis que os consumidores são o grupo mais impactado pela inteligência artificial em relação a anúncios, para depois tratar dos conceitos de inteligência artificial, analítica e algoritmos, incluindo a inteligência analítica preditiva, que por sua vez tem a função de gerar relatórios com o padrão de consumo do usuário de redes sociais e demais sites de compra.

Posteriormente será analisada a legislação brasileira acerca do tema e por fim, analisar-se-á a erosão dos direitos da personalidade e a violação dos direitos da personalidade, tais como: a honra, a imagem, voz, intimidade, privacidade, dentre outros.

A pesquisa pretende abarcar o campo teórico, analisando-se a bibliografia existente acerca do tema, revistas jurídicas especializadas, doutrina estrangeira e a jurisprudência aplicada a discussão proposta.

Para tanto, adotar-se-á o método de abordagem hipotético-dedutivo, baseado nas hipóteses que serão levantadas ao longo da pesquisa. Após, as hipóteses serão levadas ao confronto com os fatos, e com a análise de algumas jurisprudências atuais que tratam sobre a inteligência artificial e os direitos da personalidade.

2. DO CONSUMIDOR COMO GRUPO VULNERÁVEL

O consumidor é considerado como grupo vulnerável ante a sua necessidade de proteção perante as grandes empresas e conglomerados mercantis. O Código de Defesa do Consumidor traz os conceitos de hipossuficiência e vulnerabilidade, para que a pessoa seja protegida em casos em que se caracterizem a relação de consumo.

Inicialmente, deve-se conceituar e diferenciar as minorias e os grupos vulneráveis;

Grupos vulneráveis: não há uma identidade, um traço em comum entre os indivíduos como fator que os atraem; são grupos compostos pela sociedade de uma maneira geral. A exemplo, consumidores, litigantes, sindicatos, deficientes, o acusado penal. Compreende-se que são indivíduos suscetíveis de ser feridos, ofendidos ou atacados. (SÉGUIN, 2017)

A minoria seria espécie dos grupos vulneráveis, subdividindo-se em diversas outras, como as minorias étnicas, raciais, religiosas, sexuais, silvícolas, deficientes, mulheres, crianças, dentre outras. (PEREIRA SIQUEIRA, CASTRO, 2017)

Existem alguns elementos que são comuns ao se conceituar as "minorias", como: o fato de ser um grupo numérico elevado ou considerável; bem como existir uma posição de não dominação, e um vínculo subjetivo de solidariedade entre seus membros. As minorias exercem uma posição de influência na sociedade pois elas fazem parte de um grupo numérico expressivo apesar de se chamar "minorias". (BRANDI CAMARGO, 2013, p.49)

As Minorias são caracterizadas por serem grupos de não dominância ou desvantagem em relação a outro grupo, podendo receber tratamento discriminatório por parte da maioria. (CHAVES, 1970, p. 149-168)

Também possuem como característica a organização de movimentos sociais com a finalidade de participar nas decisões políticas de governo. Já, os grupos vulneráveis articulam aceitação social. Assim, as ações elaboradas pelos grupos vulneráveis se fixam sem segundo plano, carecendo de proteção estatal. (BRANDI CAMARGO, 2013, p.49)

O Sistema Constitucional de 1988 se constitui num rol aberto de direitos fundamentais, isso decorre a partir do princípio normativo axiológico da dignidade da pessoa humana. O conceito de desses direitos consagrados no art. 5º aponta para a existência de direitos positivados em outros trechos da carta constitucional e também em tratados internacionais. (SARLET, 2012, p. 69-71)

O texto Constitucional considerou como fundamentos da República Federativa do Brasil a solidariedade, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Assim, o princípio fundamental da cidadania e da dignidade da pessoa humana deve ser analisado conforme o projeto de sociedade, do Estado e do Direito e que a Constituição Federal procurou consolidar, trazendo a positivação de inúmeros direitos fundamentais não só em seu artigo 5º, mas também por toda Constituição. (COPETTI SANTOS, 2013)

Consequentemente, os princípios fundamentais acima descritos têm seu sentido construído a partir de uma ampliação da complexidade axiológica constitucional, compondo um quadro democrático de direito que une diversos direitos fundamentais e tutela as minorias e os grupos vulneráveis.

Existem mecanismos na Constituição Federal para que se instrumentalize a sociedade pluralista. Vê-se que o art. 3º, inc. IV, prevê que "constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação". Dessa forma, a Constituição Federal prevê diversas formas de proteção das minorias e grupos vulneráveis, e, no caso deste trabalho, a proteção do consumidor (BRASIL, 1988).

Com a promulgação da Constituição Federal, as demandas das minorias se estabeleceram no texto constitucional, culminando em diversas normas infraconstitucionais para que "recepçõessem tal movimento político histórico e materializassem, de forma mais efetiva e analítica, as tutelas a bens sociais mais particularizados e menos universais." (COPETTI SANTOS, 2013)

Algumas previsões legais sobre a tutela do consumidor na Constituição Federal são trazidas para compreensão do trabalho. O art. 5º, inc. XXXII prevê a obrigação do Estado na defesa do Consumidor, bem como a responsabilidade da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar, concorrentemente sobre direito de consumo. O art. 150 prevê medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços. Por fim, o art. 170 diz respeito acerca da ordem econômica, observando o princípio da defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

Um dos princípios que regulam o Código de Defesa do Consumidor é o princípio da proteção e necessidade: "art.1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias." (BRASIL, 1988). Também existe previsão acerca da vulnerabilidade do consumidor, conforme previsto no art. 4º, inc. I do CDC (BRASIL, 1990).

O que justifica a existência dessa lei é a necessidade de proteção do consumidor quando adquire produtos e serviços, no qual necessita de intervenção do Estado ante a abrangência do mercado. O Estado deve intervir como forma de proteger o consumidor, para que este não seja lesado e tenha seus direitos e garantias individuais respeitados. (NUNES, 2013, p. 177)

Cláudia Lima Marques diz que o sistema do Código de Defesa do Consumidor se harmoniza com a pós-modernidade, pois procura dar efetivação aos direitos humanos, como os direitos do diferente, do mais fraco e do consumidor no atual mercado. (MARQUES, 2010)

Ser vulnerável significa estar sujeito ou em perigo de sofrer danos. O Estado básico tem a política protetora dos vulneráveis, e é aceita por toda sociedade. Dessa forma, a proteção da vulnerabilidade é inspirada no princípio de justiça.

A vulnerabilidade pode ser dividida em dois enfoques: o primeiro é relativo à vulnerabilidade básica que é intrínseca ao ser humano e a segunda são aquelas vulnerabilidades circunstanciais. Essa segunda forma é também chamada de vulnerabilidade derivada, e se configura como um estado de predisposição a sofrer mais danos. O tipo derivado ou secundário terá causas especificadas, e os sujeitos vulneráveis devem ser tutelados, no qual o Estado promove meios de remover aquilo os deixam desprotegidos. (KOTTOW, 2013, p.74-75)

O sentido de vulnerabilidade adquirida é de que o indivíduo tem suscetibilidade aumentada para sofrer danos. Os indivíduos serão vulneráveis quando não possuem aquilo que lhe é fundamental, possuindo direitos reduzidos, que sofrem de necessidades não atendidas, tornando-os frágeis e predispostos a sofrer danos. A vulnerabilidade decorrente é suscetível de ações negativas que são realizadas pelos mais fortes, causando danos pela desatenção, negligência e malícia, que destina o ser vulnerável a sofrer os danos, necessitando de maior discussão acerca do estado em que o sujeito se encontra. (KOTTOW, 2013, p.35)

Em decorrência da sua vulnerabilidade no mercado de consumo, o consumidor necessita de maior proteção pelo Estado. A pessoa natural que adquire produtos e serviços está em situação de fragilidade em aspectos econômicos, técnicos e vários outros. A fragilidade da pessoa é analisada através da natureza da atividade em que esta adquire seu produto ou serviço, e não as suas próprias características. (BESSA, 2009, p. 35)

O consumidor é a parte frágil nas diversas relações jurídicas estabelecidas no mercado de consumo. Dessa forma, ele necessita de tratamento diferenciado nas relações que são estabelecidas com o fornecedor como forma de densificar o princípio da isonomia, previsto na Constituição Federal. O consumidor foi o único agente econômico a ser inserido no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, e isso faz parte da concretização do princípio constitucional da igualdade, do tratamento desigual aos desiguais, que tem por finalidade a igualdade material e momentânea para um sujeito com diferentes direitos, o sujeito vulnerável e mais fraco, que é o consumidor. (MARQUES, 2010, p.384)

A defesa do consumidor está prevista no art. 5º da Constituição Federal, inc. XXXII, nos princípios gerais da atividade econômica, art. 179, inc. V, e no art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, 1988). Essa defesa foi elevada a posição eminente de direito fundamental, e lhe é atribuído à condição de princípio estruturante da ordem jurídica. A proteção que é dada a consumidor pelo ordenamento jurídico deve ser estudada como parte de uma tutela mais ampla, que é a da personalidade humana.

A vulnerabilidade e a fragilidade do consumidor no mercado é a finalidade de existência do CDC, e pode-se afirmar que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda teoria geral do direito do consumidor, e ela é muito maior que apenas o reflexo de desigualdade que há entre consumidor e fornecedor, pois abrange outros inúmeros aspectos, como a falta de informações sobre o que se compra, as manobras dos empresários para fraudar a concorrência, o uso do marketing abusivo, dentre outros. (BESSA, 2009, p. 42)

Dessa forma, ao se analisar um caso que se discute a aplicação ou não do CDC, deve-se avaliar a vulnerabilidade do dito consumidor sob cinco enfoques diferentes, que são: a vulnerabilidade fática, técnica, jurídica, informacional e psíquica. E esses aspectos devem servir como critério para solução dos *hard cases* sobre a incidência da lei consumerista.

O conceito do que é o consumidor deveria ser utilizado para as questões que envolvem a responsabilidade civil por vício do produto ou do serviço prestado, e para a desconsideração da personalidade jurídica. Outros temas que são relativos ao direito civil são regidos pelos conceitos de consumidor e seus equiparados, no qual se ressalta muito mais a atividade do mercado de consumo do que o sujeito lesado pela atividade.

Leonardo Roscoe Bessa explica que um dos problemas de se enquadrar alguns casos difíceis no conceito de consumidor é que muitas vezes o art. 29³ do CDC é ignorado, que por sua vez traz o conceito de consumidor equiparado. (BESSA, 2009, p. 58)

Outro ponto que dificulta o enquadramento do CDC nos casos difíceis é a divisão da lei, no qual as matérias discutidas são divididas por tópicos, sem que haja o diálogo interno, pois o direito previsto está vinculado aos princípios e diretrizes dos artigos 4º e 6º (BRASIL, 1990).

Dessa forma, a divisão da lei por tópicos não quer dizer que haja divisão temática. Para que haja o entendimento justo é necessário à análise dos artigos dispostos pela própria lei sob conceitos diferentes do que seja consumidor. Assim a recomendação a ser feita é que seja utilizada uma diretriz hermenêutica: a vulnerabilidade do sujeito para os casos difíceis. (BESSA, 2009, p. 59)

3 Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas (BRASIL, 1990).

Nos casos difíceis deve ser analisada a vulnerabilidade do consumidor em concreto para se chegar a conclusão de que o CDC deve ou não ser aplicado no caso concreto.

Nesses casos aplica-se então a teoria do finalismo aprofundado, Cláudia Lima Marques diz que "quanto mais sólida e aprofundada a interpretação finalista, mais importante será a aplicação das equiparações legais e da noção de vulnerabilidade". (MARQUES, 2010, p.353)

A Constituição Federal ao dispor sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade acaba por proteger também o consumidor, que é pessoa, e que está exposto ao mercado de consumo.

O CDC passa a tutelar com maior cautela os interesses existenciais e patrimoniais do sujeito, face às atividades que são desenvolvidas no mercado. Se o caput do art. 4º do CDC prevê o atendimento aos consumidores, respeitando sua dignidade, saúde e etc., e o art. 6º reforça o dever do Estado em proteger a vida, saúde e segurança do consumidor, claro está que isso se refere a cláusula geral prevista na Constituição Federal de proteção a dignidade da pessoa humana. (BESSA, 2009, p. 60-61)

O uso das diversas tecnologias existentes no mercado, como o uso de redes sociais, aplicativos para edição de imagens e vídeos, reconhecimento por voz, e armazenamento de dados tem por finalidade principal a prestação de serviços, e deve ter sua relação protegida pelo Código de Defesa do Consumidor.

A interpretação da lei consumerista não deve ser feita de modo filológico ou literal, de modo que reduz à qualidade de produto ou serviço tudo aquilo que se insere em relação de consumo. Essa não é a finalidade da lei. A sua finalidade é a de proteger o consumidor que é a parte hipossuficiente e vulnerável da relação. Cláudia Lima Marques. diz que o conceito de destinatário final é interpretado de acordo com a teoria do finalismo aprofundado, devendo o CDC ser aplicado nos casos mencionados acima. (MARQUES, 2006)

O Código de Defesa do Consumidor nasceu para proteger aquele se encontra em situação de desigualdade para com o fornecedor de produtos ou serviços, o vulnerável. Dado o exposto, pode-se afirmar que os usuários da internet, redes sociais e demais aplicativos são vulneráveis, se caracterizando também como consumidor. Assim, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado nas relações que envolvem os usuários de aplicativos e softwares, blogs, sites, e similares, ante a vulnerabilidade que se encontram. Ressalte-se que mesmo com as leis existentes acerca da internet, como a lei 12.965/2014 e a lei 13.709/2018, se não forem suficientes para tutelar o usuário, deve-se recorrer ao código de defesa do Consumidor como meio eficaz de proteger essas pessoas.

3. DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A inteligência artificial (IA) está presente no dia-a-dia de qualquer sociedade, e começou a ser desenvolvida em 1950, em *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* (Projeto de Pesquisas de Verão em Inteligência Artificial de Dartmouth) em Dartmouth College, Hanover, New Hampshire, Estados Unidos. (SILVA, 2019, p. 13)

No séc. XX a inteligência artificial recebeu maior atenção pelos pesquisadores, no qual Alan Turing iniciou as pesquisas para estabelecer uma inteligência computacional. Em 1950 o referido autor publicou seu artigo tratando sobre o “jogo da imitação”. Nesse trabalho, Turing propõe um jogo com base na adivinhação, analisando se tal premissa poderia ser aplicada em computadores. Em seu artigo o autor pesquisa sobre a natureza do pensamento e verifica se as máquinas são capazes de adquirir conhecimento. (TURING, 1950, p. 433-460)

O teste consiste em perguntas e respostas, no qual um interrogador (humano) faz as perguntas para duas entidades ocultas. Uma é um computador e a outra um ser humano. A comunicação entre os jogadores é realizada de modo indireto, não podendo o interrogador ver diretamente quem são as entidades. Através das respostas obtidas, o interrogador tentará descobrir qual deles é humano. (TURING, 1950, p. 433-460) Em 2012 um engenheiro computacional conseguiu comprovar o teste de Turing ao convencer os juizes de um jogo de que a inteligência artificial era humana.⁴

A inteligência artificial manipula e armazena dados, mas também realiza outras funções que necessitam de maior conhecimento e aprofundamento. O tratamento dos dados obtidos inclui a aptidão para “novos conhecimentos ou relações sobre fatos e conceitos a partir do conhecimento já existente e utilizar métodos de representação e manipulação para resolver problemas complexos.” (SILVA, 2019)

A IA auxilia o ser humano na execução de inúmeras atividades do dia-a-dia, além de permitir a otimização e aceleração de tarefas diárias. Assim, pode ser conceituada da seguinte maneira:

[...] é o conjunto de rotinas lógicas que, aplicadas no campo da ciência da computação, permite aos computadores dispensar a necessidade de supervisão humana na tomada de decisões e na interpretação de mensagens analógicas e digitais. Isso é possível ante a capacidade do sistema de adaptar-se por conta própria às necessidades humanas, por meio do uso de dados de experiências pretéritas armazenados nas memórias, tomando decisões com um mínimo de “livre-arbítrio”. (TOMASEVICIUS FILHO, 2018)

A automação não é o mesmo que inteligência artificial, apesar de se utilizar de princípios similares. No entanto, a automação não tem a capacidade de adaptação a novas realidades, não interagindo com o novo ou o inesperado. (TOMASEVICIUS FILHO, 2018)

Uma das ideias mais úteis que emergiram das pesquisas é que fatos e regras (conhecimento declarativo) podem ser representados separadamente dos algoritmos de decisão (conhecimento procedimental), tendo um efeito profundo tanto na forma com que os cientistas abordavam os problemas como nas técnicas de engenharia para produzir os sistemas inteligentes. Ao adotar um procedimento particular ou a máquina de inferência, o desenvolvimento de um sistema de inteligência artificial é reduzido à obtenção e codificação de regras e fatos que sejam suficientes para determinado domínio do problema, cujo processo é chamado de engenharia do conhecimento. (SILVA, 2019,p.15)

Enquanto os computadores não estavam interligados pela internet, cada uma das máquinas possuía capacidade limitada de processamento, conforme a memória contida

4 TERRA. 26.set.2012. Disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/robos/robo-confunde-humanos-e-passa-no-teste-de-turing-pela-1-vez,95188947c52ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso: 05 maio 2020

no aparelho. No entanto, com a melhoria dos programas de computador, dos aplicativos e *softwares*, a capacidade de processamento de dados e de trabalho da inteligência artificial ganhou novos horizontes. (TOMASEVICIUS FILHO, 2018)

A IA ultrapassa o conceito de tecnologia, eis que se traduz em meios de comunicação estrutural da sociedade atual. Essa inteligência cibernética está presente nas relações sociais, trabalhos, lazeres, comunicação e relacionamento. Dessa forma, pode-se afirmar a sociedade se transformou em rede. (AZEVEDO, 2015)

Patrícia Peck Pinheiro explica que o direito digital nasceu da evolução do próprio direito, eis que abrange princípios fundamentais e insere novos institutos nos demais ramos do direito, como direito civil, autoral, empresarial, comercial, dentre outros. (PINHEIRO, 2014, p.56)

É importante lembrar que atualmente existe certa dependência tecnológica, que atinge toda a sociedade, desde pequenas empresas, até governos e grandes instituições. Consequentemente, as relações negociais migram para a internet, o que pode gerar riscos aos envolvidos em relação à segurança da transação que é realizada.

Nesta janela, a possibilidade de visibilidade do mundo atual traz também os riscos inerentes à acessibilidade, tais como segurança da informação, concorrência desleal, plágio, sabotagem por hacker, entre outros. Assim, na mesma velocidade da evolução da rede, em virtude do relativo anonimato proporcionado pela Internet, crescem os crimes, as reclamações devido a infrações ao Código de Defesa do Consumidor, as infrações à propriedade intelectual, marcas e patentes, entre outras. (PINHEIRO, 2014, p.56)

Dessa forma, pode-se afirmar que a inteligência artificial está em constante expansão, tanto de seu conceito inicial, quanto de sua capacidade de processamento e conhecimento. Em suma, a engenharia do conhecimento artificial depende de análise de fatos e regras, para que se crie um padrão e consequentemente um sistema inteligente.

3.1 ALGORITMOS E INTELIGÊNCIA ANALÍTICA

Existem diversas formas de inteligências conhecidas como artificiais e uma delas é inteligência analítica que realiza análise de dados previamente captados e depois elabora um relatório transformando esses dados em informações padronizadas.

Com base nesses dados captados e nas informações padronizadas essa inteligência é capaz de utilizar essas informações para devolver ao usuário por exemplo, anúncios de produtos e serviços que este usuário já demonstrou interesse anteriormente. “A inteligência analítica direciona os processos mentais para a resolução de problemas e a tomada de decisões”.(MIRANDA, 2012)

Os algoritmos são utilizados como meio de controle do comportamento humano perante a internet. Dessa forma, tratar de Inteligência artificial não é apenas analisar os seus conceitos básicos mas também analisar as premissas de algoritmos de inteligência analítica de inteligência preditiva e de análise e controle de dados. Wolfgang afirma que os algoritmos podem concorrer para o controle de comportamento pelo Direito, complementar o direito ou ainda contrariá-lo.(HOFFMANN-RIEM, 2019)

Ressalte-se que na comunicação digital o uso dos algoritmos é imprescindível:

Para o uso em computadores, os algoritmos são escritos em uma linguagem digital, processável mecanicamente, e a tarefa respectivamente dada é executada por meio de número finito e pré-definido de etapas individuais. típica é a estrutura determinista da programação. Em geral, o que também é o caso nos exemplos tratados neste artigo os algoritmos específicos são partes de complexos sistemas algoritmos digitais. Ademais, ou conceito de algoritmo é frequentemente empregado como um sinônimo para o programa de computador utilizado no todo. (HOFFMANN-RIEM, 2019)

O sistema utilizado por meio de algoritmos pode ser programável para se adaptar de forma autônoma a novos problemas e resolver conflitos complexos. E assim essa capacidade não precisa necessariamente ser programada, mas pode ser o resultado de uma aprendizagem computacional através de treinamento com base na avaliação de experiências obtidas por meio de exemplos ou ainda por meio de alimentação por dados. “[...]Atualmente, trabalha-se intensamente para quitar esses temas continuem a escrever seus próprios programas e sejam capazes de se desenvolver independentemente da programação humana”. (HOFFMANN-RIEM, 2019)

Os algoritmos modificam a percepção do mundo e também atuam sobre o comportamento social influenciando a sociedade na tomada de decisões sendo assim uma fonte importante na ordem social. Para que seja utilizado os dados e ampliação de suas possibilidades pela Inteligência artificial é necessário a realização da análise dos dados conectados anteriormente.

Diversos procedimentos analíticos são realizados e cada um tem uma finalidade. O primeiro consiste na análise descritiva que se utiliza da mineração de dados por meio de estudo, em que o material é classificado e preparado para avaliação.

Posteriormente tem-se a análise preditiva que aprende a partir das experiências anteriores sobre o comportamento dos seus usuários e reconhece tendências e padrões comportamentais. (HOFFMANN-RIEM, 2019)

Nesse aspecto a análise preditiva é capaz de prever comportamentos futuros, tanto de consumidores em sites de compras, tanto dos usuários de aplicativos móveis. Essa análise visa recomendar comportamentos para aplicar o conhecimento coletado descritivamente e o conhecimento preditivo para alcançar objetivos determinados.

4. DA LEGISLAÇÃO APLICADA

O Marco Civil (Lei 12.965/2014)⁵, traz em seu art. 5º, inciso I a seguinte definição:

Art. 5º[...] I - Internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

5 BRASIL. Lei No. Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014. Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 30.abr.2020.

Dessa forma, pode-se destacar que o uso inadequado da internet pode trazer consequências negativas para toda a sociedade. Lawrence Lessig ensina que os códigos de software podem ser comparados a leis, pois esses códigos possuem certas regras para que o usuário possa ter acesso, como exemplo, a inserção de uma senha pessoal para realizar login no aplicativo. Tanto a lei como a programação do software são "estruturas projetadas para controlar o comportamento. (PINHEIRO, 2014)

Hodiernamente, os dados divulgados na internet e a rapidez de sua propagação possibilita às empresas a divulgação de suas marcas, produtos, serviços, dentre outros, criando assim, um mercado virtual que cresce anualmente. (GASPARATTO, FREITAS, EFING, 2019)

A lei geral de proteção de dados prevê em seu art. 2º a proteção quanto a dados sensíveis as pessoa, e possui como fundamento o respeito à privacidade, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, dentre outros previsto no artigo supracitado.⁶

Já no art. 5º da referida lei, existe a classificação dos dados, no qual a informação pessoal é relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Em relação ao dado pessoal sensível, tem-se os elementos pessoais acerca da origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, referente à saúde ou à vida sexual, informações genéticas ou biométricas, quando vinculado a uma pessoa natural, além de outras classificações existentes.⁷

O art. 5º da Lei geral de proteção de dados é semelhante ao art. 9º do Regulamento Geral Sobre a Proteção de Dados (RGPD) que prevê também o direito de dados genéticos, os dados relativos à saúde, ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual da pessoa. (FERREIRA, [et all...], 2018)

O uso da internet, como meio de comunicação social e eletrônica, deve obedecer aos princípios previstos no art. 221 da Constituição Federal, como a preferência a finalidades educativas, culturais e informativas, promover a cultura nacional e regional, estimular a produção independente que objetive a sua divulgação, e respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e família. (FIORILLO, 2015, p.16)

6 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

7 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;

As vertentes de proteção dos direitos da personalidade em relação à inteligência artificial são: O direito aos dados pessoais; como o direito de ser esquecido; o direito aos dados portáteis, a proteção de dados e o direito aos dados. (KAUFFMAN, NEGRI, 2020)

Portanto, a legislação que pode ser aplicada em relação à proteção dos direitos da personalidade quando violados pela inteligência artificial, são inúmeras. Além do Marco Civil da internet (Lei 12.965/2014), e da Lei Geral de Proteção de dados (Lei 13.709/2018), tem-se o Código de Defesa do Consumidor, que possui meios para a defesa do usuário de sites e de aplicativos presentes na rede mundial de computadores, como a possibilidade de responsabilizar o fornecedor de serviços ou de produtos quando ocorrer vício.

Note-se que o art. 4º inciso I prevê acerca do reconhecimento da vulnerabilidade do Consumidor, elevando este reconhecimento a princípio que deve ser respeitado na lei consumerista.⁸ Assim, perceber-se que o Código de Defesa do Consumidor pode ser invocado ao se analisar essas questões, ante a vulnerabilidade do consumidor, e também a grande possibilidade deste ser enganado, ou ainda receber uma publicidade enganosa e/ou abusiva. O art. 6º, inc. V do CDC prevê também a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

O Código Civil também traz mecanismos de se analisar contratos que não são assinados presencialmente, podendo culminar em ações revisionais de contratos, ou ainda em ação de resolução contratual, além da proteção a direitos da personalidade quando o titular for lesado, a possibilidade de ação por dano moral e/ou material (arts. 186 e 927 da lei 10.406/2002). A Lei Geral de Proteção de Dados trará maior segurança aos usuários da rede mundial de computadores, protegendo, conseqüentemente, os dados sensíveis e direitos personalíssimos.

5. DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade podem ser violados, lesados, mitigados em decorrência do uso indevido da inteligência artificial, dos aplicativos disponíveis de maneira gratuita na internet, das diversas redes sociais que ofertam os mais variados tipos de serviços como encontros, compartilhamento de fotos, vídeos, *emojis*, memes, brincadeiras entre amigos, dentre outros.

Os direitos que constantemente são violados e estão expostos a todo tipo de uso indevido por terceiros são os direitos a honra, privacidade, intimidade, aos direitos de liberdade (de pensamento, de expressão, religiosa, dentre outras), imagem, voz, vida e integridade física, direitos autorais, dentre outros.

8 A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

O ser humano se encontra em situação de vulnerabilidade em relação à inteligência artificial, ante a imensa capacidade de processamento de dados que possui, e o uso inadequado das redes sociais pelos usuários.

Pode-se, até mesmo, do ponto de vista retórico, indagar se inteligência artificial e direitos da personalidade representam contradição em termos, tamanha a vulnerabilidade da pessoa em razão do uso inadequado dessas tecnologias. (TOMASEVICIUS FILHO, 2018)

Os usuários são cada vez mais induzidos a adquirirem novos aplicativos que facilitam a vida, ou ainda que possam trazer momentos de prazer, como jogos, aplicativos que se conectam a outros aparelhos (internet das coisas), redes sociais específicas para relacionamentos, amizades, busca por emprego, compartilhamento de livros e músicas, dentre outros.

Essa indução é realizada pela alimentação da IA no qual o próprio usuário revela seus interesses ao realizar suas buscas diárias, ou ainda pelas páginas que costuma frequentar e o tempo de navegação em cada página. Por exemplo, o Google ministra curso gratuito sobre anúncios, explicando ao interessado qual a importância de se mensurar o tempo que um potencial cliente fica em sua página, em qual item esse cliente clica, quais as outras páginas que o cliente navega ao mesmo tempo, comparação de preços e etc.,

Com relação à análise de dados do direito à privacidade e a proteção de dados pessoais, existe uma escassez de estudos, pois vive-se na era em que os usuários das redes sociais são induzidos ou seduzidos ao exibicionismo, renunciando a sua liberdade, intimidade e privacidade, fornecendo dados pessoais em troca de alguns serviços gratuitos, como as redes sociais. (BOFF, FORTES, 2018)

Como exemplo de violação a direitos da personalidade decorrente do uso da IA, tem-se o caso em que uma empresa disponibilizou a comercialização de um jogo chamado “Bolsomito2k18”, e que violava direitos de minorias e grupos vulneráveis, além de violar direitos do próprio Presidente da República.⁹

Outro caso emblemático e bastante discutido foi o das estações de metrô do Estado de São Paulo e o uso dos dados biométricos dos usuários, sem o prévio consentimento destes, o que viola o direito à imagem. No caso em comento, considerou-se a imagem capturada como dado pessoal, sendo então protegido pela inviolabilidade da intimidade. Outro ponto

9 Jogo eletrônico e direitos de personalidade. Data do Julgamento: 06/02/2019. Data da Publicação: 08/02/2019 Tribunal ou Vara: 14ª Vara Cível de Brasília – DF Tipo de recurso/Ação: Sentença
Número do Processo (Original/CNJ): 0735711-26.2018.8.07.0001 e 0722305-38.2018.8.07.0000
Nome do relator ou Juiz (caso sentença): Juiz Luis Carlos de Miranda Câmara/Turma: -Artigos do MCI mencionados: Artigo 15 Ementa: “O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios deduziu ação civil pública em face de VALVE CORPORATION LLC, em que pugna, em estreita síntese pela condenação da requerida: (a) à obrigação de abster-se da comercialização do jogo eletrônico “Bolsomito 2k18”; (b) à obrigação de fornecer todos os dados cadastrais e financeiros do desenvolvedor do aplicativo “BS Studios”.
Argumentou a parte autora, em breve síntese: (i) que o jogo em questão viola o direito da personalidade Presidente eleito da República Federativa do Brasil, pelo que gera danos em ricochete a todos os brasileiros e expõe o país de forma negativa no cenário internacional; (ii) que o jogo viola direito da personalidade de mulheres, LGBTs, negros, integrantes de movimentos sociais, parlamentares federais e estaduais e fomenta ódio em relação às minorias.
Formulou ainda o autor pedido de tutela de urgência para que a parte requerida: (a) suspenda a comercialização do jogo Bolsomito 2k18; (b) forneça todos os dados cadastrais e financeiros do responsável pela criação do jogo Bolsomito 2k18. Conforme narrado pelo Parquet no ID n. 28431458, ocorreu a perda do objeto da presente ação, posto que “segundo informações da Valve Corporation (ID 28106284), o jogo “Bolsomito” deixou de ser comercializado pela empresa Steam a pedido do próprio desenvolvedor (BS Studios). Além disso, a Valve Corporation informou os dados cadastrais do responsável pela criação do jogo. O interesse processual resta consubstanciado na utilidade ou na necessidade da prestação jurisdicional, e, em relação a esta última, deve ser examinado em concreto.”

discutido nos autos foi a ausência de informação ao consumidor de que seus dados seriam capturados e qual a destinação destes:

[...] diante da exploração econômica dos dados coletados, diz que violado o direito à imagem, [...]a técnica já permite a identificação da pessoa a partir da captação de elementos faciais de emoção, a partir dos chamados pontos de ancoragem, e que não há como assegurar qual a tecnologia utilizada pela ré. Sustenta que a expressão facial deve ser considerada um dado pessoal, protegido pela inviolabilidade da intimidade, e invoca decisão administrativa, em caso idêntico, tomada na Holanda [...] a coleta indistinta de dados das expressões faciais de adultos e crianças viola os direitos das crianças e adolescentes, em especial à privacidade, marcada pela hipervulnerabilidade de seu titular. [...]a coleta dos dados se dá de forma praticamente camuflada, sem ao menos claro e expresso aviso ao consumidor de que está sendo filmado e de que sua imagem será utilizada para fins comerciais. [...]"¹⁰

O desgaste em relação aos direitos da personalidade está entrelaçado com o uso das tecnologias vestíveis e o tratamento inadequado das informações obtidas por essas.

Note-se que o direito do usuário a solicitar suas informações, a proteção dos seus dados, e aos dados portáteis só existe pela preocupação de que estes podem ser utilizados de maneira inadequada, ou ainda, contra o próprio usuário.

Conforme Kauffman e Negri, um dos desafios das tecnologias vestíveis é a de identificar quem possui os dados do usuário, como o fabricante, o desenvolvedor do software, o provedor de infraestrutura ou ainda a empresa de análise de dados. Importante frisar que o usuário possui direito a todos esses dados, pois advém de seu uso, seus dados sensíveis, dentre outros. A dificuldade será em identificar quem está de posse efetiva desses dados para fins legais.(KAUFFMAN, NEGRI, 2018)

Exemplo a ser citado é o caso do Sistema de Software UBER que possui dados pessoais dos seus usuários (motoristas e passageiros). Neste caso, o Sistema de Software UBER que foi considerado detentor dos dados pessoais do passageiro, sendo então obrigado a repassá-lo ao motorista para fins legais, como pode-se extrair do julgado abaixo:

[...]Narra o autor que compareceu à quadra 201 norte para buscar um passageiro, quando foi recebido de modo grosseiro, se recusando a transportar o solicitante. Em reação, o referido passageiro teria danificado seu veículo. Pretende, pois, os dados de tal pessoa para tomar as devidas providências. No caso em tela, tenho que é verossímil a razão que motivou o pedido autoral, eis que aparentemente houve prática de ato ilícito por parte do passageiro, a ser eventualmente apurado. Deste modo, entendo que se justifica o acolhimento do pedido autoral, justamente como exercício pleno da boa-fé contratual [...] JULGO PROCEDENTE o pedido autoral para determinar a empresa ré que forneça para o autor os dados cadastrais do usuário que solicitou a viagem em questão[...]"¹¹

A inteligência artificial tem importante papel na vida do homem moderno, eis que as tecnologias e dispositivos que se utilizam da inteligência artificial são essenciais para o dia-

10 BRASIL. TJSP. Tribunal ou Vara: 37ª Vara Cível Central - São Paulo - SP. Tipo de recurso/Ação: Antecipação de tutela. Número do Processo (Original/CNJ): 1090663-42.2018.8.26.0100. Nome do relator ou Juiz (caso sentença): Juíza Patrícia Martins Conceição. Data do Julgamento:14/09/2018. Data da Publicação: 18/09/2018.

11 BRASIL. TJDF. Tribunal ou Vara: 4º Juizado Especial Cível de Brasília - DF. Tipo de recurso/Ação: Sentença. Número do Processo (Original/CNJ): 0744419-20.2018.8.07.0016.Data do Julgamento: 04/12/2018. Data da Publicação: 10.dez.2018. Juíza Simone Garcia.

-a-dia. Como exemplo pode ser citado o *Smartwatch* que recebe todas as informações do celular do sujeito, além de monitorar os passos, a frequência cardíaca, a frequência com que essa pessoa se exercita, dentre outros. Os variados dispositivos de inteligência artificial que são fornecidos aos usuários hoje facilitam a vida e otimizam o tempo. Por outro lado, essas tecnologias armazenam inúmeros dados do usuário, e até então, ainda não se tem controle efetivo sobre o uso dessas informações.

Há o crescente uso das tecnologias vestíveis. Dados de 2019 demonstram que o uso desses dispositivos era de 722 milhões de usuários. A previsão para 2022 é que ultrapasse de 1 bilhão de usuários:

The number of connected wearable devices worldwide has more than doubled in the space of three years, increasing from 325 million in 2016 to 722 million in 2019. The number of devices is forecast to reach more than one billion by 2022.¹²

Na área médica já se fala em tecnologias que são capazes de monitorar toda a atividade física e/ou mental do paciente para que o médico possa readequar um tratamento ou até mesmo retirar o uso diário de remédios que não se demonstram eficazes.

A new generation of wearable sensors enables physicians to capture long-term-patients' activity levels and exercise compliance, facilitating effective dispensing of medications for chronic patients and provide tools to assess their ability to perform specific motor activities, and propose rehabilitation solutions.¹³

A Media Math, Interberry Group e Gartner realizaram pesquisa em 2017 analisando como as empresas de marketing irão realizar suas campanhas para o futuro, e nessa pesquisa pode-se perceber que 36,9% dos profissionais aumentaram os investimentos com marketing e publicidade através do estudo dos dados captados.¹⁴

Obviamente que as empresas se utilizam dos dados pessoais de seus usuários para direcionar publicidades e propagandas. Porém, o uso desses dados não pode ser desmedido, ou ainda abusivo ao usuário.

Para diminuir o desgaste dos direitos da personalidade frente às inovações tecnológicas, Kauffman e Negri defendem que "as novas tecnologias e inovações devem ser componentes integrais do sistema legal no futuro". (KAUFFMAN, NEGRI, 2018)

Portanto, os direitos da personalidade devem ser protegidos pela legislação, para que o usuário das plataformas digitais não tenha seus dados violados ou utilizados de maneira indevida. A proteção aos dados pessoais é possível, no entanto ainda desconhecida por parte da população.

12 STATISTA. Disponível em <https://www.statista.com/statistics/487291/global-connected-wearable-devices/> Acesso em 05.maio.2020

13 DOMB., Menachem. Wearable Devices and their Implementation in Various Domains. Disponível em <https://www.intechopen.com/books/wearable-devices-the-big-wave-of-innovation/wearable-devices-and-their-implementation-in-various-domains> Acesso em 13.abr.2020

14 GDMA. Winterberry Group. Análise Global de Marketing e Publicidade Orientados por Dados de 2017 O cenário no Brasil. Disponível em https://info.mediamath.com/rs/824-LSO-662/images/GDMA_2017_PORT.pdf?aliid=eyJpIjoiUytURWdPd001cmtOK085aS1sInQiOiJaMnlBYjdtWxDMVIMOEdjWnM5WnZRPT0ifQ%253D%253D. Acesso 05.maio.2020

6. CONCLUSÃO

Os grupos vulneráveis são compostos pelas diversas minorias que precisam de tutela e representação no país. Dentre essas minorias, tem-se os consumidores usuários da inteligência artificial por meio de redes sociais, aplicativos, softwares, sites, dentre outros dispositivos disponíveis na rede mundial de computadores. O Consumidor pode ser considerado como vulnerável, conforme previsto no art. 4º, inc. I do Código de Defesa do Consumidor, no qual a presunção de vulnerabilidade decorre da ausência de conhecimentos específicos sobre a violação de seus dados pessoais, seu comportamento de consumo, a sua falta de conhecimento ao inserir seus dados pessoais em aplicativos da internet. Existe uma cultura de exposição excessiva nas redes sociais em troca de acesso gratuito a aplicativos. No entanto, o que vários usuários não sabem é que estão dispondo de seus dados sensíveis para que tenham acesso a essas plataformas.

A inteligência artificial é ampla e cresce de forma exponencial, sempre evoluindo e se adaptando as mudanças sociais. Isso significa que, apesar da IA ainda não possuir capacidade de criação autônoma, futuramente isso pode vir a ocorrer.

Note-se que a inteligência artificial já é utilizada para monitoramento cardíaco do paciente, para avaliar os sintomas de pessoas doentes, para analisar o rosto por meio da biometria, sugerir locais para visitar com base nos dados de deslocamento do celular, dentre outros. Apesar da IA ser de extrema utilidade para o dia-a-dia, ela pode se tornar um meio de fiscalização dos atos pessoais.

Em relação aos padrões de consumo, os dados pessoais são coletados e posteriormente vendidos a empresas que se dedicam a venda dos produtos que o consumidor já possui o interesse em adquirir. Dessa forma, a inteligência artificial possui a capacidade de prever qual será a próxima compra do usuário. Destaque-se para os casos em que a pessoa recebe inúmeras publicidades em seu e-mail, redes sociais e etc. acerca de um produto específico.

Sugere-se que haja maior conscientização da população ao utilizar as novas tecnologias e novos dispositivos que se utilizam da inteligência artificial, além de melhor fiscalização quanto ao uso desses dados, eis que hoje não é possível quantificar quais dados e até onde cada plataforma pode interferir na vida do usuário.

Nem todo dado inserido pelo usuário nas plataformas virtuais deve ser utilizado para se converter em publicidade ou informação voltada a ele, pois a pessoa tem direito a sua intimidade e a privacidade. Quando uma pessoa está realizando alguma busca pela internet, ela não espera que isso será armazenado em um banco de dados e que será utilizado posteriormente. Vê-se a violação aos direitos básicos da personalidade, como a intimidade e a privacidade, e em alguns casos, a violação a direito a voz, imagem e honra.

Consequentemente, com o uso abusivo dos dados pessoais para anúncios, o usuário pode se ver num sistema de extrema monitoração e acompanhamento de todos os seus atos pessoais na internet, não se sentindo seguro ou confortável ao realizar uma transação, ou ainda ao realizar ligações por aplicativos ou trocar informações entre colegas.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Jefferson Cabral; ISTOE, Rosalee Santos; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros and MARQUES, Bruna Moraes. The Controversies Of Self – From (Info)Ethics To Cyber Terror. *JISTEM J.Inf.Syst. Technol. Manag.* [online]. 2015, vol.12, n.3 [cited 2020-04-30], pp.577-594. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1807-17752015000300577&lng=en&nrm=iso Acesso em 30. Abr.2020. ISSN 1807-1775. <https://doi.org/10.4301/S1807-17752015000300005>.
- BESSA, Leonardo Roscoe. Relação de Consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: 2009.
- BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. *Sequência* (Florianópolis), Florianópolis, n. 68, p. 109-127, Jun. 2014. Disponível em : http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 15 Abr. 2020. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p109>
- BRANDI, Ana Carolina Dias; CAMARGO, Nilton Marcelo de. Minorias e Grupos Vulneráveis, multiculturalismo e Justiça Social: Compromisso da Constituição Federal de 1988. In *Minorias e Grupos Vulneráveis: Reflexões para uma tutela inclusiva*, Dirceu Pereira Siqueira e Nilson Tadeu Reis Campos Silva (Orgs). 1. Ed. Birigui-SP. Boreal, 2013.
- BRASIL. Lei 12.965 de 23 de Abril de 2014. *Marco Civil da Internet*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 30.abr.2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 maio 2020.
- BRASIL. *Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.
- BRASIL. TJDF. Data do Julgamento: 06/02/2019. Data da Publicação: 08/02/2019 Tribunal ou Vara: 14ª Vara Cível de Brasília – DF Tipo de recurso/Ação: Sentença Número do Processo (Original/CNJ): 0735711-26.2018.8.07.0001 e 0722305-38.2018.8.07.0000
- BRASIL. TJDF. Tribunal ou Vara: 4º Juizado Especial Cível de Brasília – DF. Tipo de recurso/Ação: Sentença. Número do Processo (Original/CNJ): 0744419-20.2018.8.07.0016. Data do Julgamento: 04/12/2018. Data da Publicação: 10/12/2018. Nome do relator ou Juiz (caso sentença): Juíza Simone Garcia.
- BRASIL. TJSP. Tribunal ou Vara: 37ª Vara Cível Central - São Paulo – SP. Tipo de recurso/Ação: Antecipação de tutela. Número do Processo (Original/CNJ): 1090663-42.2018.8.26.0100. Nome do relator ou Juiz (caso sentença): Juíza Patrícia Martins Conceição. Data do Julgamento:14/09/2018. Data da Publicação: 18/09/2018.
- BRASIL: Juiz Luis Carlos de Miranda Câmara/Turma: -Artigos do MCI mencionados: Artigo 15 Ementa: “O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios deduziu ação civil pública em face de VALVE CORPORATION LLC, em que pugna, em estreita síntese pela condenação da requerida: (a) à obrigação de abster-se da comercialização do jogo eletrônico “Bolsomito 2k18”; (b) à obrigação de fornecer todos os dados cadastrais e financeiros do desenvolvedor do aplicativo “BS Studios”.
- CHAVES, Luís de Gonzaga Mendes. Minorias e seu estudo no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 149-168, 1970.
- COPETTI SANTOS, André Leonardo; COPETTI SANTOS, Evelyne Freistedt. Constituição, Direito Penal E Diferença. Sobre A Emergência De Uma Tutela Penal De Minorias E Vulneráveis Sociais Pós-Constituição De 1988. *REVISTA DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS*, [S.l.], v. 12, n. 18, p. 251 - 270, fev. 2013. ISSN 21782466. Disponível em: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/969/456. Acesso em: 14 Abr. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v12i18.969>.

DOMB., Menachem. *Wearable Devices and their Implementation in Various Domains*. Disponível em <https://www.intechopen.com/books/wearable-devices-the-big-wave-of-innovation/wearable-devices-and-their-implementation-in-various-domains>. Acesso em 13.abr.2020

FERREIRA, Ricardo Barretto. BRANCHER, Paulo. TALIBERTI, Camila. CUNHA, Vitor Koketu. Entra em vigor o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. 04.jun.2018. *Migalhas*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/281042/entra-em-vigor-o-regulamento-geral-de-protecao-de-dados-da-uniao-europeia>. Acesso em 05.maio.2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *O Marco Civil da Internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação: Comentários à Lei n. 12.965/2014*. Saraiva: São Paulo, 2015.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio. FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. EFING, Antônio Carlos. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS. *Revista Jurídica Cesumar* janeiro/abril 2019, v. 19, n. 1, p. 65-87DOI: 10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87. Disponível em <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6493/3396> Acesso em 22.nov.2019.

GDMA. Winterberry Group. Análise Global de Marketing e Publicidade Orientados por Dados de 2017 O cenário no Brasil. Disponível em https://info.mediamath.com/rs/824-LSO-662/images/GDMA_2017_PORT.pdf?aliid=eyJpIjoiUytURWdPd001cmtOK085aSlSnQiOiJaMnBYjdtWxDMVIMOEdjWnM5WnZRPT0ifQ%253D%253D. Acesso 05.maio.2020

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Controle do comportamento por meio de algoritmos: um desafio para o Direito. *Direito Público*, [S.l.], v. 16, dez. 2019. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3647>. Acesso em: 13 abr. 2020.

Jogo eletrônico e direitos de personalidade. Data do Julgamento: 06/02/2019. Data da Publicação: 08/02/2019 Tribunal ou Vara: 14ª Vara Cível de Brasília – DF Tipo de recurso/Ação: Sentença

KAUFFMAN, Marcos. E. NEGRI, Marcelo. NEW TECHNOLOGIES AND DATA OWNERSHIP: WEARABLES AND THE EROSION OF PERSONALITY RIGHTS. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas* (Unifafibe). ISSN 2318-5732 – VOL. 6, N. 1, 2018. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/issue/view/25>. Acesso em 23.mar.2020.

KOTTOW, Michael H. Comentários sobre a Bioética, Vulnerabilidade e proteção.

In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (org.) *Bioética: Poder e Injustiça*. Loyola: São Paulo, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DOMB, Menachem. *Wearable Devices and their Implementation in Various Domains*. Disponível em: <https://www.intechopen.com/books/wearable-devices-the-big-wave-of-innovation/wearable-devices-and-their-implementation-in-various-domains>: Acesso em 13.abr.2020

MIRANDA, Maria José. A inteligência humana: contornos da pesquisa. *Paidéia* (Ribeirão Preto), Ribeirão Preto, v. 12, n. 23, p. 19-29, 2002. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2002000200003&lng=en&nrm=iso. Acesso em 13. Abr.2020 <https://doi.org/10.1590/S0103-863X2002000200003>.

NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva: 2013.

O cenário no Brasil. Disponível em https://info.mediamath.com/rs/824-LSO-662/images/GDMA_2017_PORT.pdf?aliid=eyJpIjoiUytURWdPd001cmtOK085aSlSnQiOiJaMnBYjdtWxDMVIMOEdjWnM5WnZRPT0ifQ%253D%253D Acesso 05 maio 2020

PEREIRA SIQUEIRA, D. Castro, Lorenna Roberta Barbosa. MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS: A QUESTÃO TERMINOLÓGICA COMO FATOR PREPONDERANTE PARA UMA REAL INCLUSÃO SOCIAL. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE).ISSN 2318-5732. v. 5, n. 1 (2017). Disponível em <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/219> Acesso em 14 abr. 2020

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. Atlas. São Paulo:2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

SÉGUIN, Elida. *Minorias e Grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Fabrício Machado da. Et al. *Inteligência artificial [recurso eletrônico]; [revisão técnica: Carine Webber]*. – Porto Alegre: SAGAH, 2019.

STATISTA. Disponível em <https://www.statista.com/statistics/487291/global-connected-wearable-devices/> Acesso em 05.maio.2020

TERRA. 26.set.2012. Disponível em <https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/robos/robo-confunde-humanos-e-passa-no-teste-de-turing-pela-1-vez,95188947c52ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>> Acesso e 05.maio.2020

TOMASEVICIUS FILHO, E. *Inteligência artificial e direitos da personalidade*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. v. 113.

TURING, Alan. 'Computing machinery and intelligence'. In: *Mind*. n. 49.

Recebido/Received: 01.06.2020.

Aprovado/Approved: 12.10.2020.

CONCEITOS DE INFORMAÇÃO E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA

INFORMATION AND INFORMATION SOCIETY
CONCEPTS AND ITS RELEVANCE

BEATRIZ MARTINS DE OLIVEIRA¹

RICARDO LIBEL WALDMAN²

RESUMO

Em que pese a terminologia diuturnamente se popularizar, Sociedade da Informação ainda é um conceito para muitos inexplorado. A inexatidão do termo para alguns, dentre outros problemas casuísticos, decorre da incerteza que paira sobre o conceito de "informação". Assim, este artigo busca, de forma não exaustiva, considerada a profundidade da matéria a ser abordada, estudar e estabelecer qual o significado de "informação" para a Sociedade da Informação, se utilizando de uma visão multidisciplinar e pesquisa bibliográfica, para que também possamos conceituar Sociedade da Informação e demonstrar a importância de seu estudo na sociedade atual.

Palavras chave: Informação. Sociedade da Informação. Conceito.

ABSTRACT

In spite of the terminology becoming popular, Information Society still is an unexplored concept for many. The inaccuracy of the term for some, among other situational problems, stems from the uncertainty that hangs over the concept of "information". Therefore, this paper aims, in an not exhaustively way, considering the depth of the matter to be approached, study and establish what is the concept of "information" to Information Society, through a multidisciplinary view and bibliography research, so we are able to concept also Information Society and demonstrate the study's relevance to current society.

Key-words: Information. Information Society. Concept.

1 Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, especialista em Direito Processual Civil e bacharel em Direito pela mesma instituição. Advogada. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2314-1562>. E-mail: beatriz.moliveira@outlook.com.

2 Doutor em Direito pela UFRGS. Coordenador e professor do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da Faculdades Metropolitanas Unidas e Professor da Escola de Direito da PUC-RS. Membro da Comissão de Direito Ambiental da IUCN. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5138875442525636>. E-mail: ricardo.waldman@fmu.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

OLIVEIRA, Beatriz Martins de; WALDMAN, Ricardo Libel. *Conceitos de informação e sociedade da informação e sua importância*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 246-259, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.7965>.

INTRODUÇÃO

A fluidez da modernidade é um problema que atinge, inclusive, os conceitos. Comumente as palavras são empregadas quase como se tivessem perdido sua etimologia, se adequando a diversos discursos. Essa fluidez, talvez decorrente da inexatidão ou mesmo do desconhecimento conceitual, é um problema que assola diversas áreas do conhecimento científico, não sendo diferente com o estudo de "informação".

Em que pese se referir a algo que tenha conteúdo, a palavra "informação", paradoxalmente, cada vez mais tem perdido o seu sentido, levando pesquisadores a se dedicarem à sua conceituação. Mas, até por consequência lógica, mais incerteza paira quando a observamos no termo "Sociedade da Informação".

Neste contexto de pesquisas, não raras vezes, nos deparamos com livros ou artigos científicos que ultrapassam a conceituação dos temas, quase pressupondo que o leitor saiba o que é a Sociedade da Informação ou a qual "informação" este nome se refere. Tais pesquisas se iniciam sem abordar questões basilares, deixando o leitor novo na temática à deriva em conteúdos mais profundos e apenas permitindo sua real compreensão ao leitor já anteriormente familiarizado com o tema.

Cientes dessa questão, nos propomos neste trabalho a reunir estudos multidisciplinares com a finalidade de conceituar "informação", subsidiando, também, a conceituação de Sociedade da Informação, que, enquanto momento que vivenciamos e área de estudo, com suas próprias características e resultados, merece atenção. Ao final destacamos a importância da pesquisa para a sociedade atual e futura.

A pesquisa se divide em três capítulos. O primeiro analisa conceitos de "informação" através dos prismas da Ciência da Informação e do estudo direcionado da Sociedade da Informação, momento em que contamos com estudos das áreas da sociologia, economia, história e filosofia. O segundo se dedica ao conceito de Sociedade da Informação, considerando todo o referencial abordado no capítulo anterior. O terceiro aponta algumas situações que nos permitem perceber a importância dos estudos dos capítulos anteriores. Este artigo utiliza a metodologia de pesquisa bibliográfica.

1. CONCEITOS DE INFORMAÇÃO

A inexatidão do conceito de "informação" é uma preocupação de alguns campos do saber, o que tem levado diversos pesquisadores à tentativa de sua definição. Michael Buckland Keeble, por exemplo, afirmou que "Uma exploração de 'informação' encontra imediatas dificuldades. Como informação se relaciona com se tornar informado, com redução da ignorância e incerteza, é irônico que o próprio termo 'informação' seja ambíguo e usado de diferentes formas."³ (BUCKLAND, 1991, p. 351).

3 "An exploration of 'information' runs into immediate difficulties. Since information has to do with become informed, with the reduction of ignorance and of uncertainty, it is ironic that the term "information" is itself ambiguous and used in different ways." - Tradução livre.

De igual forma, mais especificamente no campo de estudo da Sociedade da Informação, Mattelart (2006, p. 64) afirma que “Quanto à noção de ‘informação’, ela logo se transformará em caixa preta, palavra-mestra, verdadeiro ‘Proteu da semântica’ saído da ‘caixa de Pandora dos conceitos imprecisos’”, demonstrando igual preocupação quanto às diferentes maneiras com que a palavra tem sido aplicada, formas que até surpreendem, razão pela qual o conceito merece atenção.

Destarte, considerando nosso objetivo final de estabelecer o conceito de “informação” para a Sociedade da Informação através de uma visão multidisciplinar, este primeiro capítulo se dedicará a analisar o conceito informacional pelas perspectivas da Ciência da Informação, bem como a partir do estudo da Sociedade da Informação.

1.1 CONCEITO DE INFORMAÇÃO PARA A CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO

A Ciência da Informação é um campo de estudo que caminha de forma muito próxima ao estudo da Sociedade da Informação⁴, e que tem por objetivo analisar problemas informacionais, decorrentes da importante responsabilidade social de transmitir conhecimento (SARACEVIC, 1996, p. 43). Buckland, em um artigo que se dedicou exclusivamente a analisar o conceito de informação, estabelece a existência de três principais significados para a palavra: informação como processo, informação como conhecimento e informação como coisa (BUCKLAND, 1991, p. 351), analisando-os sob duas óticas: primeiro, se a informação é tangível ou intangível, e segundo, se é entidade ou processo (BUCKLAND, 1991, p. 352).

Para o autor, informação como processo é aquela que causa transformação no conhecimento da pessoa, é o recebimento de um novo conteúdo. É um processo intangível, independente de um suporte físico. Já informação como conhecimento é objeto do processo informacional, sendo preciso que seja expressa através de processos comunicacionais para que se faça conhecida. Nesta configuração, a informação é entidade intangível. Por outro lado, informação como coisa se refere ao documento manipulável que contém a informação como conhecimento, sendo este, por este motivo, uma entidade tangível (BUCKLAND, 1991, p. 351). Neste sentido:

A intenção pode ser que os usuários se tornem informados (informação como processo) e que ocorra uma transmissão de conhecimento (informação como conhecimento). Mas os meios fornecidos, o que é manuseado e operado, o que armazena e recupera, é informação física (informação como coisa). (BUCKLAND, 1991, p. 352).⁵

4 “Três são as características gerais que constituem a razão da existência e da evolução da CI; outros campos compartilham-nas. Primeira, a CI é, por natureza, interdisciplinar, embora suas relações com outras disciplinas estejam mudando. A evolução interdisciplinar está longe de ser completada. Segunda, a CI está inextricavelmente ligada à tecnologia da informação. O imperativo tecnológico determina a CI, como ocorre também em outros campos. Em sentido amplo, o imperativo tecnológico está impondo a transformação da sociedade moderna em sociedade da informação, era da informação ou sociedade pós-industrial. Terceira, a CI é, juntamente com muitas outras disciplinas, uma participante ativa e deliberada na evolução da sociedade da informação. A CI teve e tem um importante papel a desempenhar por sua forte dimensão social e humana, que ultrapassa a tecnologia. Essas três características ou razões constituem o modelo para compreensão do passado, presente e futuro da CI e dos problemas e questões que ela enfrenta.” Fonte: SARACEVIC, Tefko. *Ciência da informação: origem, evolução e relações*. In *Ci. Inf.*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 42, jan./jun. 1996. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.eci.ufmg.br/index.php/pci/article/view/235/22> Acesso em: 09 de abril de 2020.

5 “The intention may be that users will become informed (information-as-process) and that there will be an imparting of knowledge (information-as-knowledge). But the means provided, what is handled and operated upon, what is stored and retrieved, is physical information (information-as-thing).” - Tradução livre.

Portanto, o autor elenca três significados possíveis para a palavra “informação” no estudo da Ciência da Informação. Há, entretanto, outra abordagem possível, igualmente importante e complementar a essa análise, ainda nesta área de estudos. Rowley (2006, p. 163-180), cuja pesquisa compreende a chamada Hierarquia da Sabedoria (ou *DKIW hierarchy*⁶), que escalona dados, informação, conhecimento e sabedoria, servirá também de subsídio para fundamentar o conceito de “informação”.

Segundo a autora (ROWLEY, 2006, p. 166), o primeiro registro do ideal hierárquico teria aparecido em um poema de T. S. Eliot, chamado *The Rock*, em 1934, em que o eu lírico questiona: “Onde está a sabedoria que perdemos no conhecimento? Onde está o conhecimento que perdemos na informação?”⁷. Entretanto, a hierarquia contendo todos seus objetos atuais (dados, informação, conhecimento e sabedoria), além de mais um (o entendimento, não utilizado frequentemente), seria atribuída a Ackoff em seu texto *From data to wisdom*, datado de 1989.

Analisando Ackoff (1999, p. 170), verificamos que ele inicia seu trabalho afirmando que “Um grama de informação vale um quilo de dados. Um grama de conhecimento vale um quilo de informação. Um grama de entendimento vale um quilo de conhecimento.”⁸ e conceitua dados como símbolos que representam qualidades de objetos, enquanto informação seria o dado processado, aprimorado para garantir sua maior utilidade. Acrescenta o autor que, portanto, a diferença entre dados e informação é funcional, e não estrutural.

Apesar de Ackoff (1999, p. 170) ainda diferenciar informação de conhecimento e entendimento, afirmando que informação responde a perguntas como “quem”, “o que” ou “quando” (descrições), enquanto conhecimento responde a perguntas de “como” (instruções) e entendimento às perguntas de “por que” (explicações), ele afirma que todos estes atuam de igual forma, aumentando a eficiência. Sabedoria, por sua vez, para o autor, está ligada a um juízo valorativo.

Rowley (2006, p. 176), analisando Ackoff e outros estudiosos acerca do conceito de informação, conclui que este último está constantemente relacionado ao conceito de dados, o que reacende nossa discussão neste artigo. As considerações deste capítulo, fincadas especificamente na Ciência da Informação, servirão à nossa próxima análise, que se restringirá ao conceito de informação para o estudo da Sociedade da Informação.

1.2 INFORMAÇÃO PARA A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Antes de conceituarmos Sociedade da Informação, observaremos a extensão semântica de “informação” para este conceito, a fim de melhor subsidiar os estudos. Desta forma, em que pese o uso constante do termo “Sociedade da Informação”, focaremos apenas nas definições que encontramos neste campo para a informação, as quais corroborarão o estudo subsequente sobre a Sociedade da Informação.

6 Cunha para a hierarquia da sabedoria que alude às iniciais de dados, conhecimento, informação e sabedoria em inglês (*data, knowlegde, informatione wisdom*).

7 “Where is the wisdom that we have lost in knowledge? Where is the knowledge that we have lost in information?” - Tradução livre.

8 “An ounce of information is worth a pound of data. An ounce of knowledge is worth a pound of information. An ounce of understanding is worth a pound of knowledge.” - Tradução livre.

Mattelart, em uma análise histórica da Sociedade da Informação e a partir de diversos autores, traz possíveis definições para informação. Em um sentido matemático, cita a Teoria Matemática da Comunicação, de Claude Elwood Shannon, afirmando que a “definição da informação é estritamente física, quantitativa, estatística. Trata-se sobretudo de ‘quantidade de informação’.” (MATTELART, 2006, p. 63). E, contrapondo esta ideia, a partir de Machlup argumenta que, linguisticamente, informar é transmitir conhecimento (MATTELART, 2006, p. 69). Complementa, a partir do ponto de vista filosófico de Bernard Stiegler, que o valor da informação é ligado ao tempo de sua difusão, isto é, “a informação é uma mercadoria de memória perecível por definição; ela abre uma nova forma de temporalidade que forma um contraste com a do tempo de elaboração do saber” (MATTELART, 2006, p. 71). O autor relaciona o valor da informação ao seu tempo de difusão, pois, com o passar do tempo, ela se torna obsoleta, perde seu valor.

Por sua vez, Amaral (2008, p. 126), em um estudo com o enfoque econômico da Sociedade da Informação, esclarece que informação é “uma mensagem, geralmente sob a forma de um documento ou em uma comunicação audível e/ou visível numa versão enriquecida de dados, uma vez que inclui algo sobre o contexto que permita retirar algum significado”.

Para Castells (2016, p. 135), pelo prisma sociológico, “A emergência de um novo paradigma tecnológico organizado em torno de novas tecnologias da informação, mais flexíveis e poderosas, possibilita que a própria informação se torne o produto do processo produtivo.”, ou seja, o autor entende a informação como produto na Sociedade da Informação.

Especificamente no âmbito brasileiro, o Livro Verde da Sociedade da Informação, em sua apresentação (TAKAHASHI, 2000, p. v), em que pese empregar o termo “conhecimento” (que muitas vezes se confunde com “informação”), direciona o contexto para a compreensão do Livro, que trata sobre a Sociedade da Informação no Brasil, consignando que “O conhecimento tornou-se, hoje mais do que no passado, um dos principais fatores de superação de desigualdades, de agregação de valor, criação de emprego qualificado e de propagação do bem-estar.” O conceito adotado carrega muitas características nas quais percebemos o fundo comum de agregar conhecimento ao receptor da mensagem, pois assim é que encontraremos a maioria destes pontos destacados. Outro fator que merece destaque no conceito está na agregação de valor, que nos remete a uma visão contributiva da informação como uma qualificadora que traz consigo valor.

Sampaio, analisando questões sobre o uso (escuso) de dados pessoais por grandes empresas e por governos, trata, de um prisma jurídico, sobre a necessidade de um sistema de proteção de dados mais eficaz, que veja este interesse como metaindividual, já que as consequências de seu uso ultrapassam a esfera do indivíduo, atingindo a coletividade. O autor afirma que:

[...] *informação* consiste em dados economicamente apreciáveis, que podem servir como recurso ou produto, podendo melhorar o desempenho de determinado agente de acordo com seu tratamento ou fornecimento a outrem, de modo que não se limita a uma informação fechada, completa. Sua importância, portanto, está mais associada ao seu uso e à sua finalidade que própria e necessariamente ao seu titular [...]. (grifo do autor) (SAMPAIO, 2019, p. 37).

O autor fala em “dados economicamente apreciáveis”. Acerca disso, podemos destacar Harari, que analisa o valor dos dados. O autor explica que ao reunir informação, os gigantes

dos dados poderão nos manipular, trabalhar com reengenharia da vida orgânica e criação de formas de vida inorgânica, destacando que, apesar de a publicidade os manter financeiramente a curto prazo, seu valor é avaliado através dos dados que possuem e colhem. E conclui seu pensamento, de forma a nos encaminhar a que, sim, informação se constitui de dados economicamente apreciáveis (agora ou em potencial), afirmando que:

Mesmo que não se saiba como fazer dinheiro com os dados hoje em dia, vale a pena tê-los porque eles podem ser a chave para controlar e modelar a vida no futuro. Não tenho certeza de que os gigantes dos dados pensam explicitamente nesses termos, mas suas ações indicam que dão mais valor aos dados acumulados do que a meros dólares e centavos. (HARARI, 2018, p. 108).

Diante de cada um dos estudos e conceitos apresentados, podemos atribuir à informação um conceito complexo para a Sociedade da Informação. Ainda que por vezes busquemos um conceito universal, aplicável para determinada palavra em qualquer contexto, em regra, isso não ocorrerá, de forma que não conceituaremos, assim, "informação" em um contexto coloquial, corriqueiro ou geral, mas especificamente para o estudo da Sociedade da Informação.

Os estudos levantados nos direcionam à conclusão de que "informação" para a Sociedade da Informação, em um sentido *lato*:

- é "informação como conhecimento", uma entidade intangível, pois, consoante Buckland (1991, p. 351), é efetivamente o conhecimento que é transmitido, o objeto da comunicação;

- referencia dados, informação, conhecimento e entendimento, uma vez que, conforme Ackoff (1999, p. 170), a diferença entre estas definições está em sua função e não em sua estrutura. Na medida em que um dado, informação etc. é trabalhado, adquire novas funções, ainda que sua estrutura seja compartilhada;

- é recurso, conforme Sampaio (2019, p. 37) destaca, pois a informação é utilizada para gerar mais informação;

- é produto do processo produtivo, como Castells (2016, p. 135) elucida, pois, ao mesmo tempo em que é recurso, é o objetivo final mercadológico, ou seja, é alvo de negociações;

- agrega e possui valor. Na apresentação do Livro Verde da Sociedade da Informação (TAKAHASHI, 2000, p. v) consta que o conhecimento agrega valor, sem informar a que ou a quem seria agregado. A informação, de forma complementar, pode agregar valor a produtos e serviços, e por esta razão, de forma individual, a ela será atribuído um valor;

- tem seu valor diretamente influenciado pelo tempo de sua propagação, porque com o passar do tempo a informação pode se tornar obsoleta, desinteressante, equivocada, sofrendo, portanto, influência direta do fator temporal (MATTELART, 2006, p. 71). A esta característica devemos somar, ainda, o fator das novas tecnologias que atribuem uma nova sensação temporal, diferente do tempo físico, e que proporciona novas informações a todo momento.

- possui valor futuro incerto, em potencial, decorrente do grande poder que pode conceder aos seus detentores, conforme Harari (2018, p. 108) explica.

E com este apanhado conceituamos. Informação é para a Sociedade da Informação uma entidade intangível, objeto de um processo informacional, comunicativo, que, em sentido

lato, acolhe dados, informações, conhecimento e entendimento, na medida em que cada um destes termos possui a mesma estrutura, apesar de suas diferentes funções. A informação é recurso e produto final no processo produtivo, considerando-se que é utilizada para a produção de mais informação, tanto quanto é o resultado dessa produção. Possui valor mercadológico, financeiro, de forma independente, decorrente de sua capacidade de atribuir valor a produtos e serviços, o que pode ser aferido de formas diversas a depender do seu tempo de difusão. E possui um valor potencial, decorrente de seu uso futuro, ainda incerto na forma, mas certo no poder.

2. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Tendo conceituado informação, voltamos nossa preocupação à Sociedade da Informação, que, igualmente, por muitas vezes sofre com a indeterminação de seu conceito. Neste aspecto, Matellart (2006, p. 71) afirma que “A imprecisão que envolve a noção de informação coroará a de ‘sociedade da informação’.”. E, ainda, Webster (2006, p. 08) questiona:

O que impressiona na leitura da literatura sobre sociedade da informação é que muitos autores trabalham com definições não desenvolvidas de seu objeto. Parece-lhes tão óbvio que vivemos em uma sociedade da informação que alegremente presumem não ser necessário esclarecer precisamente o que querem dizer com o conceito.⁹

Tendo em mente esta outra problemática, trabalharemos com o conceito previamente estabelecido de “informação” e com as definições de alguns autores para conceituar Sociedade da Informação. Para tanto, iniciaremos com uma sucinta análise histórica, conforme o estudo de Crawford (1983, p. 380), que estabelece o início das pesquisas acerca da Sociedade da Informação no ocidente em 1962, com o economista Fritz Machlup, que estudou a produção de conhecimento nos Estados Unidos da América como importante componente para o Produto Interno Bruto.

Em que pese naquele momento ainda não observarmos o uso da expressão “Sociedade da Informação” – Machlup utiliza indústria do conhecimento –, é a partir dele que se verifica o estudo sobre as características da informação conforme nosso atual conceito. E, logo após, na década de 1970, o termo Sociedade da Informação já passa a ser empregado (CRAWFORD, 1983, p. 381).

Além do termo utilizado por Machlup, podemos destacar muitos outros que foram utilizados para referenciar a sociedade que deixaria para trás a indústria material como base de sua economia. Masi (2003, p. 32), que prefere o termo “sociedade pós-industrial”, atribui essa grande variedade à incerteza que pairou em determinado momento acerca de qual característica predominaria na sociedade que se estabelecia a seguir, sobre o que substituiria a indústria de capital material:

9 “What strikes one in reading the literature on the information society is that so many writers operate with undeveloped definitions of their subject. It seems so obvious to them that we live in an information society that they blithely presume it is not necessary to clarify precisely what they mean by the concept”. - Tradução livre.

Os rótulos atribuídos à sociedade atual, aos estágios evolutivos da transição e às sociedades auspiçadas são mais de trezentos e vão desde "sociedade em impasse" (M. Crozier) e "sociedade despreparada" (D. Michael), a "idade do equilíbrio" (L. Mumford), a "consciência III" (C. Reich), a "século casual" (M. Harrington), a "estado de entropia" (H. Henderson), a "sociedade narcisista" (Ch. Lasch), a "sociedade programada" (A. Touraine e Z. Hegedus), a "sociedade pós-moderna" (J. F. Lyotard), a "cultura pré-figurativa" (M. Mead), a "sociedade pós-civil" (K. Boulding). E temos ainda a "sociedade pós-capitalista" de R. Dahrendorf, a "sociedade do capitalismo maduro" de C. Offe, a "sociedade do capitalismo avançado" de K. Galbraith, a "sociedade sadia" de E. Fromm, a "sociedade ativa" de A. Etzioni, a "sociedade pós-materialista" de R. Inglehart, a "sociedade tecnocrônica" de Z. Brzezinski, a "terceira onda" de Toffler, a "sociedade dos serviços" de J. Gershuny e W. R. Rosengren, a "era da descontinuidade" de Drucker. (MASI, 2003, p. 33)

Por outro lado, no Oriente, o termo Sociedade da Informação apareceu um pouco mais cedo. Segundo Karvalics (2007, p. 05), em 1961, o termo teria sido empregado durante uma conversa entre o arquiteto Kisho Kurokawa e o historiador e antropologista Tadao Umesao, no Japão. E, de forma escrita, teria aparecido pela primeira vez em um estudo publicado por Jiro Kamishima em janeiro de 1964, intitulado pelo editor Michiko Igarashi como Sociologia nas Sociedades da Informação. Não muito mais tarde, nos anos de 1968 e 1969, já existiam no país livros que trabalhavam a temática utilizando-se especificamente deste termo.

Tendo vista este panorama histórico contextualizando nossa análise, que demonstra que os estudos da Sociedade da Informação no Ocidente surgiram de um estudo econômico do saber, destacamos alguns conceitos que demonstram essa relação da informação com a economia e que nos permitem compreender que vivenciamos o momento histórico em que a base econômica industrialista material foi deixada para trás, dando lugar a uma nova base econômica intangível: a informação.

Cumpramos esclarecer, conforme Mattelart, que, considerando o avanço tecnológico, há uma preocupação da visão limitada da "informação" como conceito dependente da tecnologia, pois, desta forma, o conceito de Sociedade da Informação se tornaria puramente instrumental. Apesar de as novas tecnologias terem trazido grandes mudanças para a Sociedade da Informação, devemos ter por certo que um conceito independe do outro.

A tendência a assimilar a informação a um termo proveniente da estatística (data/dados) e a ver a informação somente onde há dispositivos técnicos se acentuará. Assim, instalar-se-á um conceito puramente instrumental de sociedade da informação. Com a atopia social do conceito apegar-se-ão as implicações sociopolíticas de uma expressão que supostamente designa o novo destino do mundo. (MATTELART, 2006, p. 71)

Feita essa ressalva, avançamos na busca pelo conceito de Sociedade da Informação, referenciando alguns autores. Loveluck afirma que "À sociedade da informação corresponderia, assim, uma 'economia do conhecimento' ou 'economia do saber', que seria a sequência do 'capitalismo industrial'" (LOVELUCK, 2018, p. 112), indicando – como também outros autores preferem referenciar – uma sociedade pós industrial (MASI, 2003, p. 93). Aprofundando a visão para além das questões econômicas, Amaral entende que a Sociedade da Informação implica alterações sociais e econômicas:

Do ponto de vista tecnológico a Sociedade da Informação constitui um aprofundamento das tecnologias das tecnologias eletrônicas e da revolução

digital da 3ª Revolução Industrial, mas do ponto de vista sócio-económico é muito mais do que isso. A Sociedade da Informação traz um novo modelo de desenvolvimento económico ao mesmo tempo que provoca profundas e extensas alterações nos comportamentos, nas atitudes e nos valores das estruturas sociais e políticas do nosso tempo. (AMARAL, 2008, p. 41)

Bioni, por sua vez, entende esta sociedade como a que tem por seu elemento nuclear a informação:

No estágio atual, a sociedade está encravada por uma nova forma de organização em que a informação é o elemento nuclear para o desenvolvimento da economia, substituindo os recursos que outrora estruturavam as sociedades agrícola, industrial e pós-industrial. (BIONI, 2019, p. 02)

Por outro lado, devemos considerar o carácter global que a Sociedade da Informação possui. Conforme analisa Branco, deve haver uma cooperação entre os países para que possamos, de fato, alcançar a Sociedade da Informação em nível mundial, ao passo que, na concepção do autor, um relacionamento entre os países que não possibilita a troca de informações caracteriza uma "sociedade da desinformação". (BRANCO, 2005, p. 234).

Acerca do sentido *lato* de Sociedade da Informação, Himanen destaca que "De uma perspectiva teórica, o conceito-chave inclui uma organização em rede¹⁰ e o crescimento baseado na inovação. A economia da informação assenta no crescimento da produtividade baseado na inovação, ao contrário da chamada «nova economia»." (HIMANEN, 2005, p. 347).

A partir destes referenciais teóricos temos, portanto, que a Sociedade da Informação é o momento histórico, de carácter global, organizado em rede, que tem a informação como seu cerne e no qual a economia e as relações sociais foram reestruturadas tendo sua base na informação, sendo que tal momento, apesar de não depender das novas tecnologias, tem suas características potencializadas por elas, descansando atualmente nelas sua base operacional.

Somando a esta análise nosso prévio conceito de informação, conceituamos Sociedade da Informação como sendo o momento histórico económico-social em que a entidade intangível que é o objeto do processo comunicacional, isto é, a informação como conhecimento, é o meio e o fim das relações mercadológicas, pois ela se apresenta como recurso e como produto. Neste período, a informação é capaz de atribuir valor, que será cotejado de diferentes formas em diferentes contextos temporais, sendo que as relações (organizadas em rede), assim como a economia, passam a ter carácter global, cujas bases repousam nas novas tecnologias da informação.

10 "Além disso, a comunicação em rede transcende fronteiras, a sociedade em rede é global, é baseada em redes globais. Então, a sua lógica chega a países de todo o planeta e difunde-se através do poder integrado nas redes globais de capital, bens, serviços, comunicação, informação, ciência e tecnologia. Aquilo a que chamamos globalização é outra maneira de nos referirmos à sociedade em rede, ainda que de forma mais descritiva e menos analítica do que o conceito de sociedade em rede implica. Porém, como as redes são selectivas de acordo com os seus programas específicos, e porque conseguem, simultaneamente, comunicar e não comunicar, a sociedade em rede difunde-se por todo o mundo, mas não inclui todas as pessoas. De facto, neste início de século, ela exclui a maior parte da humanidade, embora toda a humanidade seja afectada pela sua lógica, e pelas relações de poder que interagem nas redes globais da organização social." Fonte: CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In A Sociedade em Rede Do Conhecimento à Acção Política. Portugal, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, p. 18.

3. A RELEVÂNCIA DA CONCEITUAÇÃO: ALGUNS USOS DA INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A conceituação de termos pode parecer apenas interessante do ponto de vista acadêmico, mas se revela muito importante em um aspecto prático. Os conceitos nos permitem analisar questões da vida diária com novos prismas, sendo exatamente o que este último capítulo busca demonstrar de uma forma apenas pincelada, pois seu estudo de maneira detida proporcionaria uma pesquisa exclusiva e mais extensa.

Considerando o conceito de informação para o estudo da Sociedade da Informação, que a contempla como produto final e recurso no processo produtivo, possuindo valor mercadológico real e potencial, a conclusão (ainda não expressamente adotada neste estudo, mas mesmo assim decorrente dele) é que o detentor dessa informação em massa possui muito poder, seja ele atual, na forma de recursos financeiros, ou potencial, em formas a se revelar.

Harari (2018, p. 108) trabalha muito bem essa relação. O autor tece considerações acerca dos gigantes dos dados — as grandes empresas detentoras de incontáveis dados, sobre incontáveis pessoas —, ponderando que seu sustento atual, realizado através da publicidade (venda de informações sobre consumidores para agregar valor às práticas de publicidade, que origina o consumidor de vidro (BIONI, 2019, p. 19)), pouco se compara ao poder que elas têm acumulado com esses dados para o futuro, que hoje são utilizados com finalidade menor e passageira.

Mesmo ao pensarmos no uso dessas informações nesse contexto “inocente” (perto das demais práticas que apontaremos) de manipulação, ela mesma se torna ameaçadora para além do consumismo. Voltando-nos ao sistema democrático, Harari (2018, p. 110) recorda o escândalo da Cambridge Analytica¹¹, demonstrando que, além da mera especulação, a democracia sofre real ameaça por esse poder alcançado por quem detém informação. A propaganda direcionada, as *fake news*, todas as formas empregadas para manipular as pessoas através da informação acabam por manipular o sistema “democrático”.

Para o autor, ainda, esses dados em um período futuro poderão propiciar a manipulação da vida orgânica ou a criação de vida inorgânica, além de outras possibilidades que sequer podemos imaginar. Esse poder — que em nossa pesquisa intitulamos como valor potencial da informação —, que parece até divino, diz Harari, está monopolizado nas mãos dos gigantes dos dados. E questiona: seria melhor conceder esses poderes (divinos) às organizações privadas ou às públicas? às empresas ou ao governo? Sua conclusão: a nenhum deles. A propriedade privada, do próprio titular dos dados, seria mais adequada (HARARI, 2018, p. 109-110). Em outras palavras, para o autor, a chamada autodeterminação informacional seria uma melhor opção.

Retomamos então mais uma ideia referenciada no início desta pesquisa. Mesmo a propriedade privada, enquanto expressão da autodeterminação informacional, parece inadequada à proteção da informação (em seu conceito aqui abordado), parecendo mais ade-

11 “Em março de 2018, uma reportagem do *The Observer* revelou que a empresa roubou os dados de 87 milhões de pessoas na rede social para influenciar resultados das eleições no País [Estados Unidos da América].” Fonte: ROMANI, Bruno. ‘As pessoas foram enganadas para dar algo valioso: seus dados’, diz Brittany Kaiser. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,as-pessoas-foram-enganadas-para-dar-algo-valioso-seus-dados-diz-brittany-kaiser,70003275070> Acesso em: 15 de maio de 2020.

quada, como a pesquisa de Sampaio (2019) nos leva a entender, uma proteção dela como um interesse metaindividual, pois seu uso inadequado, sua alocação em massa nas mãos de um ou outro, atingirá toda a coletividade, não sendo mais suficiente confiar sua proteção total a cada indivíduo. De outra forma, a Sociedade da Informação atual (apoiada pelas tecnologias) poderá colocar fim à democracia e dar início a um período de monopólio do poder (político, científico, genético, financeiro etc.) das gigantes da informação.

A temática foi abordada também por outros juristas, mas a doutrina ainda começa a desbravá-la. Pinho e Marca (2017, p. 287), ao abordarem a insuficiência da tutela individual para a proteção de dados atualmente, fundamentam a necessidade deste olhar coletivo, a priori, em questões voltadas ao consumo, exemplificando furto de dados ou o perfilamento para manipulação de consumo (prática anteriormente aqui referenciada como “consumidor de vidro”). Mas a verdade é que, como as ponderações de Harari indicam, os problemas vão muito além disso.

Caminhando um pouco mais à frente, Zanatta (2019, p. 202) trata da “coletivização da proteção de dados pessoais” (como chama), esclarecendo ser impossível exigir do titular dos dados a ciência de todas as relações comerciais firmadas, pois “a maioria dos dados que movem a economia digital não é cedida”. Para o autor, a maioria dos dados é tomada dos dispositivos ou inferida a partir de padrões.

Além disso, o autor destaca quatro elementos básicos para tal coletivização. O primeiro considera a possibilidade de se observar violação aos valores da sociedade, ou seja, para além do indivíduo. O segundo, a forma pela qual a proteção deve ocorrer, apontando como meio principal as ações civis públicas. O terceiro elemento visa à proteção do ambiente informacional, impondo às empresas e órgãos do setor público que tratam dados a obrigação de avaliar o impacto de suas atividades e adotar medidas para evitar ou minimizar os possíveis danos. O último elemento apontado pelo autor diz respeito a encarar a proteção de dados pessoais como questão coletiva de defesa do consumidor (ZANATTA, 2019, p. 203).

Além dos elementos básicos, Zanatta (2019, p. 2014) destaca uma especificidade da proteção de dados no Brasil e aponta um quinto elemento. Segundo ele, a coletivização da proteção de dados em nosso ordenamento jurídico há de ser intensamente marcada pela atuação do Ministério Público.

Zanatta considera eventuais ameaças a valores sociais, além de tratar das relações consumeristas, nos permitindo nos aproximar um pouco mais da proteção que o cenário pede, mas ainda não considera o quadro total. Sampaio (2019, p. 50) trata do uso da informação, destacando que ele pode, inclusive, influenciar resultados eleitorais. O autor demonstra que o perfilamento utilizado nas práticas de marketing pode também ser utilizado para manipular escolhas eleitorais, nos encaminhando, em um nível nacional, talvez à maior problemática a ser enfrentada pelo sistema de proteção de dados atualmente, como alguns escândalos já demonstram.

Cumprido esclarecer, neste sentido, que esta afirmação, mesmo que possivelmente seja catastrófica, também pode ser um alento diante de riscos ainda mais sombrios. Isso porque essa ameaça à democracia, embora grave, não é diretamente o maior problema a combatermos com relação ao uso da informação. Sampaio fala do emprego das informações durante o período nazista, em que a “eugenia positiva” (a fecundidade “racialmente superior”) foi

suportada por dados coletados pelo governo, além de outros exemplos igualmente preocupantes, notadamente quanto à perseguição de minorias e violação de direitos humanos (SAMPAIO, 2019, p. 25). Mesmo que a ameaça à democracia seja manifesta e iminente, já carente de embates, a esperança é que não se vá além disso, que não voltemos a violar os direitos humanos como outrora e que esta seja a maior luta a travarmos. Que mantenhamos, ao menos, nossa humanidade, em detrimento da incessante aurora tecnológica à qual assistimos todos os dias.

Assim, é imprescindível que compreendamos o valor da informação na sociedade atual para que possamos alcançar as conclusões como as adotadas por Harari e Sampaio. A conceituação de "informação" e "Sociedade da Informação" se faz necessária para revelar de forma mais clara este cenário, mas é apenas o ponto de partida. O uso da informação tem se tornado cada vez mais controverso, atendendo às agendas pessoais e empresariais, violando direitos humanos individuais e metaindividuais, suscitando a necessidade de normas suficientes a resguardar tal padrão de direitos.

4 CONCLUSÃO

Este estudo se propôs a analisar e estabelecer, através de pesquisa bibliográfica, conceito para a "informação" no contexto da Sociedade da Informação e, considerando este, alcançar um conceito para a própria "Sociedade da Informação", tendo em vista a inexactidão que assola esses termos inclusive na comunidade acadêmica, o que dificulta o estudo desse campo. A pesquisa propõe uma análise não exaustiva e o sucinto apontamento da importância dessa matéria, tendo em vista sua necessária brevidade.

Assim, foi analisado referencial teórico acerca do conceito de "informação", que permitiu conhecer a classificação de três principais significados atribuídos a essa palavra, sendo eles: "informação como processo", "informação como conhecimento" e "informação como coisa", com cada uma das características que os diferenciam. Além disso, estudamos a chamada Hierarquia da Sabedoria, que esclarece a diferença funcional dos conceitos de "dados", "informação", "conhecimento" e "sabedoria", bem como a atribuição de valor a cada um deles.

Em uma análise da literatura sobre Sociedade da Informação, verificamos que informação se trata de recurso e produto para a indústria, agregando a produtos e serviços real valor econômico. E tal valor, que lhe é atribuído, depende do fator tempo. Além disso, estabelecemos que a informação possui um valor em potencial, isto é, ainda a se revelar.

Diante desta base referencial, estabelecemos um conceito complexo de informação para a Sociedade da Informação e, agora, o transcrevemos para que, no intuito de resumir as informações, não percamos relevantes fatores apontados nele: Informação é para a Sociedade da Informação uma entidade intangível, objeto de um processo informacional, comunicativo, que, em sentido *lato*, acolhe dados, informações, conhecimento e entendimento, na medida em que cada um destes termos possui a mesma estrutura, apesar de suas diferentes funções. A informação é recurso e produto final no processo produtivo, considerando-se que é utilizada para a produção de mais informação, tanto quanto é o resultado dessa produção. Possui valor mercadológico, financeiro, de forma independente, decorrente de sua

capacidade de atribuir valor a produtos e serviços, o que pode ser aferido de formas diversas a depender do tempo de difusão. E possui um valor potencial, decorrente de seu uso futuro, ainda incerto na forma, mas certo no poder.

Diante disto, passamos à análise bibliográfica específica da Sociedade da Informação, no mesmo intuito de alcançar um conceito ao termo. Inicialmente, analisamos um breve contexto histórico que nos permitiu estabelecer que “Sociedade da Informação” referencia, inicialmente, a sociedade que tem a informação como produtora de valor econômico.

Considerando outras mais características que a doutrina reconhece à Sociedade da Informação, concluímos (e aqui novamente transcrevemos): Sociedade da Informação como sendo o momento histórico econômico-social em que a entidade intangível que é o objeto do processo comunicacional, isto é, a informação como conhecimento, é o meio e o fim das relações mercadológicas, pois ela se apresenta como recurso e como produto. Neste período, a informação é capaz de atribuir valor, que será cotejado de diferentes formas em diferentes contextos temporais, sendo que as relações (organizadas em rede), assim como a economia, passam a ter caráter global, cujas bases repousam nas novas tecnologias da informação.

Por fim, estabelecemos a importância de seu estudo, que se revela pelos incontáveis usos escusos que a informação pode e tem encontrado em nossa sociedade, concluindo que é necessário um novo marco regulatório para a Sociedade da Informação, supraindividual, para que ela não implique passos acerca dos quais, em que pese se arrepender, a sociedade nunca possa voltar atrás.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Luís Mira. *Economia tech: da indústria à sociedade da informação e do conhecimento*. Lisboa, Booknomics, 2008.
- ACKOFF, Russel. From Data to Wisdom. In *Ackoff's Best*, New York, John Wiley & Sons, 1999, p. 170 – 172. Disponível em: <http://faculty.ung.edu/kmelson/Documents/DataWisdom.pdf> Acesso em 08 de abril de 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro, Forense, 2019.
- BRANCO, Marcelo. Software Livre e Desenvolvimento Social e Económico. In *A Sociedade em Rede Do Conhecimento à Acção Política*. Portugal, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, p. 227-236.
- BUCKLAND, Michael K. Information as Thing. In *Journal of the American Society for Information Science*. Jun 1991; 42, 5, p. 351-360. Disponível em: [https://cmappublic.ihmc.us/rid=1KR7TY2LF-B4K41P-5SWT/BUCKLAND\(1991\)-informationasthing.pdf](https://cmappublic.ihmc.us/rid=1KR7TY2LF-B4K41P-5SWT/BUCKLAND(1991)-informationasthing.pdf) Acesso em: 07 de abril de 2020.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo, Paz&Terra, 2016.
- CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In *A Sociedade em Rede Do Conhecimento à Acção Política*. Portugal, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, p. 17-30.
- CRAWFORD, Susan. The Origin and development of a concept: The Information Society. In *Bulletin of the Medical Library Association*, oct 1983, p. 380–385. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC227258/?page=1> Acesso em 09 de abril de 2020.
- HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

HIMANEN, Pekka. Desafios Globais da Sociedade de Informação. In *Sociedade em Rede Do Conhecimento à Acção Política*. Portugal, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, p. 347-370.

KARVALICS, László Z. *Information Society – what is it exactly? (The meaning, history and conceptual framework of an expression)*. Budapest, 2007, p. 05. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.575.6057&rep=rep1&type=pdf> Acesso em: 15 de maio de 2020.

LOVELUCK, Benjamin. *Redes, liberdades e controle*. Petrópolis, Vozes, 2018.

MASI, Domenico. *A Sociedade Pós Industrial*. 4 Ed., Senac São Paulo, São Paulo, 2003.

MATTELART, Armand. *História da sociedade da informação*. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MARCA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda. Possibilidades e limites para a tutela da intimidade e da privacidade enquanto direitos meta-individuais. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017, p. 278-301. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/28492/20280> Acesso em 25 de maio de 2020.

ROMANI, Bruno. 'As pessoas foram enganadas para dar algo valioso: seus dados', diz Brittany Kaiser. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,as-pessoas-foram-enganadas-para-dar-algo-valioso-seus-dados-diz-brittany-kaiser,70003275070> Acesso em: 15 de maio de 2020.

ROWLEY, Jennifer. The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy. *Journal of Information Science*, v.33, n.2, p. 163-180, 2006. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0165551506070706> Acesso em: 08 de abril de 2020.

SAMPAIO, Vinícius Garcia Ribeiro. *Proteção de dados pessoais: da privacidade à tutela de interesses metaindividuais*. Dissertação (mestrado em Direito). Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2019.

SARACEVIC, Tefko. Ciência da informação: origem, evolução e relações. In *Ci. Inf.*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 41-62, jan./jun. 1996. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.eci.ufmg.br/index.php/pci/article/view/235/22> Acesso em: 09 de abril de 2020.

TAKAHASHI, Tadao (org.). *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. Disponível em: <https://www.ufmg.br/proex/cpinfo/cidadania/wp-content/uploads/2014/04/Livro-verde.pdf> Acesso em: 09 de abril de 2020.

WEBSTER, Frank. *Theories of the information society*. 3 ed. Nova York: Routledge, 2006.

ZANATTA, Rafael A. F. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais. *Revista do Advogado: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*, n. 144, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nov. 2019, p. 201-208.

Recebido/Received: 03.06.2020.

Aprovado/Approved: 12.10.2020.

O PAPEL DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NA CRISE DA DEMOCRACIA

THE ROLE OF NEW INFORMATION
AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES
IN THE DEMOCRACY CRISIS.

ELÍSIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS¹

CRISTINA PIRES TEIXEIRA DE MIRANDA²

DANIELA RODRIGUES DE NARDI³

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo geral investigar qual o papel a ser exercido pelas Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC's) em relação à crise pela qual atravessa a Democracia atualmente em alguns lugares do mundo, inclusive no Brasil. Terão elas influência positiva ou negativa? Que ideias podem ser implementadas para motivar uma relação saudável entre as NTIC's e a Democracia? Ao Direito, na qualidade de fonte garantidora dos Direitos Fundamentais, caberá papel relevante nessa indagação, eis que deverá atuar sobre as NTIC's para orientar suas práticas em busca de que possam atuar junto à redução do déficit democrático. A pesquisa ora desenvolvida tem caráter teórico-descritivo e viés qualitativo, que é proposto dentro de uma perspectiva crítica e reflexiva. Utiliza-se o método dedutivo, de procedimento histórico-comparativo e a técnica de pesquisa bibliográfica especializada no assunto pesquisado.

Palavras chave: Democracia. Crise. Novas Tecnologias de Informação e Comunicação. Importância.

ABSTRACT

The present study has the general objective of investigating the role to be played by the New Information and Communication Technologies (NICTs) in relation to the crisis that Democracy is currently going through

- 1 Doutor em Direito do Estado pela faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor em Direitos Humanos e em Teoria Geral da Constituição (Graduação) e em Teoria da Constituição no Centro Universitário do Estado do Pará-CESUPA. Coordenador do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais. Procurador do Estado do Pará. Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8183-5920>. E-mail: elisio.bastos@uol.com.br.
- 2 Mestranda do Programa de Pós-graduação Stricto Senso em Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos do Centro Universitário do Pará – CESUPA. Membro do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais. Advogada do Banco do Estado do Pará - BANPARÁ. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7884-2687>. E-mail: cristina-mrodriguesadv@gmail.com.
- 3 Comunicóloga - Publicitária e Propagandista pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Membro do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6891-9561>. E-mail: danydnard@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; MIRANDA, Cristina Teixeira de; NARDI, Daniela Rodrigues de. *O papel das novas tecnologias de informação e comunicação na crise da democracia*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 260-282, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.7968>.

in some parts of the world, including Brazil. Will they have a positive or negative influence? What ideas can be implemented to motivate a healthy relationship between NICTs and Democracy? The research now developed has a theoretical-descriptive character and qualitative bias, which is proposed within a critical and reflective perspective. The deductive method, of historical-comparative procedure and the bibliographic research technique specialized in the researched subject are used.

Keywords: Democracy. Crisis. New Information and Communication Technologies. Importance.

INTRODUÇÃO

A Democracia política vive, hoje, uma crise preocupante. Corre o risco de deixar de ser sem nunca, de fato, ter sido. Corre o risco de ser, ela própria, uma das promessas que não conseguiu cumprir. Sabe-se que a Democracia política, para além da representação, sempre esteve em crise, eis que os mecanismos deliberativos ainda não conseguiram uma efetivação razoável, especialmente em países como o Brasil, mas não apenas aqui. Não é dessa crise que o presente artigo tratará, muito embora seja ela bastante relevante.

Sabe-se, ainda, que para além do campo político a *déficit* democrático é ainda maior, pelo que os valores democráticos, em regra, gozam de reduzida influência em outros campos das relações humanas, tais como nas relações sociais, econômicas, de gênero, etc. Também não é desse relevante *déficit* que falaremos. Aliás, como bem nota Boris Fausto, nesse aspecto e no aspecto mencionado no parágrafo anterior é preferível o uso da expressão *déficit*, no lugar de crise democrática, porque essa última expressão poderia dar a ideia de um "objetivo que chegou a ser alcançado, em tempos passados, o que não é certo. Um dos elementos centrais do *déficit* diz respeito à qualidade do regime democrático, a seu conteúdo participativo [...]" (FAUSTO, 2004, p. A3).

A crise que aqui abordada será outra. Trata-se de uma crise que ameaça desconstruir a Democracia, inclusive, e, sobretudo, em campos onde, pensava-se, ela estava razoavelmente consolidada. Atualmente discute-se a utilidade da Democracia no alcance das promessas que ela, reiteradamente, descumpre.

Sim, porque em diversos lugares onde referido regime político gozava de certo nível de saúde já é possível identificar sinais de fraqueza. Seus elementos conceituais relevantes são moldados para que neles possa caber qualquer sistema de mediação entre a unidade do Estado e a multiplicidade dos atores sociais. Pessoas, com maior frequência e menor pudor, justificam práticas notadamente despóticas como necessárias à proteção dos ideais democráticos. O discurso do ódio é, regularmente, usado com a mesma finalidade. Não por acaso, ademais, algumas pesquisas relevantes demonstram que as pessoas nunca estiveram menos comprometidas com a Democracia nem mais receptivas a alternativas autoritárias do que estariam hoje, pelo que, efetivamente, a Democracia vem perdendo espaço e prestígio.

Assim, resta relevante saber se tais Novas Tecnologias poderão ser usadas como instrumentos de superação da crise pela qual passa a Democracia, ou, quem sabe, de agravamento de tal crise. Nesse aspecto, importante investigar se, no atual cenário de crise da Democracia e de extenso fluxo de dados e com uso das denominadas novas tecnologias ou

ferramentas de informação e comunicação, em que medida pode a Democracia ser influenciada? Ademais, como o presente trabalho assume seu compromisso com os valores democráticos, urge que se discutam alternativas para que tal relação seja profundamente positiva e frutífera, de modo que as NTIC's possam ser usadas como instrumentos aptos a reduzir referida crise e fortalecer as estruturas político-democráticas. Urge indagar-se qual o papel a ser exercido pelo Direito, nesse aspecto.

Evidente que a luta deverá ser não apenas pelo resgate da Democracia política ao seu *status quo ante bellum*, mas reconstruí-la, reduzindo seu déficit eis que uma boa dose da crise atual está plantada nas promessas que a Democracia não conseguiu cumprir, tem raízes em tal déficit, portanto. Déficit que é político, no que tange aos mecanismos de participação direta do cidadão, mas também é jurídico, social, cultural, econômico, de gênero, racial, etc.

Pois bem, o primeiro passo necessário para a concretização desse estudo é, precisamente, definir os marcos teóricos essenciais acerca da Democracia e da crise pela qual atravessa. Acerca disso versará o primeiro capítulo que terá em obras de Robert Dahl e Yascha Mounk suas principais fontes de pesquisa.

Em seguida, o segundo capítulo buscará fixar os alicerces conceituais necessários à compreensão dos efeitos que as NTIC's podem causar no exercício do jogo democrático. Serão fundamentais, para tanto, o estudo amparado por ideias cunhadas por importantes autores que elaboraram sérios e embasados estudos a respeito da referida temática, tais como Larry Diamond, Thomas Friedman, Farhad Manjoo, Cass Sunstein e Cathy O'Neil.

Ao final será o tempo e o lugar para que sejam analisadas algumas sugestões para que as NTIC's possam, à luz do Direito, efetivamente, servir como instrumento de redução da crise e, por que não, do déficit democrático? Os marcos doutrinários mais relevantes para a construção de tais sugestões são os lançados por Eduardo Magrani e Helbing *et al.* Usa-se, ademais, algumas experiências adotadas na União Europeia.

Assim, reconhecendo a importância da Democracia como um dos pilares do Estado de Direito e sua necessidade em um contexto sócio-político, o qual se tem remodelado com base nas mudanças percebidas dentro desses contextos, deve ter-se em mente que em um cenário globalizado novas mudanças estão surgindo, alterando rápida e significativamente a forma como as pessoas interagem entre si e compartilham sua vida com o mundo.

A relevância do conhecimento acerca de tais mudanças é um caminho de suma importância para reconhecer a maneira com que a tecnologia tem incidido dentro da esfera privada dos indivíduos, afetando, consideravelmente, a sua autonomia.

1. A DEMOCRACIA POLÍTICA: AS PREMISAS CONCEITUAIS QUE ESTÃO SE PERDENDO PELO CAMINHO E A CRISE DA DEMOCRACIA.

De início, importante esclarecer que o presente artigo tratará acerca da Democracia política, na qualidade, portanto, de regime político (em que pese suas necessárias implicações sociais, econômicas, culturais, de gênero, etc.), a concebendo, assim, lato senso, como um instrumento de mediação entre a unidade do Estado e a multiplicidade dos atores sociais (TOURAINÉ, 1996).

Importante esclarecer, ainda, à luz da necessidade de fixação das premissas conceituais, que o presente trabalho adota a linha classificatória e descritiva traçada por Lijphart que identifica dois grandes modelos globais de Democracia política: o majoritário (onde se governa de acordo com a maioria e se busca seu interesse sem se preocupar com a maximização do tamanho de tal maioria) e o consensual (onde a maioria é, tão somente, um requisito mínimo à Democracia, e, assim, busca ampliar-se a participação no governo bem como o consenso necessário nas decisões políticas que irão ser tomadas por intermédio de instrumentos que potencializem a inclusão, a negociação e o compromisso) (LIJPHART, 2019). A reflexão proposta pelo presente artigo serve a ambos os modelos.

Trata-se, a Democracia, ainda para fins do presente estudo, de um regime assentado no reconhecimento de determinados Direitos Fundamentais que servem de sustentáculo a seu efetivo exercício (DALH, 2001, p. 61/62). Nesse sentido, por exemplo, para a expressão da pluralidade faz-se necessário um direito que garanta aos cidadãos a liberdade de fala; para que o que os indivíduos possam ser devidamente esclarecidos, fundamental o Direito ao acesso à informação e à educação e, assim, sucessivamente.

Autonomia e liberdade revelam-se, por um lado, como pressupostos básicos do modelo democrático e, por outro, como resultado desejado de tal modelo. Quer isso dizer que a vontade livre do cidadão se revela como condição indispensável para o verdadeiro exercício democrático, mas, ao mesmo tempo, o exercício democrático deve proporcionar um fortalecimento da liberdade e da autonomia dos indivíduos, numa inesgotável relação de retroalimentação ou fortalecimento entre democracia, liberdade e autonomia.

Precisamente por compreender a Democracia, para fins do presente estudo, lembre-se, dentro dos aspectos revelados supra, é que se identifica e se adota os mesmos elementos objetivos (premissas conceituais) para um processo democrático de que trata Dahl. Ei-los: [a] participação efetiva, a qual consiste na possibilidade de todo participante político poder apresentar sua opinião sobre determinada política antes de sua implementação; [b] igualdade do voto, pelo que o voto de todos deve ter o mesmo peso; [c] entendimento esclarecido, ou seja, ter conhecimento a respeito de outras possíveis políticas e suas consequências; [d] controle do programa de planejamento, que consiste na decisão de quais questões deverão ser objeto de planejamento; e [e] inclusão dos adultos, que garante a observância do primeiro critério, mas em relação a cidadãos (DALH, 2001, p. 50).

Lembre-se que o respeito a esses critérios é importante para garantir a igualdade política, pelo que qualquer violação resultaria numa desigualdade que desvirtuaria o processo político-democrático. Assim, em resumo, tem a Democracia como preceitos principais: a

garantia de direitos fundamentais; a valorização individual; o respeito pela diversidade de ideias (GARCIA, 1997, p. 43), bem como a igualdade, a autonomia e a liberdade para decidir. Tais preceitos garantem ao modelo a coesão necessária para a sustentação de sua estrutura organizacional e uma real possibilidade de êxito no alcance de seu objetivo principal: a mediação (livre, plural e igual) entre o Estado e a multiplicidade dos atores sociais.

Desse modo, na visão dos autores do presente estudo, a Democracia surge como uma prática que, na existência de condições favoráveis, vai, de fato, permitir que os indivíduos participem livre e diretamente das decisões políticas postas em uma sociedade. De outra forma, a Democracia precisa retroalimentar o sistema, reforçando e ampliando tais condições favoráveis. Ou seja, dentro de uma sociedade, os indivíduos inseridos naquele contexto poderão participar, opinar e, até mesmo, contrapor-se, efetivamente, às questões políticas postas em pauta. Poderão estabelecer uma organização individual própria para fazer valer a participação de cada um.

Pois bem, não só no Brasil como em outras partes do mundo, esse é o modelo pretendido pelas Constituições de diversos países ao longo do Globo. Esse era o modelo que, até recentemente, era tido como o modelo ideal, a ser buscado pelos Estados Nacionais verdadeiramente comprometidos com ideais de liberdade, autonomia e igualdade.

Sucedem que, como identificado por alguns importantes autores, dentre os quais Yascha Mounk (2019), os indivíduos nunca estiveram menos comprometidos com a Democracia nem mais receptivos a alternativas autoritárias do que estariam hoje. Assim, a Democracia vem perdendo aliados. É certo que existem outras análises igualmente relevantes acerca de tal crise enfrentada pela Democracia, todavia, optou-se pela análise de Mounk como representativa da questão eis que registra uma correta análise acerca do movimento de retrocesso que a consolidação da Democracia vem sofrendo nos últimos anos ao longo de importantes países onde, até então, parecia não ter adversários legítimos.

Percebe-se, assim, claramente, que algo mudou sensivelmente, portanto, desde que Norberto Bobbio afirmou, ainda que com certo temor, que a Democracia não estaria sujeita aos perigos internos de onde poderiam derivar os extremismos de direita e de esquerda (BOBBIO, 2000, p. 49/50). Afinal, lembrava o autor, mesmo as promessas não cumpridas ou os obstáculos não previstos não teriam sido suficientes para transformar os regimes democráticos em autocráticos, pelo que o conteúdo mínimo do Estado democrático não teria encolhido.

Essa análise não mais se sustenta. De acordo com Mounk, cada vez mais a Democracia vem se desconsolidando e, no decorrer das décadas, o número de cidadãos que passaram a desconfiar de seus políticos vem aumentando consideravelmente, enquanto que a confiança nas instituições políticas se revela cada vez mais baixa (MOUNK, 2019, p.125).

Trata-se, como bem detecta Krastev de um verdadeiro paradoxo, eis que a Democracia teria atingido sua crise existencial no exato momento de seu triunfo global (KRASTEVEV, 2020). Sim, porque enquanto a Democracia é percebida como a melhor forma de governo pela maioria das pessoas no mundo, as pesquisas de opinião indicam que as pessoas que vivem em regimes autoritários têm mais chances de acreditar que sua voz é importante no processo de tomada de decisão do que as pessoas que vivem nas democracias.

Não apenas na América do Norte, como também na Europa Ocidental, a expectativa dos eleitores acerca do destino da Democracia é preocupante, visto que a população se vê em um

cenário de imprevisibilidade acerca das ações do governo. Mas, deve ser enfatizado que essa desilusão popular não se deu de maneira incoerente e tampouco fortuita. Yascha Mounk, por exemplo, cita que nos Estados Unidos, por exemplo, o episódio "Massacre de sábado a noite" do escândalo de Watergate, e que mobilizou o impeachment do presidente Richard Nixon, abalou significativamente a confiança dos estadunidenses em seus representantes políticos (MOUNK, 2019, p. 125).

Infelizmente, os escândalos políticos foram tornando-se cada vez mais frequentes em todo o globo, notadamente os vinculados a episódios de corrupção, desvios de recursos públicos, violação de direitos dos cidadãos por parte do Estado e as imprevisíveis possibilidades de guerras entre países. Corrupção, moralização social, securitização social, emergência do combate ao terror, vigilância generalizada são importantes elementos (BOLZAN DE MORAIS, 2018, p.876-903) que passam a compor e definir o Estado e as relações sociais.

Tudo isso motivou a crescente crise democrática, demonstrando que as pessoas estão cada vez menos otimistas em relação a esse regime político, tornando-se mais abertas a regimes autoritários.

Ocorre, ainda, perda e, assim, enfraquecimento conceitual dos elementos fundamentais que caracterizam um regime democrático. Nesse sentido, por exemplo, há diversas manifestações que se proclamam "em favor da Democracia", mas que, em verdade, fundam-se na absoluta fragilidade ou desconsideração de um, alguns ou, até mesmo, de todos os elementos objetivos que caracterizam o processo democrático, como, por exemplo, nas manifestações que apoiam o uso das Forças Armadas ou o fechamento das Cortes Constitucionais como medidas a serem adotadas para proteger a Democracia.

Mas porque isso acontece? Porque especialmente os jovens estão rendendo-se a ideologias antidemocráticas ao invés de defenderem a revitalização das instituições políticas enquanto pilares da democracia? Mounk (2019) explica que muito disso decorre da falta de conhecimento acerca das consequências que a ausência da Democracia traz aos indivíduos e de como seria viver em um sistema político sem garantias Constitucionais.

Se observarmos o que a história nos mostra, as lutas sociais para a conquistas das Liberdades Públicas foram um passo importantíssimo para limitar o poder do Estado sobre a vida das pessoas e, conseqüentemente, evitar a tirania dos governantes, de modo a proteger as pessoas do próprio Estado. No entanto, em se tratando de uma geração que não vivenciou o fascismo e tampouco conhece as turbulências de se estar inserido em um cenário político ameaçador, de alguma maneira faz com que esses indivíduos favoreçam a relativização de regimes autoritários, tornando real a possibilidade de uma experimentação política, uma vez que a democracia não parece mais ser a única opção. Desconhecem a cheiro da pólvora por jamais terem estado em guerra.

Seja como for, é certo que para a Mounk (2019) uma parcela crescente dos cidadãos vem apresentando visão negativa acerca da Democracia ou acredita que ela não seja particularmente importante. Como se pode perceber também no cenário atual brasileiro, uma parcela menor, porém, crescente de modo acelerado, está aberta a alternativas autoritárias, com déspotas ou militares no poder, numa evidente demonstração de crise na Democracia, seus pressupostos e em suas instituições, até pouco tempo atrás tidas por estáveis.

A Democracia, assim, está em crise e essa crise, sobretudo, é uma crise ligada a uma profunda crise de desempenho (MOUNK, 2019) oriunda de diversas promessas não-cumpridas, e essa crise, evidentemente, é explorada por diversos setores.

Bobbio aponta, acertadamente, seis de tais promessas, a saber: 1) O empoderamento do indivíduo; 2) A proibição do mandato imperativo; 3) A derrota das oligarquias; 4) O exercício para além da fronteira política, com sua atuação em espaços não políticos nos quais se exerce um poder que toma decisões vinculatórias para um inteiro grupo social; 5) de eliminação do Poder Invisível, tal como o poder exercido pela máfia, milícia, crime organizado, etc. e, finalmente, 6) A educação para a cidadania, que possibilitasse o exercício de uma cidadania eminentemente ativa (BOBBIO, 2000, p. 34/45).

Nesse contexto, outras formas de pensar a organização coletiva parecem ganhar força e o regime democrático e, o que é pior, seus valores, veem-se ameaçados. Muitas pessoas perguntam-se por que insistir na Democracia se ela não atende mais (ou definitivamente?) aos anseios da sociedade, se os agentes políticos não representam e nem concretizam os interesses daqueles que os elegeram? A crise atual da Democracia é, assim, a crise (ou a desistência) dos valores que ela representa e pretende fortalecer, dentre os quais os Direitos Fundamentais, a liberdade, a autonomia e a igualdade.

Pois bem, em meio a essa crise de legitimidade democrática, é possível uma nova roupagem para a Democracia que se utilize das NTIC's para transformá-la numa nova Democracia digital? No atual cenário de crise da Democracia e de extenso fluxo de dados e com uso das denominadas NTIC's, em que medida pode a Democracia ser influenciada? É o que se pretenderá responder adiante.

2. AS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E A DEMOCRACIA: PARA ONDE O PÊNULO PENDERÁ?

Para Castells, o cerne da transformação vivida no cenário atual refere-se às tecnologias de processamento de informação e comunicação. Segundo o autor:

[...] a tecnologia da informação é para esta revolução o que as novas fontes de energia foram para as revoluções industriais sucessivas, do motor a vapor á eletricidade, aos combustíveis fósseis e até mesmo á energia nuclear, visto que a geração e a distribuição de energia foram o elemento principal na base da sociedade industrial (CASTELLS, 2019, p. 88).

Pois bem, a evolução das tecnologias de informação e comunicação, desde a prensa, o telefone, a televisão e, finalmente, o computador culminou, até esse momento, com as chamadas Novas Tecnologias de Informação e Comunicação – NTIC's, que foram impulsionadas pela expansão do uso da internet. Entende-se, então, por NTIC's todos os dispositivos eletrônicos digitais que permitem a comunicação entre os indivíduos em tempo real, em alta velocidade e com alto fluxo de informação.

Nesse sentido, é comum identificar posições antagônicas acerca do papel (a ser) exercido por tais NTIC's no sistema democrático. De uma perspectiva otimista até uma perspectiva sombria, os autores divergem sobre a possibilidade do uso de tais tecnologias em benefício dos instrumentos democráticos.

Runciman esclarece que de início se acreditava que com o advento de uma única rede em que se poderiam conectar pessoas, objetos, ideias e informações, a Democracia ganharia força, tornando-se, o grande fluxo constante de informações, um poderoso aliado dos ditames democráticos. Isso, de fato, é possível, mas está longe de ser um efeito inexorável (RUNCIMAN, 2018, p. 154).

Larry Diamond (2012) chega ao ponto de denominar essas novas tecnologias de "tecnologias da libertação" (compostas por qualquer forma de Tecnologia da Informação e Comunicação (TICs) que possa expandir a liberdade econômica, política e social, o que envolveria, atualmente, as formas digitais de TIC - computador, internet, celulares, Mídias Sociais...), em face do empoderamento que dariam ao cidadão e à sociedade civil para facilitar a comunicação independente, expor opiniões, mobilizar protestos, monitorar eleições, fiscalizar o governo e outras formas de atingir a liberdade. Importante amostra de tais movimentos de libertação podem ser encontrados na "Revolução Verde" no Irã, na "Primavera Árabe" no Oriente Médio e Norte da África, no *Occupy Wall Street*, *Black Lives Matter* nos EUA e, no Brasil, na mobilização em favor da meia-passagem e demonstram que, de fato, a NTIC's gozam de relevante potencial para reduzir o fosso comunicacional entre os *insiders* e os *outsiders*.

Friedman (2014), por seu turno, chegou a imaginar que a democratização e difusão da revolução e universalização das novas tecnologias, que saíram dos computadores das Elites para os Smartphones das pessoas, faria nascer uma nova força política global, maior e mais importante que os "Homens de Davos". Nesse sentido, esclareça-se que a expressão "Davos Men" foi cunhada por Huntington (2004) para identificar uma "superclasse" global, emergente do Fórum Econômico Mundial de Davos, elite cosmopolita e transnacional, formada por alta tecnologia, finanças, multinacionais, acadêmicos e ONGs e que tinham "pouca necessidade de lealdade nacional" e mais em comum entre si do que seus concidadãos.

Pois bem, a essa força maior e mais importante que os "Homens de Davos", Friedman (2014) denominou de "Square People". Tais pessoas da praça representariam uma diversidade de políticas e que demandariam um novo tipo de contrato social. Lutariam para que sua voz fosse, cada vez mais, ouvida. Lutariam, ainda, por melhores escolas, estradas e um melhor Estado de Direito. Elas demandariam pela possibilidade de um futuro melhor e de ter suas vozes amplificadas.

Em visão mais cética Runciman prevê que a dependência dessa nova tecnologia nos transformaria em alvo fácil para sermos explorados. Quem nos iria escravizar não seriam os robôs assassinos, mas sim indivíduos inescrupulosos capazes de usar tal tecnologia em seu benefício. Arremata, alertando que em terra de dependentes da tecnologia, quem navega com esperteza seria rei, como demonstrariam as fake News e o microdirecionamento de mensagens aos eleitores (RUNCIMAN, 2018, p. 134).

Krastev (2020), por seu turno, salienta, corretamente, que as NTIC's tem o poder de aumentar, drasticamente, a capacidade de controle social dos governos, pelo que o autoritarismo de big data seja capaz de compensar uma das principais deficiências dos regimes

autoritários à moda antiga: a falta de informações relevantes sobre o que está acontecendo na sociedade.

Também preocupado, Manjoo (2016) aduz que antes de ficarmos entusiasmados com tais mudanças, deveríamos ficar nevosos com ela, eis que a internet teria afrouxado nossa compreensão coletiva da verdade, o que se revela como sendo uma tendência desanimadora, aduzindo que as Mídias Sociais se teriam tornado uma força cultural e política cada vez mais poderosa, a ponto de seus efeitos começarem a alterar o curso dos eventos globais.

O autor identifica, como possível circunstância a favorecer a instabilidade política por intermédio do enfraquecimento das instituições políticas, o advento da internet e das mídias sociais, eis que possibilitaram a propagação de novas fontes de informação, enfraquecendo significativamente o pilar da teoria hipodérmica da comunicação: os meios de comunicação de massa (MANJOO, 2016).

Nesse sentido, a transformação na comunicação é tamanha que, atualmente, jornais, rádios e televisões (pilares da teoria hipodérmica da comunicação) agora também utilizam a comunicação baseada na internet, em sua produção ou difusão, numa verdadeira revolução também incidente sobre os padrões de leitura de tais informações, que não apenas fazem das grandes mídias cada vez menos relevantes eis que reféns das Gigantes de Tecnologia (especialmente Google, Facebook e Amazon) que, assim, assumem, agora o papel outrora exercido pela grande mídia, ou seja de verdadeiros *gatekeepers das informações*, mas, o que pode ser mais preocupante, fazem-nas (nos) reféns dos valores de tais gigantes (FOER, 2018, p. 137).

Para ter-se uma ideia, estima-se que entre os estadunidenses, 62% leem notícias a partir das mídias sociais, notadamente o Facebook, e não pela página principal dos grandes veículos de comunicação, sendo que um terço do tráfego que chega aos sítios de tais veículos de comunicação vem do Google (FOER, 2018, p. 25/16).

Seja como for, com o advento da internet em um novo cenário comunicacional, tornou-se cada vez mais possível inserir o indivíduo comum em um papel de liderança diante da elaboração de conteúdos digitais.

O indivíduo, assim, teria deixado de ser um mero receptor e passado a ser o próprio emissor da mensagem, produzindo conteúdos que são capazes de influenciar milhares de outras pessoas, deixando, com isso, de ocupar, apenas, o polo passivo no processo de comunicação. A comunicação deixou de ser de um para poucos ou mesmo de um para muitos (como nas mídias de comunicação em massa), para tornar-se de muitos para muitos (MOUNK, 2019, p.172/173), ou seja, vários indivíduos que produzem informação e ao mesmo tempo recebem informação e, assim, perde-se grande parte de sua capacidade de controlar a disseminação de ideias ou mensagens que repercutem entre pessoas comuns.

Não há mais o monopólio do conteúdo informacional pelas mídias tradicionais, muito embora possa (e deva) ser dito, como mencionado supra, que uma considerável parte desse poder passou para as mãos das grandes empresas de tecnologia. Sim, porque todo esse conteúdo informacional passará, necessariamente (e isso está longe de ser desimportante para fins da autonomia informacional), por algum crivo ou controle dos novos *gatekeepers*, mas a eles (indivíduos) será dado o poder de produzir o próprio conteúdo que se deseja ver

disseminado. Agora, qualquer indivíduo pode produzir conteúdo e difundi-lo para um número infinito de pessoas, em qualquer lugar do mundo, inclusive os próprios políticos.

Nesse sentido, é cada vez mais comum que os Parlamentos sejam ocupados pelos assim denominados parlamentares *digital influencers* ou *Youtubers*, onde a cultura do compartilhamento "em tempo real", da suposta informalidade e da propalada proximidade, procura transformar os eleitores em seguidores, fidelizando-os. Essa relação direta entre políticos e eleitores-seguidores, por exemplo, torna anacrônicos alguns institutos ou práticas políticas consagrados pelo tempo, como é o caso do Direito de Antena e da máxima, aplicada em muitos Parlamentos, que afirma que a oposição seria plateia e o governo, placar: hoje, quase todos jogam para seduzir ou encantar, de modo bastante performático, suas plateias.

Essa nova possibilidade (poder de produzir o próprio conteúdo) gerada pelas NTIC's, esse controle realizado pelos novos *Gatekeepers*, essa carência de letramento digital, esse controle realizado pelo Grande Irmão, enfim, todos os novos desafios (que residem em velhos problemas) trazem um ambiente ainda fragilmente tutelado e regulado sendo palco de conflitos no que toca aos Direitos Fundamentais e à Democracia, as duas principais medidas utilizadas para aferir-se a legitimidade do Poder Político. Assim, as NTIC's terão influência direta sobre o Direito e sua tentativa de regular as relações sociais e políticas.

Outro importante fator causado pelas NTIC's é a "mudança da janela de Overton", de que nos fala Clay Shirky, conforme salienta Manjoo (2016). Referida janela é expressão cunhada por Joseph Overton, para descrever a variedade de assuntos que a grande mídia considera publicamente aceitável discutir. Pois bem, desde o início dos anos 80 do século XX até o passado muito recente era considerado imprudente que os políticos defendessem pontos de vistas considerados, pela maioria, como fora do *mainstream*, coisas como apelos explícitos ao preconceito racial.

Precisamente por isso, ressalta Shirky, conforme salienta Manjoo (2016), o etnonacionalismo branco foi mantido sob controle. Assim, a ignorância pluralista teria feito com que grupos de pessoas portadoras de pontos de vistas ofensivos, fossem contidos por não sabermos quantos outros compartilhavam suas opiniões. Graças às NTIC's puderam ver que não estavam sozinhas. Puderam manifestar seus pensamentos *on line* reforçando sua deturpada visão de mundo e, em seguida, entrar no *mainstream*.

Nesse sentido, alcançar tais grupos (e seu entusiasmo e energia) também se tornou objetivo de diversas figuras, tidas por *outsiders*, que, de uma hora para outra, deixaram a irrelevância ou a inexpressividade (Trump, Bolsonaro, Jörg Haider, Geert Wilders, etc.) para alcançar cargos políticos relevantes e expressivos, reconhecendo e fazendo uso da energia e entusiasmo de tais grupos. Aqui, não podemos deixar de lembrar a correta e precisa observação de Krastev (2020) no sentido de que os novos autoritários acabaram sendo os maiores beneficiários da onda de protestos da última década, tendo, ainda, contribuído para a influência declinante das ONGs como agente de mudança social e política.

Mas não é só. A fragilidade da crença cega no poder democratizante das NTIC's é ainda maior. sim, porque a relação entre NTIC's e a Democracia é influenciada pelo fenômeno da curadoria de informações. Nicholas Negroponte, citado por Sustain havia previsto que, alguns anos após 1995, seria possível que as pessoas obtivessem acesso a notícias extremamente personalizadas, de modo a só receberem o que elas considerassem importante (SUNSTEIN,

2017, p. 1). Tal jornal personalizado seria um "Daily Me", um jornal pessoal e único. Tal previsão, de certo modo, já está presente na arquitetura da internet atual.

O *Daily Me* que as redes sociais podem promover não é montado pelo usuário. Os algoritmos sabem muito da vida das pessoas por meio de seu histórico e padrão de navegação. Por meio da análise da correlação entre o que as pessoas fizeram antes, com bastante acurácia, podem prever o que as pessoas irão gostar de fazer (ou o que farão ou o que estarão propensas a fazer se tiverem o devido incentivo) a seguir (O'NEIL, 2016, p. 77) e, assim mostrar a tais pessoas, nas redes sociais ou mecanismos de busca, dados que correspondem às suas opiniões, ou às opiniões que se revelem convenientes para fins de vendas (de produtos ou pessoas) (O'NEIL, 2016, p. 188/191).

Este fenômeno é chamado por Sunstein de "Arquitetura do controle" (SUNSTEIN, 2017, p. 1). Afinal, esta seletividade do que pode ou deveria ser visto por alguém, que condiciona as pessoas em uma "câmara de eco" e ao *Daily Me*, está longe de ser natural, pois é fruto de um controle minucioso e milimetricamente personalizado.

Destaque-se, ainda, conforme alertam HELBING *et al.* (2017), algumas plataformas de software estão movendo-se em direção à "computação persuasiva", pelo que em um futuro próximo (ou presente?), usando tecnologias sofisticadas de manipulação, essas plataformas poderão guiar-nos por cursos de ação inteiros, pelo que a tendência não seria mais a programação de computadores, mas sim a programação de pessoas.

Alerta, nessa mesma linha, ademais, que talvez ainda mais significativo seja o fato de que métodos manipulativos mudam a maneira como tomamos nossas decisões, pelo que o uso em larga escala de tais métodos poderá causar sérios danos sociais, eis que tais tecnologias manipulativas restringiriam a liberdade de escolha, a qual estaria desaparecendo lentamente, mas com certeza - de fato, devagar o suficiente para que tenha havido pouca resistência da população até agora (HELBING, *et all.*, 2017).

Aliás, a "câmara de eco" e a polarização também se revelam como importantes fenômenos oriundos das (ou incrivelmente potencializados pelas) NTIC's. O fenômeno da "câmara de eco" nem chega a ser percebido em razão de uma suposta liberdade na circulação de dados, mas que é marcado pelo advento da inserção do cidadão em uma falsa realidade em sua "bolha virtual", acreditando que suas concepções de mundo são universais. Como resultado, o "outro" resume-se a um estereótipo e é facilmente caracterizado como inimigo – uma verdadeira polarização.

Essa conjuntura é prejudicial à Democracia na medida em que o indivíduo é direcionado a manter seu entendimento e não repensar, mantendo uma postura passiva e direcionada a rechaçar aqueles que tenham qualquer discordância com seus ideais – sem qualquer possibilidade de admissão para integração, sem exercer-se a tolerância e a alteridade.

A questão é ainda mais complexa em face do seguinte paradoxo: de um lado, a necessidade de proteger o cidadão da indevida apropriação do fluxo de seus dados pelas empresas privadas; e de outro, a excessiva proteção da intimidade pode resultar na lesão ou mitigação dos interesses públicos de segurança e eficácia, bem como de desenvolvimento econômico da sociedade. Aqui, como será visto, mister que que o Direito escolha um lado.

A complexidade pode ser identificada, ainda, no fato de que a tecnologia tem se desenvolvido em uma rapidez importante nos últimos anos. Aparelhos eletrônicos como smartpho-

nes são interligados a dispositivos digitais pessoais com o intuito de tornar a vida humana mais prática e, de fato, a deixam.

A exemplo disso temos os aplicativos de mobilidade por GPS, sugestões de amizade no Facebook (sobre pessoas que possivelmente podemos conhecer), e anúncios que reconhecem nossos interesses e que invadem nossa tela de computador. Tudo isso parece óbvio quando olhado sobre a óptica do dia-a-dia. No entanto, o que pouco se reconhece acerca desses exemplos é que se trata de mecanismos com um incrível potencial de persuasão.

As mudanças drásticas percebidas conforme os avanços tecnológicos se desenvolvem, demonstram a inserção desses meios no cotidiano dos indivíduos de maneira a qual se tornou praticamente impossível deles se desvincular. A sociedade está cada vez mais dependente dos meios digitais de comunicação, uma vez que, estar inserido nesse meio não é mais opcional ao indivíduo. Desta forma, as NTIC's tornaram-se não apenas uma ferramenta de trabalho, como modificaram, de modo importante, as relações interpessoais.

A exemplo disso temos o surgimento dos aplicativos de mensagens diretas, como WhatsApp, que se tornaram uma fonte indispensável de comunicação, tornando a vida humana mais prática. Assim, o advento de novas técnicas que permitem uma maior comodidade e praticidade facilmente é acatado pela sociedade pós-moderna, caracterizada pela sua vivência em um mundo globalizado, onde informações são repassadas em uma grande velocidade ao redor de todo mundo (HALL, 2011).

Até mesmo políticas públicas já estão sendo implementadas tendo como base esses recursos digitais para gerenciar e impulsionar comportamentos na sociedade. São os chamados *nudges* que, de acordo com Sunstein (2017) seriam, em teoria, sutis incentivos ou desencorajamentos (podendo, ainda, assumir a forma de permissões e proibições, a depender do caso) por parte da Administração Pública, para orientar as pessoas a determinadas direções, sem impedi-las (em tese), todavia, de seguir outro caminho.

Para o autor, os *nudges* não se tratam de regras normativas que obrigam as pessoas a moldar seu comportamento pela coerção, mas sim, estratégias que direcionam as pessoas através de incentivos, permitindo a liberdade de escolha dos mesmos para decidir cumprir com aquela orientação ou não. Sunstein demonstra exemplos práticos de como os *nudges* circundam o nosso cotidiano:

Na vida diária, um GPS é um exemplo de *nudge*; da mesma forma é um aplicativo que informa ao usuário quantas calorias foram ingeridas ao longo do dia anterior; igualmente é com a mensagem de texto, que informa aos clientes que uma conta é devida ou que uma consulta médica é agendada para o dia seguinte; um despertador também é; o mesmo ocorre com inscrições automáticas para planos de pensões e aposentadorias; com as configurações padrão em computadores e telefones celulares; assim é o sistema para pagamento automático de contas de cartão de crédito e hipotecas (SUNSTEIN, 2017, p. 1026).

Quando falamos de intervenções dentro do ciberespaço, a implementação de estratégias mercadológicas de comunicação não têm limites. Ou seja, cada vez mais, o acesso frequente de usuários das NTIC's tem deixado rastros de suas atividades, interesses e necessidades, o que serve com bastante propriedade, por exemplo, às empresas que querem vender seus produtos (ou pessoas) atingindo em cheio o consumidor ideal. A própria publicidade tem

acompanhado as peculiaridades das novas tecnologias, adequando-se aos formatos que permitem emitir mensagens cada vez mais direcionadas aos indivíduos que são enxergados não apenas como usuários na rede, mas sim, como consumidores em potencial.

De acordo com Magrani, estamos diante de um mundo tecnorregulado, ou seja, um mundo o qual as regras da tecnologia, bem como a sua arquitetura interna e o seu *design*, vão condicionar as ações humanas aos códigos previamente programados (MAGRANI, 2019, p. 251/259). Desse modo embora possa haver a sensação de que os usuários estão em pleno exercício de sua liberdade ao “navegarem na web”, a uma grande chance de estarmos, em verdade, totalmente limitados aos propósitos comerciais desses dispositivos. Trata-se de um cenário de mercantilização dos dados pessoais.

De forma imperceptível, disponibilizamos o registro de nossas atividades e dados pessoais ao próprio sistema da plataforma, que utiliza esses dados para fins publicitários e comerciais de empresas que também se encontram naquele meio com o intuito de vender produtos, pessoas e serviços.

Por exemplo, se um usuário do Facebook decide realizar uma pesquisa no Google sobre um tipo de acessório muito específico que pretende comprar futuramente, imediatamente inúmeros anúncios publicitários referentes ao objeto em questão, irão cercá-lo nas suas outras mídias sociais, como o Facebook e Instagram.

Por vezes, podemos ignorar ou até mesmo não repensar as problemáticas existentes por trás de um simples anúncio. No entanto, a interconectividade entre as plataformas digitais (Google, Facebook, Instagram, e até mesmo Whatsapp), tem apresentado um sistema de mercantilização, no que se refere ao uso dos dados pessoais dos usuários, com propósitos totalmente comerciais. Eleições no mundo já formam (e, provavelmente, ainda serão) decisões com base em tais dados, suspeita-se fortemente.

Isso demonstra o quanto estamos reféns dos algoritmos que compõem a arquitetura (ou o *design*) dessas plataformas digitais, uma vez que não foi necessário ao usuário do exemplo anterior, solicitar por conta própria as sugestões dos anúncios, mas, simplesmente, este foi condicionado a receber todo esse disparo de conteúdo a partir do momento que adentrou aquela rede, concordando com os termos de uso e política de privacidade próprias da mídia em questão. Assim, a tecnorregulação por *design* acarreta um grande risco de autoritarismo e de paternalismo, segundo Pagallo, por elas retirarem a autonomia por parte das pessoas, ao tornar virtualmente impossível a conduta infringente ao comportamento desejado pela regra (PAGALLO, 2015, p. 161-177; FLORIDI, 2015, p. 173).

Sendo assim, até que ponto se pode ignorar estas medidas impostas pela tecnologia, uma vez que, o uso corriqueiro das mídias sociais se tornou uma prática que não pode mais ser considerada como opcional? Os indivíduos deverão acatar a essas regras como condição preponderante para o uso desses meios de comunicação, mesmo que isso venha a ferir diretamente seus direitos Constitucionais? Onde fica a intervenção do Estado de Direito enquanto meio garantidor dos direitos dos cidadãos?

Ora, como visto, o movimento das NTIC's sobre a Democracia é pendular, podendo oscilar entre a atuação positiva e o atuar de modo a fragilizar as estruturas democráticas. Há potencial para inclinação para ambos os lados, portanto. É preciso escolher, pois.

Assim, se a democratização dos meios de comunicação acarretou um potencial empoderamento dos indivíduos no que tange à possibilidade de recepção e propagação de ideias opositoras ao governo e à grande imprensa, transformando “fundamentalmente as condições estruturais da comunicação” (MOUNK, 2019, p.172). Se, todos os dias, milhares de pesquisas, comentários e “curtidas” são registrados entre os usuários nas redes, não apenas como uma forma de interação prática no ciberespaço, mas como um movimento virtual que permite construção e desenvolvimento de debates sobre temas sociais e políticos, capazes de mobilizar pessoas de maneira quase instantânea em prol de um interesse comum.

Se, por exemplo, durante as eleições presidenciais do Brasil ocorridas em 2018, a possibilidade explícita do então candidato Jair Bolsonaro ser eleito mobilizou diversos eleitores a protestarem contra algumas posturas por ele adotadas gerando o movimento que conseguiu mobilizar mais de 1 milhão de integrantes em menos de 2 semanas, possibilitando manifestações por todo o Brasil por intermédio da #ELENÃO!⁴, considerado por alguns como o maior ato político de mulheres da história do Brasil.

Se tal episódio reforça a tese exposta por Mounk (2019) no sentido de que as redes sociais possibilitaram a inserção dos indivíduos em posições de liderança em se tratando de questões sociais e políticas, o que atenuou consideravelmente as antigas limitações estabelecidas pelos meios de comunicação de massa, pelo que indivíduos comuns passaram a ser produtores de conteúdo com potencial para se tornarem influenciadores em grande escala, sem que seja necessário apostar em um alto investimento para utilização dessas plataformas.

Apesar disso tudo, revela-se, igualmente, como verdadeiro o fato de que as NTIC’s podem ser capturadas pelas forças antidemocráticas e, assim, servir para enfraquecer a Democracia, como já se viu, supra. Mister, portanto, análises responsáveis e cuidadosas para embasar práticas éticas comprometidas com os valores democráticos. Mister, ademais, a adoção e o fomento de um conjunto de ações que poderão fazer o pêndulo repousar do lado favorável à Democracia. Abaixo serão vistos alguns.

3. COMO PODE O DIREITO FAZER O PÊNDULO REPOUSAR EM FAVOR DA DEMOCRACIA?

Como visto supra, o surgimento da internet possibilitou a inserção dos indivíduos nas redes, democratizando o uso das plataformas digitais. No entanto, como também já visto, embora seja notável o grande avanço tecnológico como ferramenta para o desenvolvimento da própria sociedade, há problemas centrais que podem ser observados acerca dos processos de uso desses meios pela sociedade civil. Portanto, enquanto que os novos meios de comunicação possibilitaram uma inclusão popular por um investimento significativamente menor que os meios de comunicação de massa, o Estado e a sociedade precisarão desenvolver mecanismos para forçarem que as NTIC’s atuem de modo democrático ou para ofer-

4 EXAME. “Mulheres Unidas Contra Bolsonaro” tem 1 milhão de membros no Facebook. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/mulheres-unidas-contra-bolsonaro-tem-1-milhao-de-membros-no-facebook/>. Acesso em: 15 dez. 2019.

tar meios que possibilitem o indivíduo-eleitor a desenvolver seus próprios mecanismos de defesa e proteção perante o uso indevido de tais Novas Tecnologias.

Nesse sentido, conforme o que foi exposto, podemos identificar um paradoxo contemporâneo: as NTIC's trouxeram a possibilidade de democratização informativa e de comunicação por intermédio das plataformas digitais, ao mesmo tempo em que, têm violado Direitos Fundamentais referentes, dentre outros, à liberdade, à privacidade, à propriedade dos dados pessoais, notadamente os sensíveis e à autodeterminação informacional.

A delicadeza da questão também é acentuada por Magrani, quando afirma estarmos diante de um mundo regulamentado por técnicas não normativas advindas da tecnologia. Portanto, entendendo que a arquitetura digital impõe, sutilmente, a naturalização de práticas abusivas dentro das plataformas digitais, tais como a mercantilização de dados pessoais e censura ilegal, percebe-se que ela possui regulamentação própria, que não apenas atua de maneira arbitrária ao Direito, como compete diretamente com ele (MAGRANI, 2019, p.252).

Magrani baseia-se nas concepções de Bingham em sua obra *Rule of Law*, acerca do papel do Estado de Direito em um mundo tecnorregulado, e afirma:

[...] existe hoje uma discrepância entre o papel que o Estado de Direito deveria representar nas sociedades contemporâneas, e o recrudescimento da prática de tecnorregulação dos cidadãos realizadas em plataformas digitais, englobando seus produtos e serviços aos usuários (MAGRANI, 2019, p.253).

Portanto, questão relevante referente ao exposto, dá-se pelo fato de que os novos *Gatekeepers* da Comunicação e Informação estão criando regulamentações que seguem seus próprios interesses comerciais, fomentam seus próprios valores, limitando e condicionando os usuários à sua estrutura e valores. Ou seja, estamos cada vez mais propensos às regras da tecnologia, como algo que se está sobrepondo ao próprio Direito, o que diminui consideravelmente o potencial da esfera pública e do Estado de Direito dentro do ciberespaço. É quase como se não houvesse legitimidade ao Direito em interferir nas regras da tecnologia. É uma linha imaginária que separa o Direito (dos humanos) ao universo tecnológico (das máquinas).

Em um cenário tecno-regulatório, as regras são simplesmente ditadas pelo código imperativamente. Em um contexto em que ferramentas tecnológicas não-normativas dominam o ambiente regulatório, parecemos estar sujeitos à regra da tecnologia e não ao Estado de Direito. A tecnorregulação sinaliza o desaparecimento de nossa capacidade de argumentar e resistir e, assim, pode resultar em um desvio ainda maior dos valores que nos tornam "humanos", ao pensarmos nas relações de poder e contestações; bem como na esfera da verdade e da justiça regida pelo Estado de Direito (MAGRANI, 2019, p.254).

Deste modo, Magrani afirma que o Estado de Direito enquanto fonte garantidora dos Direitos Fundamentais deve intervir nessas técnicas de modo a orientar as práticas da tecnologia, tendo como base o próprio Direito, e não o contrário (MAGRANI, 2019, p.255). O Direito deve ser o modelo maior de regulamentação normativa, uma vez que, em contradição a isso, estaremos diante de constantes instabilidades no que refere à proteção dos direitos dos cidadãos, bem como, estaremos cada vez mais distantes de estabelecer segurança jurídica e evitar arbitrariedades. Gerando, com isso, casos cada vez mais difíceis dentro do judiciário. É certo que o Direito pode atuar por intermédio de suas fontes primárias, espe-

cialmente pela edição de atos normativos que possam nortear o papel democrático a ser exercido pelas NTIC's. Todavia, as fontes secundárias também gozam de um relevante papel, quer como fator motivacional da mudança normativa, quer como elemento consolidador de tal alteração. Ambas as fontes interessam ao presente trabalho.

Assim, é necessário que haja um balanceamento ético-jurídico nas práticas advindas do ciberespaço, por intermédio de uma análise centrada nos efeitos das ações de agentes não-humanos, dentro da esfera privada ou sensível dos indivíduos. Deve encarar-se o avanço tecnológico como uma realidade que tende a se desenvolver mais rápido, talvez, do que a capacidade do Direito em acompanhá-la. No entanto, é papel fundamental do Direito em fiscalizar essas práticas, protegendo e resguardando os indivíduos de violações que interfiram no exercício de sua autonomia.

O Direito, lastreado por um embasamento ético adequado, servirá como um canalizador do processamento de dados e demais materialidades tecnológicas evitando uma tecnorregulação nociva à humanidade. Nesse novo papel, é importante que o Direito oriente a produção e o desenvolvimento de Coisas (artefatos técnicos) de forma a serem sensíveis a valores, por exemplo, regulando privacidade, segurança e ética *by design*. (MAGRANI, 2019, p.257).

Afinal, o direito ao autodesenvolvimento individual só pode ser exercido por quem tem controle sobre sua vida, o que pressupõe a autodeterminação informacional, o que, por seu turno, exige um modelo de educação e de condutas voltado para esses novos problemas e fragilidades. Discutindo ideias para uma melhor proteção do cidadão em face das novas tecnologias, Helbing *et all.* (2017) fazem um importante alerta no sentido de obrigar que todo e qualquer anúncio seja devidamente identificado como tal, não devendo, igualmente, ser enganoso, ou utilizar certos truques psicológicos, como estímulos subliminares.

Tecem Helbing *et all.* (2017) importante comparação ao alertarem que no mundo acadêmico, mesmo experimentos de decisão inofensivos, são considerados experimentos com seres humanos, que teriam que ser aprovados por um comitê de ética com responsabilidade pública, pelo que é totalmente adequado um código de conduta semelhante ao Juramento de Hipócrates para mover as condutas das grandes empresas no ambiente virtual. Fazem Helbing *et all.* (2017), uma inquietante indagação, para saber se nosso pensamento, nossas liberdade e democracia foram invadidos?

Os fatos recentes demonstram que sim, pelo que urge que se reverta tal quadro.

Para tanto, Helbing *et all.* (2017) defendem, corretamente, a instituição dos seguintes princípios para nortear a relação com as novas tecnologias: 1. Descentralizar cada vez mais a função dos sistemas de informação; 2. Apoiar a autodeterminação e participação da informação; 3. Melhorar a transparência, a fim de obter maior confiança; 4. Reduzir a distorção e poluição da informação; 5. Habilitar filtros de informação controlados pelo usuário; 6. Apoiar a diversidade social e econômica; 7. Melhorar a interoperabilidade e as oportunidades de colaboração; 8. Criar assistentes digitais e ferramentas de coordenação; 9. Apoiar a inteligência coletiva, e 10. Promover o comportamento responsável dos cidadãos no mundo digital por meio da alfabetização digital e da iluminação.

Evidente que, para que tais princípios possam atuar mister, antes, a realização de uma escolha, que não é apenas do indivíduo, mas, precipuamente do Estado no exercício da arte de definir e excutar políticas públicas, eis que a questão jamais poderá ser enfrentada cor-

retamente sem a instituição e o desenvolvimento de políticas públicas centrais que escolham e tracem o caminho a ser trilhado, ou à luz do letramento digital, da autodeeterminação informativa, da proteção dos valores democráticos, ou à luz do analfabetismo midiático, da circulação de informações, daz *fake news*, da desinformação, etc..

Alguns, por certo, ponderarão que não seria preciso optar por qual dos caminhos seguir, mas sim tratar de compatibilizá-los, numa tentativa de proceder a concordância prática entre tais valores igualmente fundamentais. Para tais pessoas de espírito otimista importante lembrar as corretas e precisas lições de Villey (2007, p. 8) no sentido de que cada um dos Direitos Humanos “é a negação de outros direitos humanos”. Prossequindo em aguda e contundente observação acerca da natureza flexível, modular e contraditória ínsita à noção de Direitos Humanos, afirma:

“Ó medicamento admirável – capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo produziu. (...) Ferramenta de mil usos. Usaram-na em proveito das classes operárias ou da burguesia – dos malfeitores contra os juízes – das vítimas contra os malfeitores. Mas atenção! Cumpre escolher: ou bem de uns ou bem de outros. Nunca se viu na história que os direitos humanos fossem exercidos em proveito de todos. O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens.” (VILLEY, 2007, p. 162).

Assim, a luta pela efetivação de qualquer Direito Fundamental é, em essência, uma escolha trágica, pelo que importante escolher que lado seguir, importante, ademais, que a opção seja clara e precisa por parte do Estado, fornecendo políticas públicas e estrutura regulatória apropriada para garantir que as tecnologias sejam projetadas e usadas de maneiras compatíveis com a hipossuficiência presente, em grande medida, nas relações do indivíduo, notadamente o eleitor, com as empresas coletadoras e processadoras de dados, na luta de manter livre e esclacido seu entendimento.

Sobre a importância de clareza acerca das escolhas feitas, Krastev (2020) ao analisar a relação entre hiper-globalização, democracia e autodeterminação, com base no trilemma proposto por Rodrik, aduz que até se pode restringir a Democracia, a fim de minimizar os custos de transação internacional, desconsiderando o chicote econômico e social que a economia global produz ocasionalmente. Pode-se, ainda, limitar a globalização, na esperança de construir legitimidade democrática em casa ou, até mesmo, globalizar a Democracia, à custa da soberania nacional, todavia o que não podemos ter é hiper-globalização, democracia e autodeterminação simultaneamente, sendo que, precisamente é isso que a maioria dos governos (e das pessoas) deseja.

Pelo mesmo motivo não poderemos ter Democracia amparada ou viabilizada por Governo Militar, autodeterminação informacional e discurso de ódio ou *fake News*, sigilo de documentos públicos e redução na corrupção, livre circulação de dados e proteção aos dados pessoais e assim por diante. É mister que se escolha. Ou melhor, a escolha já foi feita, por acaso ela o foi por você ou, de algum modo, representa-lhe?

Frise-se, nesse aspecto, que a União Europeia está na vanguarda de algumas escolhas relevantes na tentativa de desequilibrar o pêndulo em favor da Democracia. Fala-se não apenas no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, de 2018, mas, especialmente, nos diversos movimentos lá praticados que indicam que as opções certas estão sendo feitas, ao contrário do Brasil, conforme veremos adiante.

Nesse sentido registre-se que em 2018 foi lançado o Plano de Ação contra a Desinformação⁵ que pretende realizar algumas metas arrojadas de combate à desinformação que gerou episódios relevantes em alguns países, como na Espanha, após a provável interferência dos «bots» russos durante o referendo na Catalunha e como no Reino Unido, por causa da onda de desinformação acerca do *Brexit*.

Pretende-se, por exemplo, assegurar uma detecção mais eficaz das mídias de desinformação, partindo-se do pressuposto que o Estado precisa investir uma importante quantidade de recursos públicos para essa finalidade, especialmente no combate à desinformação e no aumento da sensibilização para o seu impacto adverso.

Ora, sabe-se que a concretização de determinado direito não se exaure com a sua mera previsão no ordenamento jurídico. É necessário que ocorra a intervenção de uma autoridade política, no caso o Estado, para que os direitos possam vir a ser concretizados, uma vez que na ausência de tal autoridade disposta a atuar na garantia de determinado direito, ele não passará de uma promessa não cumprida. A ausência estatal significará ausência de Direitos, eis que um Direito apenas existirá se e quando receber apoio das Instituições do Estado, inclusive do orçamento público (HOLMES; SUNSTEIN, 2011, p. 38). É precisamente por isso que a realização dos Direitos Fundamentais, seja quais forem, reclama, imperiosamente, a destinação de recursos públicos. Assim, é certo que os Direitos dependem do Governo, pelo que restará impossível tutelá-los sem fundos e suporte estatal (HOLMES; SUNSTEIN, 2011, p. 33). É precisamente por isso que não se poderá falar, seriamente, em proteção do Direito à autodeterminação informacional sem a existência de políticas públicas e de recursos públicos importantes destinados a tal área.

Voltando ao mencionado Plano de Ação elaborado pela UE, urge destacar que ele também pretende formular uma resposta coordenada entre os diversos membros da UE, por intermédio da criação de um sistema específico de alerta rápido entre as instituições da UE e seus Estados-Membros, a fim de facilitar a partilha de dados e a análise das campanhas de desinformação, alertando para as ameaças de desinformação em tempo real.

O Plano também abrange o dever de aplicação, de forma rápida e eficaz, dos compromissos assumidos, privilegiando medidas urgentes tais como a garantia da transparência da propaganda de teor político, o aumento dos esforços para encerrar as contas falsas que estejam ativas, a identificação das interações não humanas (mensagens propagadas automaticamente por «bots») e a cooperação com os verificadores de fatos e os investigadores acadêmicos para identificar campanhas de desinformação e tornar o conteúdo dos fatos verificados mais visível e generalizado.

Por fim, o Plano busca sensibilizar e capacitar os cidadãos para que possam blindar-se dos efeitos das campanhas de desinformação, promovendo a chamada alfabetização midiática por intermédio de programas específicos, onde deverão ser apoiadas equipes multidisciplinares nacionais de verificadores e investigadores independentes, a fim de identificar e denunciar as campanhas de desinformação nas redes sociais.

Algo bastante diferente ocorre no Brasil, onde um importante nível de lentidão, improvisado e ações desconexas podem ser encontrados em relação à proteção do Direito à autodetermi-

5 União Europeia. Action Plan against Disinformation. Dezembro/2018; Disponível em https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/action_plan_against_disinformation.pdf/. Acesso em 25 mai. 2020.

nação informacional do indivíduo-eleitor. Tal lentidão, evidentemente, é incompatível com a rapidez e o alcance dos danos que as NTIC's podem causar à Democracia. No final de 2017, o Tribunal Superior Eleitoral deu o passo inicial na tentativa de proteção da livre manifestação de vontade do eleitor, ao criar o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, com o intuito de desenvolver pesquisas e estudos a serem implementados nas eleições ocorridas em outubro do ano seguinte. Já nas resoluções referentes àquelas eleições, o Tribunal incluiu algumas regras com o objetivo de desestimular a divulgação de notícias falsas, por exemplo, sem muito sucesso.

Outro importante passo realizado pelo TSE foi a elaboração do Programa de Enfrentamento à Desinformação, lançado em agosto de 2019, cujo objeto volta-se ao pleito eleitoral de 2020 e conta com adesões da sociedade civil, notadamente Google, Facebook, Twitter e WhatsApp, que firmaram compromissos no sentido de atuar ativamente desestimulando a propagação de informações falsas bem como de aperfeiçoar métodos de identificação de possíveis práticas de disseminação de conteúdos falsos.

A Justiça Eleitoral também tem produzido alguns atos normativos no intuito de proteger a autodeterminação informacional do indivíduo. Nesse sentido destaque-se a Resolução TSE no. 23.610, de 18 de dezembro de 2019, destinada a regulamentar a propaganda eleitoral para o pleito de 2020, a qual pretende punir aos candidatos que divulgarem notícias falsas ou fizerem disparos de conteúdo em massa na internet durante a campanha eleitoral.

Consoante referida Resolução a propaganda eleitoral poderá ser realizada nos sites e nas redes sociais dos candidatos e dos partidos políticos, sempre respeitadas, especialmente no caso do uso de aplicativos de mensagens, os termos da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) no que tange ao consentimento do receptor e não contem com mecanismos de impulsionamento ou disparo de conteúdo em massa que possam alterar o conteúdo da propaganda eleitoral ou falsear sua identidade.

Referida Resolução estabelece que os candidatos terão a obrigação de confirmar a veracidade das informações utilizadas em sua propaganda eleitoral, inclusive aquelas veiculadas por terceiros, sob pena de imposição de multa ou sanção penal, sendo, ainda, assegurado o direito de resposta aos que se sentirem prejudicados pelo uso das notícias falsas. Cuida, tal ato normativo, tão somente, de uma parte do problema, eis que a autodeterminação informacional pode ser lesada de outros modos, tais como pela criação dos filtros de bolha ou pelo compartilhamento dos dados pessoais do cidadão com empresas que podem, a partir da mineração e análise de tais dados, construir um importante perfil do eleitorado para fixação de estratégias de abordagem e convencimento, nos moldes do caso que envolveu a Cambridge Analytica nos EUA.

Assim, considerando que as empresas que controlam a tecnologia e, por conseguinte, os dados da grande maioria dos cidadãos, terão cada vez mais controle sobre os indivíduos e sua liberdade, serão importantes que sejam fixados limites que possam atuar fora da esfera específica da Justiça Eleitoral, para além do necessário combate à desinformação.

No Brasil, a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) foram editadas a partir de uma intenção de reforçar a proteção dos direitos dos usuários das novas tecnologias de informação e comunicação.

A intenção legislativa é e deve ser valorizada, no entanto, ainda não está adequada à nova concepção do direito à privacidade como um direito à autodeterminação informativa, onde o controle dos dados pessoais deve ser integralmente do indivíduo-eleitor usuário das plataformas e aplicativos digitais. Tanto mais se observarmos o teor do Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública Federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados, que em diversos aspectos contraria dispositivos da LGPD, especialmente ao não deixar necessariamente claro qual o destino a ser dado para todas as informações reunidas em nome dos CPFs dos cidadãos brasileiros.

Falta à legislação em vigor a previsão de mecanismos tecnológicos que permitam que o controle seja, de fato, do cidadão e proprietário dos dados pessoais, e não do poder público ou das empresas que coletam e analisam tais dados. Falta também a previsão de mecanismos tecnológicos que garantam transparência e necessária informação clara aos cidadãos acerca da composição dos algoritmos que compõem os dispositivos utilizados para coletar seus dados.

Assim, nota-se, no Brasil, a partir de 2014 com a edição do denominado Marco Civil da Internet, uma maior preocupação com os efeitos negativos que o mau uso das NTIC's podem causar na vida das pessoas. Em 2017 esse movimento chega à Justiça Eleitoral que, então, efetivamente, preocupa-se com a autodeterminação informacional do indivíduo tanto no desenvolvimento de campanhas institucionais quanto na edição de atos normativos pretendendo combater a desinformação na propaganda eleitoral.

Em 2018, na linha de outros países, o Brasil estabeleceu um importante marco legal para a proteção dos dados pessoais, notadamente os sensíveis. Trata-se da já mencionada LGPD, a qual, para além das deficiências já apontadas vem tendo sua eficácia adiada, prejudicial e constantemente, por diversos atos normativos, sendo o mais recente a MP 959/2020, que ao tratar da operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, aproveitou para adiar a eficácia da referida norma que, agora, passará a valer apenas em maio de 2021, sendo que no Congresso Nacional já tramita o PL 5762/19 que pretende prorrogar ainda mais tal prazo para agosto de 2022.

Como se pode notar, a regulação no Brasil ainda não se revela adequada para mover, substancialmente, o pêndulo que, atualmente, jaz no lado negativo da relação entre as NTIC's e a Democracia. Não se revela suficiente para implementar os necessários princípios norteadores da relação do indivíduo com as novas tecnologias de que falam Helbing *et all.* (2017)..

Esse é o motivo que fundamenta a reflexão que o presente artigo pretendeu realizar: reforçar a ideia de que a Democracia está em risco e que se não devemos nos preocupar com a guerra apenas quando sentirmos o odor da pólvora: poderá ser tarde demais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Democracia vem perdendo defensores, num processo lento, porém perfeitamente notável, de erosão e descrédito a ponto de já se poder perceber um efetivo risco à sua exis-

tência. Por outro lado, as NTIC's tornaram-se um marco do período pós-moderno, as quais modificaram, em escala global, as relações interpessoais dos indivíduos.

É evidente o fato de que, dentro desse novo cenário, torna-se impossível desvincular-se de tais interações, uma vez que a comunicação no mundo digital se tem tornado não apenas uma prática, mas uma realidade impositiva que permeia parte relevante da vida de uma grande quantidade de pessoas.

Surgindo como um meio de empoderamento civil, as NTIC's tornaram-se um instrumento de interação prática e política, o qual permite que os indivíduos possam obter maior autonomia de informação e maior poder de mobilização, fatos que os protestos históricos ao longo do Globo puderam comprovar. Isso possibilitou a construção de novas fontes de informação e tem o considerável potencial de contribuir para o reforço da luta dos cidadãos por seus direitos individuais, sociais e políticos. Ínsito às NTIC's está, portanto, sua capacidade de interromper a crise pela qual passa a Democracia.

No entanto, diversos casos recentemente vividos ao longo de diversos Países fizeram com que fosse necessário rever a visão otimista acerca do papel das NTIC's como fator de superação da crise democrática, gerando uma desconfiança nos usuários sobre esse instrumento que havia oferecido autonomia e alcance que os possibilitou obter voz e inserção em contextos políticos.

É precisamente por isso que, urge a formação de um pacto informacional que não apenas melhore o acesso aos dados públicos e possibilite uma efetiva e transparente prestação de contas por parte dos agentes públicos, mas que, igualmente, permita ao indivíduo desenvolver sua alfabetização midiática e, a partir dela, seu direito à autonomia informacional. A ciência jurídica tem papel preponderante na concepção desse pacto.

Por fim, salientamos que a saúde da Democracia depende, diretamente, da existência de um debate público sério, aberto, livre e equitativo, cabendo-nos lutar por tal espaço e para que, cada vez mais, as NTIC's possam servir à Democracia e não o contrário. Foi o que tentou fazer por intermédio desse estudo.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. tradução de Marco Aurélio Nogueira – São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado de Direito "confrontado" pela "Revolução da Internet"! *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 3 / 2018 p.876-903, set-dez 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 24 Abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Diário Oficial da União, Brasília, 15 Ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 17 maio. 2020.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação, economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo. Paz e Terra, 2019.

- DALH, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- DIAMOND, Larry. *Liberation vs. Control in Cyberspace*. In *Liberation Technology: social media and struggle for democracy*. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. Editors. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2012.
- EXAME. "Mulheres Unidas Contra Bolsonaro" tem 1 milhão de membros no Facebook. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/mulheres-unidas-contra-bolsonaro-tem-1-milhao-de-membros-no-face-book/>. Acesso em: 15 dez. 2019.
- FAUSTO, Boris. Estado e sociedade civil. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 4 jun. 2004. Opinião, tendências/debates, p. A3.
- FOER, Franklin. *O mundo que não pensa*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.
- FRIEDMAN, Thomas. The Square People, Part 1. *The New York Times*: May 13, 2014.
- GARCIA, Maria. Democracia e o modelo representativo. In: GARCIA, Maria (Org.). *Democracia, hoje: Um modelo político para o Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.
- HELBING, Dirk; FREY, Bruno S.; GIGERENZER, Gerd; et all. *Will Democracy Survive Big Data and Artificial Intelligence*. Policy & Ethics. Fevereiro/2017; Disponível em: <https://www.scientificamerican.com/article/will-democracy-survive-big-data-and-artificial-intelligence/>. Acesso em: 31 jul. 2019.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- HUNTINGTON, Samuel. Dead Souls: The Denationalization of the American Elite. *The National Interest* – March 1, 2004. Disponível em: <https://nationalinterest.org/article/dead-souls-the-denationalization-of-the-american-elite-620>. Acesso em: 22 maio 2020.
- KRASTEV, Ivan. *Bertessmann Foundation*. The Square People. Disponível em: <https://www.bfna.org/research/the-square-people/>. Acesso em: 28 fev. 2020.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Vera Caputo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
- MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.
- MANJOO, Farhad. Social Media's Globe-Shaking Power. *The New York Times*: Nov. 16, 2016. Disponível em <https://www.nytimes.com/2016/11/17/technology/social-medias-globe-shaking-power.html>. Acesso em 22 maio 2020.
- MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. tradução de Cássio de Arantes Leite, Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- O'NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishing Group, 2016.
- PAGALLO, Ugo. Good Onlife Governance: On Law, Spontaneous Orders, and Design. In: FLORIDI, Luciano. (Org.). *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*. Oxford: Springer, 2015.
- RUNCIMAN, David. *Como a Democracia Chega ao Fim*. São Paulo: Todavia, 2018.
- SUNSTEIN, Cass R. Nudging: Um Guia (Muito) Resumido. Tradução de Maira Almeida e revisado por Antonio Guimarães Sepúlveda. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 3, 2, 2017.
- SUNSTEIN, Cass R. *# Republic: Divided Democracy in the age of social media*. Princeton: Princeton University Press, 2017.
- TOURAINÉ, Alain. *O que é a Democracia?* Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.
- União Europeia. *Action Plan against Disinformation*. Dezembro/2018; Disponível em https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/action_plan_against_disinformation.pdf/. Acesso em 25 maio 2020.

VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WOLF, Mauro. *Mass media: Contextos e paradigmas. Novas tendências. Efeitos em longo prazo. O newsmaking*. Disponível em: http://www.jornalismoufma.xpg.com.br/arquivos/mauro_wolf_teorias_da_comunicacao.pdf. Acesso em 15 dez. 2019.

Recebido/Received: 03.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.07.2020.

A EXCLUSÃO DIGITAL E A CIDADANIA PARTICIPATIVA NA SOCIEDADE EM REDE

DIGITAL DIVIDE AND PARTICIPATORY CITIZENSHIP IN THE NETWORK SOCIETY

ANDRÉ AFONSO TAVARES¹
REGINALDO DE SOUZA VIEIRA²

RESUMO

A sociedade se transforma cada vez com mais intensidade a partir das inovações trazidas pelo uso de novas tecnologias, que implicam no repensar as formas de agir, interagir e informar e transformar o modo como se vive em escala local, regional, nacional e mundial. A partir da formatação dessa realidade, a qual Castells denomina sociedade em rede, há que se refletir acerca de uma nova forma de exclusão social a ela inerente, isto é, a exclusão digital ou, no termo mais conhecido em inglês, *digital divide*. Dessa forma, o presente trabalho girou em torno da seguinte problemática: de que forma a exclusão digital está relacionada com o exercício da cidadania participativa, sobretudo no âmbito eletrônico, na sociedade em rede? Para a realização da pesquisa, adotou-se o método dedutivo, a partir da técnica de pesquisa bibliográfica e documentação indireta. A partir da pesquisa realizada, foi possível concluir que os aspectos que envolvem a exclusão digital vão além do mero acesso à internet ou aos tradicionais mecanismos eletrônicos, tais como computador ou celular, visto que eles abarcam diversos fatores de ordem técnica, social e geográfica. Nesse sentido, superar a exclusão digital por meio da ampliação e criação de políticas públicas que combatam as desigualdades sociais e as limitações técnicas, geracionais, étnicas, culturais, sociais e geográficas, bem como a partir do desenvolvimento de ferramentas eletrônicas de cidadania, é fundamental para o aumento da utilização da cidadania digital como instrumento para o fortalecimento da participação política, em especial, no âmbito da cidadania participativa.

Palavras-chave: Cidadania participativa. Cidadania eletrônica. Exclusão digital. Internet. Sociedade em rede.

1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação/Mestrado em Direito da UNESC. Membro do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) Especialista em Direito Público e em Auditoria Governamental. Graduado em Direito e em Ciências Contábeis. Graduando em Engenharia de Software. Advogado. Contador. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9549-8096>. E-mail: afonsotavares.andre@gmail.com.

2 Doutor (2013) e Mestre (2002) em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor, pesquisador e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC). Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS/UNESC). Professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC). Membro da Rede Ibero-americana de Direito Sanitário. Membro e Coordenador da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-6733-5321>. E-mail: prof.reginaldovieira@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

TAVARES, André Afonso; VIEIRA, Reginaldo de Souza. *A exclusão digital e a cidadania participativa na sociedade em rede*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 283-299, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8065>.

ABSTRACT

Society is changing more and more with the innovations brought by new technologies, implying the rethinking of ways people act, interact, inform and transform the way they live on a local, regional, national, and global scale. Based on this reality, which Castells describes as a network society, it is essential to reflect on the new form of social exclusion inherent to it, that is, the digital divide. This paper's investigation problem revolves around how is the digital divide related to the exercise of participatory citizenship, especially in the electronic sphere, in the networked society. The deductive method was used in this investigation based on the technique of bibliographic research and indirect documentation. Throughout the investigation, it was possible to conclude that the aspects that involve the digital divide go beyond internet access or the matter of having computers or cell phones since this issue combines several technical, social, and geographical aspects. In this sense, overcoming the digital divide is fundamental for the use of digital citizenship as an instrument to strengthen political participation, especially in the scope of participatory citizenship. That may be possible through the expansion and creation of public policies to subvert social inequalities and technical, generational, ethnic, cultural, social, and geographical limitations, and also the development of electronic citizenship tools.

Keywords: *Participatory citizenship. Electronic citizenship. Digital divide. Internet. Network society.*

1. INTRODUÇÃO

A sociedade se transforma cada vez com mais intensidade a partir das inovações trazidas pelo uso de novas tecnologias, de modo a possibilitar diferentes formas de pensar, agir, interagir e informar, bem como transformar a maneira como se vive e convive em escala local, regional, nacional e mundial.

Essas mudanças rompem com modelos paradigmáticos anteriores, exigindo do Estado e da sociedade a incorporação da complexidade (MORIN, 2011) a qual permeia o tecido social e que, em razão do projeto (CAPELLA, 2002) ou mito (GROSSI, 2007) da modernidade burguesa, foi desconsiderada, com vistas a permitir uma reprodução mais ampla e eficiente do modelo econômico capitalista (VIEIRA, 2013).

Nesse contexto, a era da informação, que emergiu para além do período industrial, incorpora esses elementos de complexidade e também de uma velocidade de dados que não foram conhecidos em nenhum outro momento da história da humanidade, ultrapassando as barreiras e as fronteiras da soberania estatal tradicionais.

Desse modo, estamos vivenciando um contexto em que paradigmas diferentes coabitam a mesma realidade social (KUHN, 1997; MORIN, 2011; PILATI, 2012), e esse é um desafio que o Direito e outros ramos do conhecimento precisam enfrentar.

Contudo, a partir da formatação dessa nova sociedade, a qual Castells (2005) denomina sociedade em rede, há que se refletir acerca do surgimento de uma forma de exclusão social a ela inerente, isto é, a exclusão digital, ou, no seu termo mais conhecido em inglês, *digital divide*, e não somente apenas do ponto de vista de acesso imediato aos serviços de internet ou aparelhos eletrônicos, como computador ou celular, mas também ao desfrute e manuseio desses meios para gerar comunicação, participação e interatividade, em especial no contexto da cidadania.

Cidadania aqui compreendida como participativa, que reconheceu um novo paradigma advindo da República Participativa instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual incorporou os elementos da complexidade, da diversidade, da multiculturalidade/interculturalidade. Esse novo marco da cidadania no texto constitucional não nega os pressupostos da cidadania representada, mas coexiste com eles de forma a se complementarem nos termos do Estado Social e Democrático de Direito (VIEIRA, 2013).

Dessa forma, o presente trabalho buscará refletir acerca da problemática referente à exclusão digital e ao seu impacto para a cidadania participativa na era digital, considerando o uso de novas tecnologias e o novo formato da sociedade em rede.

Buscar-se-á, assim, elucidar com a pesquisa o seguinte questionamento: de que forma a exclusão digital está relacionada com o exercício da cidadania participativa, sobretudo no âmbito eletrônico, na sociedade em rede?

A partir do problema que conduz as reflexões desta pesquisa, norteou-se o estudo principalmente pela análise do uso das novas tecnologias para o exercício e a ampliação da cidadania participativa no âmbito da relação Estado e sociedade, sem demérito das iniciativas realizadas pela sociedade civil organizada e a iniciativa privada, com o intuito de romper as barreiras de acesso tecnológico e ampliação do uso de suas ferramentas.

No desenvolver do artigo, faz-se o uso do método de abordagem dedutivo, adotando o procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental indireta.

Como objetivo geral, será investigado de que forma a exclusão digital está relacionada com o exercício da cidadania eletrônica na sociedade em rede.

Em um primeiro momento, serão estudados os aspectos que envolvem a formação da sociedade em rede, em especial a partir do advento das tecnologias, dos computadores e da internet.

Após, serão investigados os conceitos e os elementos que envolvem a exclusão digital, também denominada *digital divide* em inglês. Por último, buscar-se-á realizar um detalhamento da definição de cidadania participativa na era digital e, assim, analisar a problemática envolvendo os impactos da exclusão digital para o seu exercício no contexto da sociedade em rede.

2. A SOCIEDADE EM REDE E A EXCLUSÃO DIGITAL NO BRASIL

As transformações advindas da tecnologia e, em especial, da invenção da internet revolucionaram a forma de viver em sociedade, agora denominada sociedade em rede.

A sociedade, antes desconectada e isolada, passou a viver de forma global e interconectada por sistemas de redes, cuja compreensão buscar-se-á melhor explorar no tópico seguinte.

Importante ressaltar, contudo, que a sociedade em rede, embora entrelace, direta ou indiretamente, todas as pessoas, não traz consigo a resolução por completo da exclusão social, mas sim mais lucidez à outra forma de exclusão, a digital.

A exclusão social traz consigo raízes mais profundas que devem ser analisadas de forma mais detalhada a fim de compreendê-las, enquanto a exclusão digital, oriunda da vida digital, embora entrelaçada com a social, possui características próprias que merecem detalhamento específico.

2.1. SURGIMENTO DOS COMPUTADORES, DA INTERNET E DA SOCIEDADE EM REDE

A partir do advento da tecnologia da informação, a sociedade passou a ser gradualmente transformada em diversas áreas, tais como na comunicação, no transporte, na educação, na segurança, na moradia, na saúde, nos relacionamentos, na organização governamental, etc.

Castells (2005) defende que embora essas tecnologias já pudessem ser observadas anos antes da década de 1940, tais como na invenção do telefone por Bell, em 1876; do rádio por Marconi, em 1898; e da válvula a vácuo por De Forest, em 1906; foi na Segunda Guerra Mundial e no período seguinte, com a invenção do primeiro computador programável e do transistor, fonte da microeletrônica, o verdadeiro cerne da Revolução da Tecnologia da Informação no século XX e, ainda, somente a partir da década de 1970 que ocorreu, de fato, a ampla difusão das novas tecnologias da informação.

Além disso, outro importante evento histórico que merece destaque para o surgimento da chamada sociedade em rede foi, sem dúvida, a criação e o desenvolvimento da Internet.

A invenção da Internet é atribuída ao trabalho da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA) do Departamento de Defesa dos EUA, a partir de uma fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural, que, após o lançamento do primeiro Sputnik, resolveu criar um sistema de comunicação invulnerável a ataques nucleares, o que pode ser visto como precedente para a chegada da Era da Informação em grande escala (CASTELLS, 2005).

A primeira rede de computadores foi chamada de ARPANET e entrou em funcionamento em primeiro de setembro de 1969, sendo que somente durante a década de 1980 foi que a rede das redes se formou. Inicialmente, foi chamada ARPA-INTERNET, depois ficou conhecida apenas como INTERNET, nome ainda sustentado pelo Departamento de Defesa dos EUA e operado pela *National Science Foundation* (CASTELLS, 2005).

Apenas em 1990, na Europa, em virtude de ainda haver dificuldades para o uso da Internet, da limitada capacidade de transmissão de gráficos, da difícil localização e dos contratempos no recebimento de informações, que, após pesquisa realizada por um grupo de pesquisadores chefiado por Tim Berners Lee e Robert Cailliau, no *Centre Européen pour Recherche Nucleaire* (CERN), em Genebra, foi desenvolvida a conhecida teia mundial *World Wide Web* (WWW), a qual organizou o teor dos sítios da Internet por informação e não por localização, oferecendo aos usuários um sistema fácil de pesquisa para procurar as informações desejadas, com a criação de um formato para os documentos em hipertexto ao qual deram o nome de linguagem de marcação de hipertexto (*hypertext markup language* – HTML), acrescido ao

protocolo TCP-IP e, ainda, com configuração de um protocolo de transferência de hipertexto (*hypertext transfer protocol* – HTTP) e a criação de um formato padronizado de endereços, o localizador uniforme de recursos (*uniform resource locator* – URL) (CASTELLS, 2005).

A Era da Informação, portanto, pode ser considerada, de certa forma, recente, com precedentes que datam os anos de 1970, com a criação do sistema operacional para computadores, e de 1990, com o surgimento da rede www para acesso à internet, os quais revolucionaram a sociedade de forma ainda inimaginável.

É bem verdade que a tecnologia não tem o condão de determinar por si só os rumos de uma sociedade nem pode ditar os caminhos das transformações tecnológicas na medida em que muitos aspectos, desde a criatividade até a iniciativa empreendedora, influenciam nesse processo tecnológico-científico, de uma novação e aplicações sociais, sendo o resultado fruto de um complexo padrão interativo (CASTELLS, 2005).

Contudo, é inegável a complexidade existente no desenho do Estado moderno, com fatores que impedem a participação dos indivíduos na tomada de decisões, em razão da burocracia e hierarquia existente na sua estrutura administrativa. Além disso, a sociedade também resta cada vez mais complexa, a ponto de ser chamada de sociedade da informação ou do conhecimento, uma vez que a informação se revela como a força motriz das transformações e o combustível mais importante nos sistemas modernos de produção, bem como o intenso uso da tecnologia da informação em forma digital tem gerado a superação das estruturas administrativas hierarquizadas e verticalizadas em direção a relações de poder horizontalizadas, o que se cunhou de sociedade em rede (ROVER, 2009).

Dessa forma, o surgimento das tecnologias da informação seguramente influenciou nesta nova formatação social, chamada agora de sociedade em rede. Nome que se justifica a partir da noção de que as redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades, e a difusão da lógica de redes transforma substancialmente a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura, sendo que, embora a forma de organização social em redes tenha existido em outros tempos e espaços, está-se diante de um novo paradigma oriundo dos recursos da tecnologia da informação, a qual forneceu base material para a sua expansão em toda a estrutura social (CASTELLS, 2005).

2.2. A EXCLUSÃO DIGITAL NO BRASIL

Neste tópico, a partir das reflexões realizadas anteriormente acerca do surgimento da TICs e da sociedade em rede, busca-se trazer a questão da exclusão digital no Brasil a fim de refletir a respeito da denúncia comum ao se tratar das potencialidades atreladas ao uso das tecnologias da informação e comunicação em matéria de democracia e cidadania.

Há que se pontuar, inicialmente, do ponto de vista terminológico, a existência de diferentes rótulos para denominar o acesso e o uso desigual dos recursos digitais, dentre os quais, os termos mais comuns são exclusão digital, *apartheid* digital, brecha digital, fissura digital, fratura digital, ou, de forma mais regular na literatura anglo-saxã, *digital divide*, ou, no português, divisão digital (MARQUES, 2014).

Para Elisabeth Gomes (2002), o Brasil se equivocou quanto ao caminho para chegar à era digital, pois priorizou os fabricantes de computadores, o que ressaltou a exclusão social no País.

Na verdade, quanto à questão do atraso no desenvolvimento digital e social no contexto brasileiro, convém mencionar a exposição de Jessé Souza, em sua conhecida obra "A elite do atraso" (2017), ao pontuar que o capital ocupou papel determinístico na nossa economia e conduziu historicamente, mesmo que indiretamente, as discussões sociais e políticas do País, com preferência aos interesses da elite econômica.

Nesse sentido, a exclusão ou desigualdade digital se soma à já existente desigualdade e exclusão social, em uma interação mais complexa, que deixa a impressão de distanciar a promessa da Era da Informação, em uma realidade obscura para muitos em todo o mundo (CASTELLS, 2015).

No caso brasileiro, de forma mais ampla que em outros países, a exclusão digital está mais marcadamente atrelada à discussão da exclusão social, uma vez que deriva das desigualdades socioeconômicas e culturais, tais como analfabetismo, desemprego, baixa renda e educação, em uma relação mútua de causa e consequência. Os fatores que levam à exclusão social deságuam na exclusão digital e esta contribui para o aprofundamento daquela (ALMEIDA *et al.*, 2005).

Para Randolph e Lima (2012), a temática da exclusão digital envolve a reflexão acerca da difusão e do uso de tecnologias de manejo e transmissão de informação, que permitem uma comunicação mútua (interativa) entre seus diferentes usuários.

A exclusão digital, em resumo, pode ser entendida como "[...] o acesso desigual dos recursos relacionados à tecnologia de informação e comunicação entre ou dentro dos continentes, países, região ou até mesmo bairros" (ARAUJO, 2015, p. 16).

A respeito disso, segundo levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2020), durante a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD Contínua, em 2017, a Internet era utilizada em 74,9% dos domicílios do País e esse percentual subiu para 79,1% em 2018.

Ainda, ficou constatado que o principal meio de acesso à internet no domicílio era o telefone móvel celular, que, em 2018, alcançou 99,2% dos domicílios onde havia a utilização da internet, sendo que o microcomputador se encontrava em segundo lugar, uma vez que era usado para acessar a Internet por 48,1% dos domicílios onde havia a utilização dessa rede.

Em diferente levantamento realizado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI (2019), durante a pesquisa TIC Domicílios, constatou-se, em 2018, que 67% dos domicílios brasileiros possuíam acesso à internet, sendo 70% correspondentes à área urbana e 30% à área rural, bem como se concentrando o maior percentual de acesso nas regiões Sudeste (73%) e Sul (69%).

Castells (2015) tratou de discutir essa questão e argumenta que não causa surpresa quando, ao se proclamar o potencial da internet como um meio de liberdade, produtividade e comunicação, observa-se a crítica quanto à *digital divide* causada pela desigualdade a ela associada, uma vez que a centralidade da internet em muitas áreas da atividade social, eco-

nômica e política equivale à marginalidade para aqueles que não têm acesso a ela, ou têm apenas um acesso limitado, ou não sabem usá-la de forma eficaz.

A desigualdade social nas práticas democráticas, por certo, é questão comum nas discussões em teoria política, seja sob o olhar da participação, seja pelo prisma da literatura de cunho liberal. Contudo, além das questões sociais e da desigualdade nas oportunidades atreladas à ausência ou ao pouco envolvimento político dos cidadãos, há questões pessoais envolvidas, relacionadas à personalidade, às experiências diversas, às preferências e motivações e a outros fatores que afastam a ideia de que a igualdade perfeita seja um objetivo político plausível (MARQUES, 2014).

Pois bem, de forma análoga à desigualdade ou à exclusão social, busca-se refletir a respeito da exclusão digital, não somente sob o prisma das características pessoais de acesso, mas também a respeito da falta de oportunidades básicas que possibilitem o desfrute dos serviços oferecidos pelo Estado ou a tomada de espaço nas consultas regularmente oferecidas em diferentes níveis governamentais (MARQUES, 2014).

Roberto, Fidalgo e Buckingham (2015, p. 51), em suas conclusões de pesquisa realizada com estudantes universitários em Portugal, afirmam que,

No que concerne aos grupos sociais mais afetados pela infoexclusão, os nativos digitais evidenciam, em geral, facilidade em identificar os jovens e os idosos como sendo os que têm maior e menor acesso, respectivamente. Referem, ainda, a importância do estatuto socioeconômico e da escolaridade enquanto fatores determinantes para garantir a facilidade de acesso às TIC. Considerando a identificação destes grupos e os fatores potenciadores da infoexclusão, os nativos digitais evidenciam uma visão estereotipada e redutora do idoso que sustenta a desvalorização social da velhice.

É aqui que se encontra uma das reflexões deste artigo, o qual pretende discutir se a utilização das tecnologias torna a sociedade mais eficiente, ou com mais oportunidades de participação na tomada de decisões públicas, ou, ainda, se aumenta a exclusão e a desigualdade social nela já existente em suas várias acepções.

Importante frisar, antes de tudo, que se considera insuficiente analisar a *digital divide* tão somente pela estatística considerada na posse ou no acesso aos meios de comunicação, na medida em que, embora necessários, existem outros elementos nesse processo, tais como as peculiaridades individuais de quem acessa ou as associadas à posição geográfica (MARQUES, 2014).

Sobre esse ponto, relevante é o diagnóstico realizado por Pippa Norris (2001), a qual catalogou o problema em três faces: sendo a primeira referente à divisão global e às diferenças de acesso à tecnologia digital e à infraestrutura das redes telemáticas nos diversos países; a segunda, no tocante à divisão social e às disparidades internas de uma sociedade, catalogando quanto ao acesso aos equipamentos e às habilidades necessárias para o manuseio das tecnologias da informação e comunicação; e, por último, destaca-se a existência de uma exclusão digital na democracia (*democratic digital divide*), cujo foco está no emprego de recursos digitais e na mobilização política.

Ainda sobre a temática da exclusão digital, importa apresentar os aspectos inventariados que envolvem a *digital divide* e colaboram para o seu entendimento e proposição de soluções.

Consoante Marques (2014, p. 101-102), esses aspectos podem ser classificados em três categorias:

a) aspectos técnicos:

- velocidade de conexão,
- *hardware* e software das máquinas, que permitem experiências distintas aos usuários,
- estrutura de *backbones* e *backhauls* em cada localidade (artifícios técnicos que permitem a conexão física entre redes de computadores e, logo, possibilitam a troca de dados),
- números de IP;

b) aspectos individuais e sociais:

- idade,
- gênero,
- renda (para adquirir dispositivos de comunicação, contratar serviços de conexão à Internet ou obter acesso a informações pagas),
- grau de escolaridade,
- capacidade de uso da língua (Inglês como idioma universal),
- etnia,
- diferenças culturais (entre nativos e imigrantes, por exemplo),
- habilidades para operar os recursos de comunicação digital,
- motivação para empregar os dispositivos,
- pressão externa para se utilizar as redes de comunicação digital (trabalho, família ou escola),
- autonomia para o consumo e para a produção de conteúdos,
- qualidade da informação a que se tem acesso,
- estágio da vida em que se teve acesso às tecnologias digitais de comunicação (ter acesso à Internet quando criança ou apenas depois de adulto),
- tempo diário de conexão,
- aspectos comportamentais de cada indivíduo (grau de inibição, por exemplo);

c) aspectos geográficos:

- países (alega-se maior capacidade de influência a depender do lugar de origem do usuário),
- regiões de uma mesma cidade ou estado (áreas urbanas ou áreas rurais),
- local costumeiro no qual o usuário acessa a Internet (casa, trabalho, *lan house*).

Sorj e Guedes (2005) escrevem que o enfretamento do tema da exclusão digital deve ocorrer a partir de uma visão sistêmica da realidade brasileira, de forma que, ao lado da promoção de políticas de universalização do acesso à internet, procure-se promover a universalização de outros bens sociais, tais como a educação, o saneamento, a segurança, a saúde e os serviços jurídicos.

No mesmo sentido, Adriane Matos de Araujo (2016) pontua que a educação constitui um papel fundamental no combate à exclusão digital e, por isso, é preciso que se reflita acerca da alfabetização e do letramento digital como mecanismos de apropriação das tecnologias digitais e, de forma mais ampla, da educação digital, considerando a construção social coletiva vinculada às culturas digitais e às identidades sociais atuantes na inteligência coletiva.

Diante disso, percebe-se que os aspectos que envolvem a exclusão digital vão além do mero acesso à internet ou aos tradicionais mecanismos eletrônicos, tais como computador ou celular, visto que abarcam diversos fatores, como de ordem técnica, individual ou social e geográfica, o que pode se consubstanciar em óbice a ampliação de seu uso instrumental na participação democrática.

3. INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS APLICADAS À CIDADANIA PARTICIPATIVA

3.1. A CIDADANIA PARTICIPATIVA: APONTAMENTOS TEÓRICOS E CONCEITUAIS

Inicialmente, antes do desenvolvimento teórico referente à aplicação das TICs à cidadania participativa, faz-se necessário contextualizar o que significa o termo cidadania. Tal objetivo não é algo fácil, tendo em vista que a cidadania não possui um conceito uniforme.

Para Gohn (2005, p. 18), “[...] dentre os conceitos utilizados pelos intelectuais, políticos, administradores públicos, e pela mídia, cidadania é, provavelmente, o que tem tido o maior uso (e abuso) de significados e ressignificados”.

Etimologicamente, advém do latim e possuía o sentido daquele que habitava a cidade, tendo correlação ao conceito de povo (GORCZEVSKI; MARTIN, 2011). Cabe registrar que ao mesmo tempo que tem um sentido de inclusão/pertencimento ela também traz consigo a exclusão daqueles(as) que não são seus(uas) detentores(as) (VIEIRA, 2013).

Ela se manifesta de várias formas e recebe as mais diversas classificações: cidadania representativa, cidadania semidireta, cidadania eleitoral, cidadania participativa, cidadania eletrônica, cidadania liberal, cidadania social, cidadania republicana, etc.

No que concerne à cidadania participativa, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um marco no seu reconhecimento no Brasil, uma vez que, além dos instrumentos clássicos da democracia representativa, restou enfatizada a necessidade da participação dos cidadãos na qualidade de detentores da soberania popular, o que pode ser trazido também como um novo paradigma que pressupõe a existência de uma cidadania não meramente formal, mas efetivamente participativa (VIEIRA, 2013).

Consoante escreve Vieira (2013), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um verdadeiro divisor de águas no que diz respeito ao reconhecimento de direito e à inclusão da cidadania participativa ao lado da representativa em um texto cons-

titucional nacional, uma vez que, antes dela, em termos de cidadania, não verificava significativos espaços de participação, bem como havia limitações para o exercício da democracia representativa.

Mas o que, de fato, vem a ser a cidadania participativa? Em que espécie de democracia ela melhor se amolda?

Pode-se dizer que a cidadania efetivamente participativa deve abarcar espaços nos quais os cidadãos podem colaborar para a tomada de decisões que envolvam os rumos da sociedade, por meio do diálogo, da opinião, da consulta, do voto e da crítica.

Nessa linha de raciocínio, o texto constitucional brasileiro tratou de consagrar espaços participativos, tais como audiências públicas, planejamento e orçamento públicos participativos, os fóruns do Estado da Cidade, bem como as Conferências e os Conselhos de Direitos (VIEIRA, 2013).

Tal cenário de participação se verifica pela lógica democrática da bem denominada democracia participativa, a qual se entrelaça com o significado e a existência da cidadania participativa aqui trabalhada.

Vislumbra-se uma crise do paradigma democrático liberal pautada na ideia de representação da cidadania e no monismo jurídico. Uma crise que perpassa todas as suas instituições e que não pode ser resolvida apenas com os instrumentos da modernidade burguesa, construída a partir de suas mitologias e abstrações as quais retiraram a complexidade da sociedade, restando a simplicidade que o modelo capitalista necessidade para o seu desenvolvimento e reprodução (CAPELLA, 2002; GROSSI, 2007; PILATI, 2012; VIEIRA, 2013).

Assim, a democracia participativa parece ocupar maior atenção, na medida em que tenta resgatar a noção do povo como verdadeira detentora da soberania e protagonista do interesse público.

A democracia participativa tem experimentado buscar uma resposta para as promessas não cumpridas pela democracia representativa, consistente na restituição “[...] aos sujeitos uma iniciativa política e uma influência no processo de decisão que hoje parecem comprometidos pelo formalismo do sistema representativo e pelo elitismo dos partidos” (COSTA, 2012, p. 300).

Segundo Pateman (1992, p. 60-61), a democracia participativa

[...] é construída em torno da afirmação central de que os indivíduos e suas instituições não podem ser considerados isoladamente. A existência de instituições representativas a nível nacional não basta para a democracia; pois o máximo de participação de todas as pessoas, a socialização ou ‘treinamento social’, precisa ocorrer em outras esferas, de modo que as atitudes e qualidades psicológicas necessárias possam se desenvolver. [...] A principal função da participação na teoria da democracia participativa é, portanto, educativa; educativa no mais amplo sentido da palavra, tanto no aspecto psicológico quanto no de aquisição de práticas de habilidades e procedimentos democráticos. [...] A participação promove e desenvolve as próprias qualidades que lhe são necessárias; quanto mais os indivíduos participam, melhor capacitados eles se tornam para fazê-lo.

Portanto, a democracia participativa não tem por objetivo a substituição da democracia representativa por completo. Inobstante, a democracia representativa tem rejeitado a legi-

timidade de democracia participativa, o que tem ocasionado certo conflito, o qual só terá solução na medida em que essa recusa for deixada de lado para ser absorvida como forma de complementariedade entre as duas formas de democracia, de modo a contribuir para o aprofundamento de ambas (SANTOS, 2002).

Nesse contexto de complementariedade, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, consagrou-se o paradigma da necessidade de participação da sociedade na qualidade de detentora da soberania popular, assim transcendendo a tradicional democracia representativa exercida por meio dos partidos políticos, sendo estabelecidos mecanismos de exercício semidiretos do poder: iniciativa popular, plebiscito e referendo. Contudo, apesar de sua importância, possuem seus exercícios limitados dentro da ótica formalista e monista do sistema jurídico (VIEIRA, 2013).

Embora tenham ocorrido tais limites formais aos mecanismos de iniciativa popular, ao plebiscito e ao referendo, também foram reconhecidos outros espaços de cidadania, tais como a participação da comunidade na área da saúde e em outras áreas das políticas públicas (conselhos de direitos ou conselhos gestores de políticas públicas), o direito de reunião e associação, o direito à informação em órgãos públicos, o direito de petição e obtenção de certidões em órgãos públicos para a defesa de direitos, a ação popular, a iniciativa popular municipal, a realização de audiências públicas no Congresso Nacional com a participação da sociedade, a possibilidade de um cidadão apresentar denúncias perante o Tribunal de Contas, o recebimento de reclamações da sociedade contra órgãos do Poder Judiciário perante o Conselho de Justiça, o recebimento de reclamações da sociedade contra órgãos do Ministério Público perante o Conselho Nacional do Ministério Público (VIEIRA, 2013).

Dentre os espaços de cidadania, destaca-se também o controle social (da sociedade em relação ao Estado), o qual se diferencia da participação social em razão da forma como interagem as decisões em matéria pública. O controle se constitui no mecanismo que confere a possibilidade de as decisões serem substituídas, enquanto a participação consubstancia-se na existência de canais, instituições de interação entre o governo e a sociedade, com a presença de sujeitos coletivos nos processos de tomada de decisão nas escolhas públicas (BITENCOURT, 2019).

E é no espaço do controle social, em consonância com o exercício da cidadania participativa, que o uso das TICs e da cidadania eletrônica se configura em um elemento necessário para a ampliação da participação e da fiscalização do bem público.

3.2. O PROBLEMA DA DIGITAL DIVIDE E A BUSCA PELA CIDADANIA EFETIVAMENTE PARTICIPATIVA

A democracia eletrônica ou digital pode ser entendida “[...] como o conjunto dos recursos, ferramentas, projetos, experimentos, experiências e iniciativas em que se usam tecnologias para produzir mais democracia e melhores democracias” (GOMES, 2018, p. 1832).

Nessa linha, a noção de cidadania também se entende a partir do incremento tecnológico nas suas mais variadas formas de manifestação. Esse modelo é referido por Perez Luño (2004) como um processo menos formal da cidadania, o que ele denomina cibercidadania ou

cidadania.com. Pode-se dizer, então, que a discussão da participação popular digital ganha um elemento adicional quanto às formas tradicionais de participação: o digital.

Desse modo, além das dificuldades tradicionais para a participação popular, as quais envolvem a capacidade do cidadão para apresentar, de forma persuasiva, os próprios argumentos ou reivindicações, deve ser avaliado, no contexto digital, se os cidadãos possuem iguais condições de recursos para o acesso aos dados e aos argumentos em discussão (FERREIRA, 2011).

Segundo bem menciona Araujo (2015), o debate acerca da exclusão digital, quando relacionado à temática da cidadania, deve considerar o acesso e o uso crítico da informação, sendo que o acesso está atrelado à infraestrutura tecnológica para a conexão à internet e à disponibilidade de informação, enquanto o uso crítico envolve a forma como os indivíduos utilizam a internet.

Importante destacar, de igual forma, algumas críticas elencadas por Wilson Gomes (2018) oriundas de trabalhos científicos publicados a respeito da chegada da democracia digital ou eletrônica, as quais serão objeto de reflexão a seguir.

A primeira diz que a democracia digital não poderá, através do uso das tecnologias da informação e comunicação, resolver os problemas da democracia (GOMES, 2018).

Tal crítica não parece ter muito sentido, uma vez que dados governamentais íntegros, atualizados, abundantes e à disposição dos cidadãos são fundamentais para a democracia, para melhorar a vida das pessoas e até para o progresso da sociedade. Ainda, a democracia digital visa agregar e não substituir, sendo que nada é automático na democracia, nem a existência dos melhores meios tecnológicos à disposição (GOMES, 2018).

A segunda afirma que a democracia que emergiria da democracia eletrônica seria uma versão rebaixada e pobre, consistindo-se em mero dispositivo de registrar preferência (GOMES, 2018).

Mais uma vez, tal crítica é rasa e não compreende a totalidade da democracia digital, uma vez que mistura uma função mínima que determinada tecnologia pode prestar e um juízo geral sobre a democracia como resultante apenas do cumprimento dessa função (GOMES, 2018).

Nessa linha, Lévy (2003) ressalta que a utilização da Internet, aliada à democracia, constitui um dos fundamentos da ciberdemocracia, sendo que, de forma diversa dos meios de comunicação da democracia midiática da segunda metade do século XX, tais como imprensa, rádio e televisão, permite-se a todos os cidadãos navegadores da rede mundial de computadores a possibilidade de expressarem suas opiniões e intenções sem terem de passar pelo poder do jornalista, de forma a alargar, diversificar e até complicar a esfera pública, ou seja, conferindo maior liberdade à palavra.

Uma terceira crítica tenta sustentar que a democracia eletrônica pode produzir assimetrias antidemocráticas, uma vez que produziria maior exclusão social diante da exclusão tecnológica (GOMES, 2018).

De fato, o desenvolvimento de recursos tecnológicos voltados para a democracia digital sem observar as questões de inclusão digital pode aprofundar ainda mais a exclusão social. Contudo, se consideradas as questões de inclusão digital, tem-se que a inclusividade digital

pode, na verdade, reduzir a exclusão social, contribuindo para o processo de aprimoramento das formas de exercício da democracia e da cidadania.

Assim, a tecnologia associada à cidadania participativa, naquilo que se pode denominar de cidadania participativa digital, ao lado dos mecanismos tradicionais, quando pensada em conjunto com os fatores de inclusão digital, confere ampliação e não diminuição dos espaços para a participação e o exercício da cidadania.

Por fim, uma quarta crítica tenta fazer crer que a democracia digital não é capaz de produzir condições melhores de participação civil e deliberação pública, então ela não pode ajudar a melhorar a democracia (GOMES, 2018).

Nessa linha, Ferreira (2011) pontua que se faz necessário diferenciar as desigualdades de participação *offline* e *online*, uma vez que se deve verificar se caso superadas as barreiras de acesso à participação *online* haverá impacto nos fatores de desigualdade *offline*, posto que estudos recentes têm demonstrado que os principais obstáculos à realização de deliberações públicas decorrem da apatia política e não de obstáculos à possibilidade de expressão ou de comunicação.

Entretanto, cabe registrar que os obstáculos para o exercício da cidadania podem ampliar essa apatia política ao dificultarem e indiretamente desestimularem a participação democrática.

Outrossim, a respeito da relação entre o uso da Internet e o exercício da cidadania, Lévy (2003) menciona que aqueles que desfrutam dessa tecnologia tendem a votar mais, possuem mais informação, sentem em si uma melhor capacidade de ação sobre o mundo e têm mais confiança no processo democrático.

A democracia digital não consiste apenas em gerar mais participação civil e deliberação pública, mas também em fornecer informações que promovam a transparência, a abertura e a responsabilização das agências governamentais em nível nacional e internacional, bem como em fortalecer os canais de comunicação interativa entre cidadão e instituições intermediárias (GOMES, 2018).

Sorj e Guedes (2005) ressaltam a importância que as escolas assumem enquanto instrumentos para socializar as novas gerações para o uso da Internet. Os autores apontam que se deve buscar implementar políticas de incentivo ao uso de *softwares* e de equipamentos eletrônicos por parte de alunos(as) a fim de capacitá-los(as) para o conhecimento de programas básicos e de motivá-los(as) para o uso desses diferentes recursos tecnológicos.

Nesse sentido, com o rompimento gradual desses obstáculos de acesso e uso das novas tecnologias, pode-se, no contexto da democracia digital, possibilitar que seja construído um espaço maior de diálogo, interação e participação do cidadão nas decisões políticas, acabando por se consubstanciar em um instrumento que pode, de forma complementar, contribuir para uma maior instrumentalização e o alcance da democracia participativa (PICANYOL, 2008).

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou refletir acerca do impasse inerente à exclusão digital ou *digital divide* e seu impacto para a cidadania participativa no contexto da sociedade em rede.

Como visto, as transformações advindas da tecnologia e, em especial, da invenção da internet revolucionaram a forma de viver em sociedade, agora denominada sociedade em rede. A sociedade, antes desconectada e isolada, passou a viver de forma global e interconectada por sistemas de redes.

Esse novo formato de sociedade em rede, embora entrelace, direta ou indiretamente, todas as pessoas, não trouxe consigo a resolução da exclusão social (o que não teria o condão de fazê-lo, tendo em vista a complexidade de fatores que envolvem tal exclusão), mas sim mais lucidez à outra forma de exclusão, a digital, o que deve ser enfrentado pelo Estado e pela sociedade.

A exclusão social possui raízes mais profundas, que impactam a vida das pessoas aos bens e serviços públicos, inclusive ao acesso ao direito fundamental à informação e ao conhecimento.

A *digital divide* (exclusão digital), oriunda da vida digital, que também é atingida pela exclusão social, com destaque ao Brasil, um país marcado fortemente pela desigualdade social, possui características próprias que foram detalhadas no desenvolvimento deste estudo.

Superar a exclusão digital é fundamental para a ampliação da utilização da cidadania digital ou cibercidadania como instrumento para a ampliação e o fortalecimento da participação política, em especial no âmbito da cidadania participativa.

Essa cidadania participativa, insculpida no corpo do texto constitucional de 1988, não refuta a importância da cidadania representada e dos partidos, mas coabita com ela com o intuito de ampliar o exercício da participação democrática na esteira do preconizado pelo Estado Social e Democrático de Direito.

Portanto, a cidadania efetivamente participativa deve abarcar espaços nos quais os cidadãos possam colaborar para a tomada de decisões que envolvam os rumos da sociedade, por meio do diálogo, da opinião, da consulta, do voto e da crítica.

Ademais, a construção teórica desta pesquisa demonstrou que os aspectos que envolvem a exclusão digital vão além do mero acesso à internet ou aos tradicionais mecanismos eletrônicos, tais como computador ou celular, uma vez que abarcam diversos fatores, como os de ordem técnica, individual ou social e geográfica.

Nesse sentido, cabe ressaltar o papel da educação nesse processo a partir das escolas, mas não somente por meio delas, tendo em vista a necessidade de pensar na inclusão daqueles(as) que já não estão no ambiente escolar ou que pouco contato tiveram com esse ambiente, os(as) quais também merecem atenção quanto à temática da exclusão digital, uma vez possuem papel socializante para as novas gerações na internet. Portanto, um desafio que exsurge é a necessidade de criarem-se condições para a implantação da educação digital nas escolas brasileiras (o que, no caso das escolas públicas, pode contribuir para a

diminuição da exclusão social), voltadas tanto para o mercado de trabalho e econômico, quanto para o exercício da cidadania.

Destarte, para que ocorra o acesso à informação e ao conhecimento por meio do uso das TICs e, por consequência, da disseminação da cidadania participativa digital, necessária se faz a ampliação/criação de políticas públicas de combate às desigualdades sociais e a criação de instrumentos que possibilitem incluir aqueles(as) excluídos(as) digitalmente, inclusive por seus aspectos culturais, étnicos, geracionais, técnicos ou geográficos.

É preciso investimento público no desenvolvimento de soluções voltadas para a cidadania, por meio das técnicas de engenharia de *software* e da utilização das tecnologias de informação e comunicação.

No âmbito da participação popular, o desenvolvimento de instrumentos eletrônicos, de cunho não só informativo, mas com efetiva interação cidadã, quanto às discussões realizadas no Poder Legislativo, mediante acesso pela internet, poderiam contribuir para a redução da exclusão digital e permitir uma maior interação da sociedade no processo legislativo.

Em matéria de transparência pública, o aperfeiçoamento dos portais eletrônicos a fim de ampliar as informações e os documentos disponíveis para além do que a legislação propõe, em uma concepção de Administração Pública digital, também tem condão para contribuir para a melhora da cidadania, ao menos em termos de acesso, quanto à exclusão digital.

Por fim, no tocante à cidadania participativa no âmbito das políticas públicas, o desenvolvimento de canais digitais interativos para os conselhos de direitos, em especial os municipais, também representaria uma medida digitalmente inclusiva, que daria mais visibilidade e fortalecimento a esses espaços da democracia participativa, amparados no paradigma do Estado Social e Democrático de Direito, que foi reconhecido no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A verdade é que não existe somente uma solução para a eliminação da exclusão digital, tal como a exclusão social, mas sim diversas pontes que podem levar ao cenário mais inclusivo possível, sendo que toda medida de inclusão digital contribuirá para uma melhora social e vice-versa.

Nesse contexto, cabe uma última reflexão: não se pode culpar os recursos tecnológicos como causadores da desigualdade social, pois isso é algo que não se sustenta. A problemática associada à exclusão social é algo mais profundo, enraizado a elementos históricos de um processo político e econômico excludente, que marcaram e continuam marcando profundamente a sociedade brasileira e os demais países da América Latina.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lília Bilati de et al. O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira. *JISTEM J. Inf. Syst. Technol. Manag.*, [Online], São Paulo, v. 2, n. 1, p. 55-67, 2005. Available from: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1807-17752005000100005&lng=en&nrm=iso. Access on: 26 aug. 2020.

ARAUJO, Adriane Matos de. *Exclusão digital em educação no Brasil: um estudo bibliográfico*. 2016. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

ARAUJO, Lucimar Goulart da Costa. *O projeto de inclusão digital no Brasil: avanços e lacunas*. 2015. Dissertação (Mestrado em Estudos Populacionais e Pesquisas Sociais) - Escola Nacional de Ciências Estatísticas, Rio de Janeiro, 2015.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Acesso à informação para o exercício do controle social: desafios à construção da cultura da transparência no Brasil e diretrizes operacionais e legais para os portais no âmbito municipal*. Relatório de Pesquisa Pós-Doutoral. Curitiba: PPGD-PUCPR, 2019.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Tradução de Gresliana Nunes Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em rede*. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade* [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2015.

CÔMITE GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação dos domicílios brasileiros: TIC domicílios 2018* [livro eletrônico]. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2019.

COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições da história da democracia*. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

FERREIRA, Gil Baptista. Democracia digital e participação política: o acesso e a igualdade na deliberação *online*. *Media & Jornalismo*, Instituto Politécnico de Coimbra, n. 18, v. 10, n. 1, pp. 46-61, 2011.

GOHN, Maria da Glória. *O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias*. São Paulo: Cortez, 2005.

GOMES, Elisabeth. Exclusão digital: um problema tecnológico ou social? *Trabalho e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 2, n. especial, dez. 2002. 8 p. Disponível em: http://www.radio.faced.ufba.br/twiki/pub/GEC/RefID/Elisabeth_Gomes_ED.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

GOMES, Wilson. *A democracia no mundo digital: história, problemas e temas*. São Paulo: Edições Sesc, 2018.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTÍN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática* [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. Disponível em: www.unisc.br/edunisc. Acesso em: 20 jul. 2019.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Jr. 2. ed., rev. e atual. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017-2018*. Brasília, DF: IBGE, 2020.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. 1. ed. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2003.

MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. Democracia on-line e o problema da exclusão digital. *Intexto*, Porto Alegre, n. 30, p. 93-113, jul. 2014.

MORIN, Edgar. *O método 4: as ideais: habitat, vida e costumes*. Tradução de Juremir Machado da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NORRIS, Pippa. *Digital Divide: Civic Engagement, Information Poverty, and the Internet Worldwide*. New York (EUA): Cambridge University Press, 2001.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PÉREZ-LUNO, Antonio Henrique. *Cibercidadanía@ociudadanía.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.

PICANYOL, Jordi Sanches i. *La democracia electrónica*. Barcelona: UOC, 2008.

PILATI, José Isaac. *A propriedade e função social na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RANDOLPH, Rainer; LIMA, Mário Hélio Trindade de. Novas formas de exclusão social? Reflexões sobre o digital divide. *Cadernos Metrópole*, [S.l.], n. 4, p. 93-117, maio 2012. ISSN 2236-9996. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/metropole/article/view/9303>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ROBERTO, Magda Sofia; FIDALGO, António; BUCKINGHAM, David. De que falamos quando falamos de infoexclusão e literacia digital? Perspectivas dos nativos digitais. *OBS**, Lisboa, v. 9, n. 1, p. 43-54, jan. 2015. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1646-59542015000100003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 30 abr. 2020.

ROVER, Aires José. *Governo eletrônico e inclusão digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SORJ, Bernardo; GUEDES, Luís Eduardo. Exclusão digital: problemas conceituais, evidências empíricas e políticas públicas. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 72, p. 101-117, jul. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002005000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26 ago. 2020.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. *A cidadania na república federativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde*. 2013. 540 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

Recebido/Received: 29.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.12.2020.

QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A PROTEÇÃO DO HOMEM NO DIREITO BRASILEIRO

FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE PROTECTION OF MAN IN BRAZILIAN LAW

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA¹
FERNANDA CORRÊA PAVESI LARA²

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo traçar uma aproximação entre o contexto de profunda transformação caracterizado pela Quarta Revolução Industrial e o Direito, investigando a (in)existência de regramentos legais para proteção do homem em sua individualidade, a (in)suficiência dos direitos e garantias individuais e os desafios para o estabelecimento de novos marcos legislativos. Para tanto, seguindo o método hipotético-dedutivo e como procedimentos investigativos a revisão bibliográfica em livros e periódicos sobre o tema, o trabalho apresenta-se dividido em três seções, primeiramente optou-se por delinear o contexto da Quarta Revolução Industrial e seus marcos característicos, na sequência a relação homem/máquina e os desafios do uso da inteligência artificial e na última seção são apresentados os contornos legislativos atinentes a proteção do homem. Como resultados pondera-se que o papel do Direito no contexto abordado não necessariamente será o de estabelecer novos marcos legislativos, mas, sobretudo, buscar garantias para o cumprimento dos preceitos legislativos já existentes que deverão ser reinterpretados à luz da quarta revolução industrial.

Palavras-chave: Dados pessoais. Inteligência artificial. Quarta Revolução Industrial. Direitos Fundamentais.

- 1 Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State – EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br
- 2 Doutoranda Bolsista PROSUP/CAPES (módulo taxa) pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá – Unicesumar, tendo como linha pesquisa instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professora Coordenadora Adjunta do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Maringá. ID Lattes: 7388198291636030. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3121-7996>. Email: fernandapavesi@hotmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi. *Quarta revolução industrial, inteligência artificial e a proteção do homem no direito brasileiro*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 300-311, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8223>.

ABSTRACT

The research aims to draw an approximation between the context of profound transformation characterized by the Fourth Industrial Revolution and the Law, investigating the (in) existence of legal rules for the protection of man in his individuality, the (in) sufficiency of individual rights and guarantees and the challenges for establishing new legislative frameworks. For this purpose, following the hypothetical-deductive method and the bibliographic review in books and periodicals on the topic as investigative procedures, the research is divided into three sections. First it decides to outline the context of the Fourth Industrial Revolution and its characteristic milestones, then the man / machine relationship and the challenges of using artificial intelligence, and in the last section, the legislative outlines related to the protection of man will be presented. As results, it is considered that the role of law in the context addressed will not necessarily be to establish new legislative frameworks, but, above all, to seek guarantees for the fulfillment of existing legislative precepts which should be reinterpreted in the light of the fourth industrial revolution.

Keywords: Personal data. Artificial intelligence. Fourth Industrial Revolution. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A tecnologia tem permeado o modo de vida da sociedade, está inserida no cotidiano das pessoas e mais cedo ou mais tarde promoverá a transformação da humanidade, seja nos relacionamentos interpessoais, no trabalho, nas necessidades do dia a dia, o que outrora soava como profecia a cada dia tem se concretizado e a tecnologia se apropriado das relações sociais revolucionando várias esferas da vida humana.

Diante da dinamicidade das transformações provocadas pelo impacto da tecnologia ainda não é possível estabelecer a amplitude, profundidade e a velocidade com que irão ocorrer o que demanda, no tocante a Ciência do Direito, especial atenção aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, com o objetivo de traçar uma aproximação entre o contexto de profunda transformação caracterizado pela Quarta Revolução Industrial e o Direito, a pesquisa propõe-se a investigar a (in)existência de regramentos legais para proteção do homem em sua individualidade, a (in)suficiência dos direitos e garantias individuais e os desafios para o estabelecimento de novos marcos legislativos.

Para tanto, seguindo o método hipotético-dedutivo e adotando como procedimentos investigativos a revisão bibliográfica em livros e periódicos sobre o tema, optou-se por sistematizar o trabalho em três seções.

Primeiramente, desenvolver-se-á o contexto das profundas transformações tecnológicas denominado de Quarta Revolução Industrial adotando-se como referencial teórico o entendimento de Klaus Schab (2016; 2019), correlacionando os marcos disruptivos na existência humana com os direitos fundamentais e com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

No segundo movimento, serão apresentados os contornos da inteligência artificial e a relevância da disponibilidade de dados em abundância para seus avanços destacando, por conseguinte a relação homem/máquina. Por fim, na última seção, buscar-se-á construir um panorama acerca da legislação nacional convergente a proteção do homem em sua indi-

vidualidade mantendo o foco no contexto das profundas transformações tecnológicas ora investigado.

Assim, pretende-se descortinar caminhos para o aprofundamento científico na temática, em especial, analisando ações preditivas na seara jurídica e a importância da abertura científica do Direito para o diálogo com outras fontes.

1. SOBRE O CONTEXTO DAS TRANSFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS: A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Nos últimos 250 anos, três Revoluções Industriais mudaram o mundo e a base das transformações tiveram como mote os avanços técnico-científicos. "Em cada uma delas, as tecnologias, os sistemas políticos e as instituições sociais evoluíram juntos, mudando não apenas as indústrias, mas também a forma como as pessoas se viam em suas relações umas às outras e ao mundo natural" (SCHWAB, 2019).

Para aproximação do contexto da quarta revolução industrial, buscar-se-á partir da investigação do termo exposto por Klaus Schwab (2016, p. 16), que aponta para as transformações sociais promovidas pela tecnologia como profundas, disruptivas e capazes de promover mudança de paradigma do modo de viver do homem, essa revolução é denominada pelo autor de "Quarta Revolução Industrial", marcada pela "fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos".

Nessa revolução, as tecnologias emergentes e as inovações generalizadas são difundidas muito mais rápida e amplamente do que nas anteriores, as quais continuam a desdobrar-se em algumas partes do mundo. A segunda revolução industrial precisa ainda ser plenamente vivida por 17% da população mundial, pois quase 1,3 bilhão de pessoas ainda não têm acesso à eletricidade. Isso também é válido para a terceira revolução industrial, já que mais da metade da população mundial, 4 bilhões de pessoas, vive em países em desenvolvimento sem acesso à internet. O tear mecanizado (a marca da primeira revolução industrial) levou quase 120 anos para se espalhar fora da Europa. Em contraste, a internet espalhou-se pelo globo em menos de uma década (SCHWAB, 2016, p. 17).

Os impactos da quarta revolução industrial são narrados pelo autor como sendo da mais variada ordem, na economia, nos negócios, nos governos, países, regiões, cidades, na sociedade como todo e no indivíduo, ponto de inflexão da pesquisa. Especialmente nos negócios a denominada indústria 4.0 insere-se nos processos de transformação da quarta revolução industrial e alinha-se a esse contexto, dado os avanços nos métodos de industrialização.

They need to be dealt within order to fully realise the potential of this fourth industrial revolution. Industry 4.0 will continue to embrace cuttingedge technology and techniques, and will open up new applications that will impact industrial sectors and tomorrow's complex industrial ecosystems. Advanced ICT can and will contribute to the success of Industry 4.0 (XU; XU; LI, 2018).

No âmbito do indivíduo os impactos são múltiplos e atingem fortemente a identidade e os aspectos relacionados a ela como, o senso de privacidade, a noção de propriedade, os

padrões de consumo, o tempo destinado ao trabalho, ao lazer, o desenvolvimento da carreira profissional, o cultivo das competências profissionais, os relacionamentos e a forma como interagimos uns com os outros, são descritos por Klaus Schwab (2016, p. 99).

As extraordinárias inovações provocadas pela quarta revolução industrial, desde as biotecnológicas até aquelas da IA, estão redefinindo o que significa ser humano. Elas estão aumentando os atuais limites da expectativa de vida, saúde, cognição e competência de maneiras que antes pertenciam somente ao mundo da ficção científica. Com o avanço dos conhecimentos e das descobertas em andamento nesses campos, é fundamental que nosso foco e nosso compromisso estejam concentrados em permanentes discussões éticas e morais. Por sermos seres humanos e animais sociais, precisamos pensar individual e coletivamente sobre como responder a temas como a extensão da vida, os bebês projetados, extração de memória e muito mais (SCHWAB, 2016, p. 100).

Predizer os desdobramentos causados pela quarta revolução industrial na individualidade que cerca a vida humana é algo que intriga pesquisadores do mundo remetendo-os, por vezes, a utopias e distopias que tornam a questão ainda mais intrigante. Fato que, as transformações tendem a modificar o espaço de vida, inicialmente marcado pela relação homem/natureza, com os incrementos tecnológicos tendem a ser marcados pela relação homem/máquina, não qualquer máquina, mas uma capaz de desenvolver caminhos comparados a inteligência humana³.

No contexto investigado, destaca-se o direito humano ao livre desenvolvimento da personalidade que encontra suas raízes na Declaração Universal dos Direitos Humanos previsto, em especial, nos art. XXII⁴ e art. XXIX⁵. Reconhecido há décadas e alinhado a construção histórica de Direitos relativos à condição humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade assume espaço redimensionado, posto que o ambiente propício para se desenvolver como humano poder ser único e completo, assume contornos que a sociedade precisará reconstruir, em especial, o entendimento de segurança social, esforço nacional, econômico e cultural para promoção de espaço propício para o livre desenvolvimento da personalidade.

Acerca do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, Lixinski (2006, s/p) pondera que seu nascedouro na Declaração de Direitos Humanos consagra o direito ao auto-desenvolvimento, analisado tanto pelo aspecto privatístico quanto do aspecto público alinhado a postura do Estado de garantidor de Direitos⁶.

Na mesma trilha do direito a dignidade humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é delineado por Moreira e Alves (2015, s/p) como sendo direito,

3 Nick Bostron (2018, p. 55), define a superinteligência como "qualquer intelecto que exceda em muito o desempenho cognitivo dos seres humanos em, virtualmente, todos os domínios de interesse".

4 Conforme art. XXII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade" (DUDH, 1948).

5 Conforme art. XXII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível" (DUDH, 1948).

6 Esclarece Lixinski (2006, s/p) que "As propostas para inserção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade foram via de regra defendidas por delegados de países de orientação política socialista, numa tentativa de dar maior evidência e força aos direitos sociais, econômicos e culturais, à época uma nova construção, mesmo de certa forma resumindo-os em uma única expressão".

Ligado à dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade expressa à ideia da pessoa decidir o seu próprio plano de vida. As noções de liberdade, autonomia e de autodeterminação constituem a essência da personalidade moral e o livre desenvolvimento da personalidade retrata justamente uma concepção dinâmica e evolutiva da personalidade humana que se desenvolve livremente por meio de atos, relações e negócios jurídicos. Este direito tutela e promove as escolhas existenciais de cada pessoa, visando a sua própria formação e preservando, assim, a sua individualidade e dignidade naquilo que o ser humano é, e naquilo que pode ser (MOREIRA, ALVES, 2015, s/p.)

Para Nery (2015, s/p), tal direito está intimamente ligado a uma imensa gama de fenômenos humanos, conforme,

No que toca ao chamado *direito ao desenvolvimento da personalidade (das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit)*, no extenso rol de fenômenos que sinalizam a existência de inter-relações que podem ser classificadas com esse epíteto, apontam-se: (a) liberdade de ação; (b) liberdade corporal de movimentação; (c) a atividade de força de trabalho; (d) a atividade industrial; (e) a atividade vocacional; (f) a atividade cultural; (g) liberdade de associação e reunião; (h) liberdade de expressão do pensamento; (i) a atitude e a atividade religiosa e ética, e (j) a instrução e o aproveitamento da formação (grifos no original) (NERY, 2015, s/p).

Partindo do pressuposto da subjetividade de cada ser humano e da liberdade de se constituir em sua inteireza e unicidade em um núcleo social e cultural, o contexto imprimido pela quarta revolução industrial é carregado de impactos positivos e negativos que estão em curso. Assim, percebe-se que os caminhos para se assegurar o direito ao livre desenvolvimento a personalidade perpassam, por conseguinte a garantia ao "*direito sobre a individualidade (das Recht auf Individualität)*", celebrando uma peculiar forma de aceitar a individualidade do homem, seu caráter próprio e sua aproximação da imagem humana ideal" (NERY, 2015, s/p) grifos no original.

A individualidade, ao ver de Hubmann (apud Nery, 2015, s/p), tem três esferas distintas:

(a) a esfera individual – nome, honra, imagem física, imagem de vida, imagem de caráter, palavra falada e palavra escrita; (b) a esfera privada – aquilo que o indivíduo pode subtrair do conhecimento da mídia, e (c) a esfera secreta – ações, expressões, sentimentos de que ninguém deve tomar conhecimento. (NERY, 2015, s/p)

A proteção dos pilares da individualidade da vida humana no contexto da quarta revolução industrial, devem ser preservados. Assim, denota-se que certas tecnologias possuem seus impactos na natureza humana relativamente já estudados e mapeados pela comunidade científica, ou melhor compreendidos pela academia como o caso da internet, no entanto outras por serem mais difíceis de precisar os impactos ainda não carregam a mesma clareza, como é o caso da Inteligência Artificial (IA).

2. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: A RELAÇÃO HOMEM/MÁQUINA E A IMPORTÂNCIA DOS DADOS

Segundo Dora Kaufman (2018a, p. 19), a inteligência artificial "propicia a simbiose entre o humano e a máquina ao acoplar sistemas inteligentes artificiais ao corpo humano", como próteses no cérebro, membros biônicos, dentre outros. Descreve a autora, que a relação homem/máquina é marcada pela "interação entre o homem e a máquina como duas "espécies" distintas conectadas (homem-aplicativos, homem-algoritmos de IA)".

O termo inteligência artificial foi apresentado e conceituado pela primeira vez em 1955, pelo pesquisador John McCarthy, como "a ciência e a engenharia de fazer máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes" (apud KAUFMAN, 2018b, p. 10). Outra célebre definição foi cunhada por Russell e Norvig, como "o estudo e concepção de agentes inteligentes, onde um agente inteligente é um sistema que percebe seu ambiente e realiza ações que maximizam suas chances de sucesso" (apud KAUFMAN, 2018b, p. 10).

Analisando com vistas a complementar os conceitos acima Davi Geiger apontou que a primeira definição de McCarthy carecia da explicação acerca do que é "inteligência". Já na definição de Russell e Norvig, "faltam definições do que é "sucesso", do que é "perceber um ambiente", do que é "ação"". Geiger compõe assim a sua definição "Inteligência Artificial é a ciência e a engenharia de criar máquinas que tenham funções exercidas pelo cérebro dos animais" (GEIGER apud KAUFMAN, 2018b, p. 10).

Certo que o incremento das pesquisas científicas e os avanços industriais na área da tecnologia tem expandido o uso da inteligência artificial que já se incorporou ao cotidiano das sociedades, as vantagens e facilidades promovidas pelos algoritmos são contrastadas aos riscos gerados pela ausência de mapeamento acerca dos rumos que a utilização da inteligência artificial poderá acarretar.

A relação homem-máquina é tão imbricada quando se refere à inteligência artificial, pois ao mesmo tempo o homem é gerador e consumidor dos dados. "O crescimento exponencial dos dados inviabiliza a programação tradicional, remetendo inevitavelmente às técnicas de aprendizado de máquinas". Dora Kaufman (2018a, p. 29), leciona que "os algoritmos de aprendizado são os casamenteiros: eles encontram produtores e consumidores um para o outro com o melhor dos dois mundos: a diversidade de opções e o baixo custo da grande escala, com o toque da personalização associado aos pequenos".

Por tal contexto, abordar a proteção à privacidade torna-se tema relevante e muito sensível. Davi Geiger (apud KAUFMAN, 2018b, p. 11), esclarece que "não é apenas uma questão de identificar algoritmos, pois o problema inclui o acesso a dados, e o uso e a distribuição de tal dados. Sim, a combinação e correlação de dados de fontes diferentes produzindo novas informações pessoais são feitas por algoritmos, que obtêm correlações estatísticas".

Estabelecer os limites entre os benefícios e malefícios dos serviços que carregam consigo a inteligência artificial, bem como analisar até que ponto invadem as esferas de privacidade dos indivíduos são discussões que merecem prosperar à medida que "o risco maior está na combinação e correlação de dados originados em distintas fontes, que geram novos dados privados (correlações estatísticas) livres de supostos acordos de privacidade" (KAUFMAN, 2018c, p. 49).

A reflexão assume relevância eis que para o desenvolvimento da inteligência artificial em níveis de aprendizado profundo⁷, a abundância de dados relevantes é fundamental, nestes termos denota-se que não basta o desenvolvimento de algoritmos é fundamental que hajam dados disponíveis.

Fagan e Levmore (2019), provocam no sentido de que “a good question to ask at this point is what level of confidence should be required before decision-making is entirely outsourced to the machine or before a human overrules the AI”, os autores sugerem a importância da integração entre os seres humanos e as máquinas. “In terms of AI, and its ability to make predictive inferences, the problem of overfit is always present so long as an additional observation adds at least one new variable to consider”.

There are two reasons to think that AI is less likely than humans to be fooled by reversal paradoxes and statistical errors. The first, as suggested earlier, is that AI can handle big data. Reversals are more likely to occur when there is a high level of variance regarding the key variable under scrutiny in the underlying population. In the presence of substantial variance, a random sample is more likely to miss critical features of the population. The initial inquiry generates a biased result when examining the relationship among variables [...] The second advantage of AI in this respect derives from its ability to find connections in data; it looks for things that humans do not know, or have not the energy, to examine (FAGAN; LEVMORE, 2019, p. 29 -30).

Todo movimento de expansão da inteligência artificial requer a sistematização de “novos arcabouços legais e regulatórios”, para tanto, dois desafios precisam ser suplantados no âmbito dos regramentos de proteção da privacidade do indivíduo e do uso sustentável da inteligência artificial⁸, são eles, “o conhecimento limitado do tema pelos legisladores e a velocidade das transformações em curso” (KAUFMANN, 2018b, p. 13).

Recentemente, a Google quando questionada pela União Europeia acerca dos desafios relacionados à inteligência artificial, a resposta da empresa foi que não criassem novas leis e regulamentos que viessem a engessar o desenvolvimento tecnológico, asseveraram que “já existem muitos regulamentos e códigos legais que são de natureza neutra em tecnologia e, portanto, suficientemente amplos para serem aplicados à IA, mas vale a pena avaliar se existem lacunas no contexto de problemas concretos específicos”, continuam que uma vez detectadas “ quaisquer lacunas identificadas devem ser tratadas por meio de regras práticas baseadas em princípios, baseadas na legislação existente, para evitar a criação de obrigações legais excessivamente complexas ou conflitantes” (CHEE, 2020).

7 “O aprendizado profundo é o que se conhece como “IA estreita” – inteligência que coleta dados de um domínio específico e o aplica à otimização de um resultado específico. Apesar de impressionante, ainda está muito longe da “IA geral”, a tecnologia para todos os fins que pode fazer o mesmo que um humano é capaz” (LEE, 2019).

8 Recomendações para o desenvolvimento da Inteligência artificial (WHITTAKER, 2018, p. 4-6).

3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS INDIVÍDUOS FRENTE AOS AVANÇOS ADVINDOS DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Na seara da proteção do indivíduo, usuário das tecnologias envolvendo em especial a inteligência artificial, pode-se destacar a proteção geral já prevista no ordenamento jurídico nacional acerca da privacidade, em especial, o art. 5º, X da Constituição Federal.

In Brazil, the regulations applicable in the case of personal data can be found in the Federal Constitution of 1988 and provide guarantees to citizens in regards to the inviolability of privacy, the confidentiality of correspondence, data and telephone communications, except in cases where there is a judicial order that lifts these rights" (SOARES; CARABELLI, 2019). The important right to informational self-determination, which is a constitutional protection provided in art. 5, X, of the Magna Carta, should be applied in social relations by virtue of its horizontal application by imposing the principle of maximum effectiveness of fundamental rights (SOARES; KAUFFMAN; SALES, 2019). Furthermore, the Law no. 12.965/2014, known as the Brazilian Civil Rights Framework for the Internet, in its art. 7 ensures users the rights to the use of the Internet in Brazil, amongst these rights, the inviolability of intimacy and privacy, the confidentiality of information flow for Internet communications, as well as the rights to the stored private communications. A new legislation was approved and entered into force in 2018 in order to provide greater protection to society in the face of such technological transformation, Law 13.709/2018, which regulates data protection (SOARES, et.al, 2020, p. 3)

No contexto da quarta revolução industrial novos problemas sociais oriundos do uso da inteligência artificial (IA) ou mau uso das tecnologias da informação e comunicação (TICs), acarretam a necessidade de reinterpretar a proteção dos direitos fundamentais a luz das novas demandas. Sob tal vertente, Mendes (2011, s/p) defende o direito fundamental a proteção de dados pessoais com vistas à tutela da personalidade do homem, consubstanciado dos artigos da Constituição Federal, quais sejam, "o direito material à proteção de dados pessoais, baseado no art. 5.º, X, da CF/1988, e a garantia instrumental para a proteção desse direito, consubstanciada na ação do habeas data (art. 5.º, LXXII, da CF/1988)".

A importância de proteção dos dados pessoais, "exige que o titular tenha efetivo controle sobre a circulação dos seus dados na sociedade, o que somente pode ser alcançado por meio da garantia dos direitos de acesso, cancelamento e retificação dos dados" (MENDES, 2011, s/p).

Barrientos-Parra e Melo (2008, p. 208) indicam que a base para legislação nacional deve estar alinhada a Diretriz 95/46/EC da União Europeia, que estabelece, "the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data⁹", em especial, o autor indica a necessidade "de que a informática esteja a serviço do indivíduo e de que não atente nem contra a identidade humana, nem contra os direitos do homem, nem contra a vida privada, nem contra as liberdades individuais nem públicas".

9 Conforme tradução livre, "a proteção das pessoas em relação ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados" (EUROPA, 1995).

O Marco Civil da Internet, Lei nº 1.295, de 23 de abril de 2014, logo no artigo primeiro indica a função da norma de estabelecer “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil” (BRASIL, 2014), prevendo diretrizes para atuação dos entes públicos do Estado nesse campo pode ser considerada a primeira legislação atinente a proteção de dados no Brasil. Tanto no art. 3º do Marco Civil da Internet¹⁰, quanto no art. 7º da referida lei denota-se a preocupação do legislador nacional convergente a proteção de dados pessoais.

Avançando na garantia do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, denominada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) estabelece logo no primeiro artigo seu objetivo central, qual seja, o de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (BRASIL, 2018). No entanto, a lei que tinha vigência prevista para agosto de 2020 foi alterada pela Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020, ampliando a *vacatio legis* para 03 de maio de 2021 (BRASIL, 2020).

No Brasil, especificamente sobre a inteligência artificial tramitam no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5051, de 2019, que “estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil” (BRASIL, 2019a) e visa estabelecer a regulamentação da IA no território nacional e o Projeto de Lei nº 5691, de 2019, que propõe instituir uma Política Nacional de Inteligência Artificial, “com o objetivo de estimular a formação de um ambiente favorável ao desenvolvimento de tecnologias em Inteligência Artificial” (BRASIL, 2019b).

Por ora, os projetos em apreço estão em fase de discussão e as possíveis ameaças de lesão a bens juridicamente tutelados relativas à ausência de controle da inteligência artificial seja na violação dos direitos de privacidade, seja nas decisões automáticas discriminatórias ou sem motivação e explicação, por exemplo, deverão ser resguardadas pelo arcabouço legislativo vigente.

No entanto, é preciso avançar no caminho para desenvolvimento de uma “legislação que proteja a sociedade sem impedir a inovação; proibições genéricas baseadas em medos abstratos só aumentarão a burocracia e reduzirão a produtividade. Uma boa legislação deve incentivar o progresso e evitar as ameaças” (COZMAN, 2018, p. 39).

Cabe não olvidar que encontrar o liame entre a proteção legislativa, o progresso e o incremento da inteligência artificial exigirá esforços conjuntos das várias esferas da sociedade, caminhos que deverão ser trilhados tanto no plano nacional, como em alinhamento com o plano internacional de cooperação para o desenvolvimento sustentável da IA.

10 Conforme Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 2014).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denota-se que as transformações tecnológicas oriundas da quarta revolução industrial apontam para o protagonismo da Ciência do Direito no enfrentamento da proteção da singularidade da vida humana, das garantias para espaço social seguro para o livre desenvolvimento da personalidade. Entretanto, pondera-se que o papel do Direito no contexto abordado, não necessariamente será o de estabelecer novos marcos legislativos, mas, sobretudo, buscar garantias para o cumprimento dos preceitos legislativos já existentes, que deverão ser reinterpretados à luz da quarta revolução industrial.

As estratégias do Estado via instituição de políticas públicas convergentes à proteção dos indivíduos frente às incertezas da inteligência artificial podem funcionar com importante artifício para enfrentamento sistêmico da desigualdade e riscos potenciais de agravamento da mesma em decorrência da IA e do próprio contexto social desenhado pela quarta revolução industrial.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito; RIGÃO, Livia Carla Silva. Cultura da periferia e as canções de rap: um olhar para as "vozes silenciadas" a partir da filosofia de Enrique Dussel. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 1, 2020.
- BARRIENTOS-PARRA, Jorge; MELO, Elaine Cristina Vilela Borges. O direito à intimidade na sociedade técnica: Rumo a uma política pública em matéria de tratamento de dados pessoais. *Revista de Informação Legislativa. Brasília*, a. 45. n. 180, out./dez. 2008. p. 197-213.
- BOSTROM, Nick. *Superinteligência: caminhos, perigos, estratégias*. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2018.
- BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. *Estabelece Princípios, Garantias, Direitos e Deveres para o Uso da Internet no Brasil*. Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 de jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 de jun. 2020.
- BRASIL. Presidência da República. *Medida Provisória nº 959*. Brasília, DF, 29 abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv959.htm#art4. Acesso em: 10 de jun. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 5051, de 2019 – Estabelece princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil*. Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8009064&ts=1582300610026&disposition=inline> Acesso em 08 jun. 2020.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 5691, de 2019 – Estabelece princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil*. Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8031122&ts=1582300641960&disposition=inline> Acesso em 08 jun. 2020.
- CASTRO, Alexander; NASCIMENTO, Gabriel Bassaga. Liberdade de expressão frente à liberdade religiosa: direitos fundamentais em conflito e proteção de direitos da personalidade frente a discursos de ódio. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 3, 2019.
- CHEE, Foo Yun. Google quer que UE não crie novas leis sobre IA. *Reuters*. Brasil, 28 maio, 2020.

COSTA, Fabrício Veiga; PINTO, Alisson Alves. A ressocialização do detento a partir do prazo para o cumprimento da função social da empresa na sociedade contemporânea. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 3, 2019.

COZMAN, Fabio G. Inteligência Artificial: uma utopia, uma distopia. *Teccogs: Revista Digital de Tecnologias Cognitivas*, TIDD | PUC-SP, São Paulo, n. 17, p. 32-43, jan-jun. 2018. Disponível em: https://www.pucsp.br/pos/tidd/teccogs/edicao_completa/teccogs_cognicao_informacao-edicao_17-2018-completa.pdf. Acesso em: 09 de jun. 2020.

DUDH. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Comitê de Redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948.

EUROPA. *Directive 95/46/EC*. European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Official Journal L 281 , 23/11/1995 p. 0031 – 0050. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj>. Acesso em: 15 dez. 2019.

FAGAN, Frank; LEVMORE, Saul. The Impact of Artificial Intelligence on Rules, Standards, and Judicial Discretion. *Southern California Law Review*, v. 93, n. 1, pp. 1, 2019; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 704; University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 876. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3362563> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3362563>

KAUFMAN, Dora. Dossiê: Deep learning: a Inteligência Artificial que domina a vida do século XXI. *Teccogs: Revista Digital de Tecnologias Cognitivas*, TIDD | PUC-SP, São Paulo, n. 17, p. 17-30, jan-jun. 2018a. Disponível em: https://www.pucsp.br/pos/tidd/teccogs/edicao_completa/teccogs_cognicao_informacao-edicao_17-2018-completa.pdf. Acesso em: 08 de jun. 2020.

KAUFMAN, Dora. Entrevista com Davi Geiger. *Teccogs: Revista Digital de Tecnologias Cognitivas*, TIDD | PUC-SP, São Paulo, n. 17, p. 10-15, jan-jun. 2018b. Disponível em: https://www.pucsp.br/pos/tidd/teccogs/edicao_completa/teccogs_cognicao_informacao-edicao_17-2018-completa.pdf. Acesso em: 08 de jun. 2020.

KAUFMAN, Dora. O protagonismo dos algoritmos da Inteligência Artificial: observações sobre a sociedade de dados. *Teccogs: Revista Digital de Tecnologias Cognitivas*, TIDD | PUC-SP, São Paulo, n. 17, p. 44-58, jan-jun. 2018c. Disponível em: https://www.pucsp.br/pos/tidd/teccogs/edicao_completa/teccogs_cognicao_informacao-edicao_17-2018-completa.pdf. Acesso em: 08 de jun. 2020.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. El derecho convencional y los retos de su implementación en los estados parte. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 3, 2019.

LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, Thomson Reuters. v. 27, 2006. p. 201-222, Jul - Set, 2006.

LOZANO, Luis Gerardo Rodríguez. León duguit y el servicio público: ideas para el siglo XXI. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 1, 2020.

LUCAS, Douglas Cesar. Direitos humanos, identidade e a política de reconhecimento de Charles Taylor. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 3, 2019.

MAGLIACANE, Alessia. L'armee des reserves dans la mondialisation : la parabole de la femme italienne de la constitution au post-fordisme. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 3, 2019.

MARTÍN, Ignacio Durbán Origen y fundamentos del sistema plurilegislativo civil español. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 8, N. 1, 2020.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, Thomson Reuters. v. 79, 2011. p. 45-81, Jul - Set., 2011. DTR\2011\2474.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Supremo tribunal federal e diálogo institucional: há um controle jurisdicional de políticas públicas no brasil? *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 7, N. 3, 2019.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; ALVES. Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual. *Revista de Direito Privado*, Thomson Reuters. v. 64, 2015. p. 81-102, Out - Dez., 2015. DTR\2016\136.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Distinção entre “personalidade” e “direito geral de personalidade” uma disciplina própria. Aula inaugural proferida no Curso de Pós-graduação em Direito da PUC-SP, em 18.08.2014, na disciplina Direito de personalidade, proteção de dados e tecnologias informativas – 2.º semestre de 2014. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, Thomson Reuters. v. 8, 2015. p. 473-478, Ago., 2015. DTR\2015\11483.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

SOARES, Marcelo Negri; Kauffman, M. E.; Chao, K. M.; Saad, M. O. New Technologies and the Impact on Personality Rights in Brazil. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, 2020, 25.1.

WHITTAKER, Meredith; et al. *AI Now Report 2018*. IA NOW. Disponível em : https://ainowinstitute.org/AI_Now_2018_Report.pdf Acesso em 08 de jun. de 2020.

XU, Li da; XU, Eric L.; LI, Ling. Industry 4.0: state of the art and future trends. *International Journal Of Production Research*, [s.l.], v. 56, n. 8, p. 2941-2962, 9 mar. 2018. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/00207543.2018.1444806>.

Recebido/Received: 28.08.2020.

Aprovado/Approved: 26.12.2020.

TEORIA ECONÔMICA DO CRIME: POR UMA POLÍTICA CRIMINAL CIENTIFICAMENTE ORIENTADA

ECONOMIC THEORY OF CRIME:
TOWARDS A SCIENTIFICALLY ORIENTED CRIMINAL POLICY

ALLAN VERSIANI DE PAULA¹

JULIO CESAR DE AGUIAR²

NEFI CORDEIRO³

RESUMO

O artigo pretende responder à questão de como o método científico inerente à teoria econômica do crime pode ser útil ao aprimoramento da política criminal no Brasil. Inicialmente, o artigo faz uma revisão da literatura sobre a teoria econômica do crime. Em seguida, utiliza o método hipotético-dedutivo para analisar de que modo a teoria econômica do crime pode ser aplicada a três questões inseridas no cenário jurídico-criminal brasileiro. O resultado da análise evidencia o potencial da teoria sob os ângulos preditivo, empírico e normativo. Conclui-se que a teoria econômica do crime, embora apresente limitações, permite a produção de conhecimento científico para orientar a construção mais bem informada da política criminal brasileira, o que possibilita a obtenção, a menor custo, de melhores respostas no enfrentamento à criminalidade.

Palavras-chave: Direito penal. Teoria econômica do crime. Política criminal.

ABSTRACT

The paper aims to answer the question concerning how the scientific method adopted by the economic theory of crime might be useful to the improvement of criminal policy in Brazil. Initially, the paper reviews the literature on economic theory of crime. Then, it uses the hypothetical-deductive method to analyze how the economic theory of crime can be applied to three questions inserted in the Brazilian legal-criminal scenario. The result of the analysis shows the potential of the theory from the predictive, empirical and normative

- 1 Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2019-2020). Pós-graduado em "Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos" pela Universidade Federal de Lavras/MG (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2000). Procurador da República do Ministério Público Federal desde 2005. Ex-Procurador Federal da Advocacia-Geral da União (2002-2005). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1451-5414>. E-mail: allanversiani@gmail.com.
- 2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. PhD in Law pela University of Aberdeen, Reino Unido. Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas. Pesquisador-Colaborador Pleno do Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8252-2894>. E-mail: juliocesar.deaguiar@gmail.com.
- 3 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1995). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1988), graduação em Engenharia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1998), graduação em Oficial Militar pela Academia Policial Militar do Guatupê (1983). Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), atualmente na 6ª turma (matéria criminal). Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1490-3118>. E-mail: nefi.cordeiro@msn.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

PAULA, Allan Versiani de; AGUIAR, Julio Cesar de; CORDEIRO, Nefi. *Teoria econômica do crime: por uma política criminal cientificamente orientada*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 312-328, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.8228>.

angles. It is concluded that the economic theory of crime, although presenting limitations, allows the production of scientific knowledge to guide the construction of a better informed Brazilian criminal policy, which makes possible to obtain, at a lower cost, better responses in the fight against crime.

Keywords: Criminal law. Economic theory of crime. Criminal Policy.

INTRODUÇÃO

A teoria econômica do crime surgiu na segunda metade do século XX, no contexto do *common law* estadunidense, com a publicação do artigo *Crime and Punishment: An Economic Approach*, do economista Gary Becker (1968)⁴. Referido estudo é considerado um dos trabalhos fundacionais da análise econômica do direito⁵, abordagem que examina os fenômenos jurídicos a partir de teorias e ferramentas analíticas da microeconomia.

O debate acerca da teoria econômica do crime ainda é recente no Brasil, porém tem se intensificado nos últimos tempos, como evidencia uma crescente produção acadêmica nacional sobre o tema, a qual, a partir da extensa literatura estrangeira desenvolvida desde a obra seminal de Becker, se dedica a discutir as potencialidades e limitações da teoria, além de procurar aplicá-la empiricamente⁶ em pesquisas que buscam melhor compreender a criminalidade no nosso país.

Este artigo se propõe a responder, a partir da análise de situações concretas inseridas no cenário jurídico-criminal brasileiro, à questão de saber de que modo a política criminal brasileira pode se beneficiar da teoria econômica do crime. Especificamente, pretende-se avaliar como o método científico inerente a esta teoria contribui para a tomada de decisões mais fundamentadas sobre como deve se estruturar a estratégia estatal de combate à criminalidade.

O trabalho está organizado como segue. Inicialmente são debatidos, sem pretensão exauriente, os aspectos centrais da teoria econômica do crime, a qual, fundamentada na premissa teórico-comportamental do criminoso racional, pretende orientar a política criminal em direção à dissuasão ótima. Em seguida, emprega-se o método hipotético-dedutivo para o fim de analisar três situações concretas a partir das quais se torna possível identificar como a teoria econômica do crime pode ser útil para a construção de uma política criminal mais eficiente no Brasil.

4 Segundo Aguiar (2002, p. 12), o estudo de Becker "revive e aperfeiçoa os ensinamentos da teoria criminológica utilitarista, enunciada por Cesare Beccaria e desenvolvida por Jeremy Bentham, ainda no século XVIII", mas sua importância vai além do âmbito penal, "por exemplificar com sucesso a possibilidade de estender, para fora dos limites mercantis tradicionais, o pressuposto fundamental da teoria econômica, qual seja, o da racionalidade dos agentes na utilização dos meios adequados à consecução dos seus objetivos". Especificamente sobre a influência das ideias de Jeremy Bentham no trabalho de Becker, ver Posner (2002).

5 Ao lado dos artigos de Ronald Coase (*The problem of social cost*, 1960) e Guido Calabresi (*Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts*, 1961).

6 Uma compilação de estudos empíricos realizados no Brasil a partir da teoria econômica do crime é encontrada em Olsson e Timm (2012, p. 123-128). Nesse campo, merecem destaque os trabalhos realizados em estabelecimentos penitenciários pelo economista Pery Francisco Assis Shikida e sua equipe, cujos resultados foram sintetizados em Shikida (2010).

1. ECONOMIA DO CRIME: A PREMISSE DO CRIMINOSO RACIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES NORMATIVAS

A teoria econômica do crime apresentada por Becker (1968) é uma teoria da dissuasão: o direito penal existe para desestimular a prática de atos socialmente indesejáveis que de outro modo não seriam adequadamente evitados. Isso implica que, desde a perspectiva econômica, o objetivo do direito penal não é racionar os crimes mediante a fixação de preços que permitam a sua prática, mas eliminar a criminalidade impondo sanções tendentes a impedir sua ocorrência⁷. Não fosse o elevado custo de aplicar sanções penais, o nível ótimo da atividade criminosa seria zero ou algo próximo a isso (POSNER, 1985).

A realidade demonstra, contudo, que crimes acontecem, e aparentemente em frequência superior à que poderia ser considerada ideal⁸. Isso pode ser explicado pelo fato de que a sanção definida em lei para cada crime não corresponde à sanção esperada pelo criminoso que o pratica, na medida em que os dois valores só seriam equivalentes caso a incidência da sanção legalmente cominada fosse uma certeza. Como isso não ocorre, já que nem todos os crimes são descobertos e punidos⁹, o custo esperado do crime¹⁰ não é igual à sanção abstratamente cominada ao delito, e sim à quantidade de pena fixada em lei descontada pela probabilidade de que o autor do crime seja identificado e condenado. Segundo a premissa do criminoso racional¹¹, adotada pela teoria econômica do crime, é esse o cálculo que o delinquente realiza ao avaliar *ex ante* os benefícios e os custos do delito, de modo a decidir pelo

7 Cooter (1984) sustenta que os preços devem ser fixados quando a atividade é permitida, enquanto as sanções são voltadas a atividades proibidas. Os preços visam a internalizar os custos da atividade de modo a que os indivíduos possam decidir executá-la ou não, enquanto as sanções visam a dissuadir as pessoas da prática de comportamentos desviantes. Estas últimas devem ser dimensionadas levando em conta o estado mental do agente, que indica o nível de resistência à dissuasão (ato intencional ou não, primeiro ato praticado ou reincidência etc.). Os preços, por sua vez, devem ser mensurados com base na extensão do dano causado a terceiro, independentemente do estado mental do agente. As diferenças entre preço e sanção servem a explicar o porquê de a reincidência ser punida com maior severidade, bem como o motivo de se punir a tentativa que não causa dano. Fossem as penas preços, a reincidência não deveria influir na severidade da punição, pois não aumenta o dano causado pelo segundo crime. Já a tentativa não causaria dano a ser internalizado. A justificativa é que o objetivo, nos dois casos, é a dissuasão, que se obtém mediante sanções que devem ser dosadas conforme o estado mental do criminoso. O reincidente revela maior resistência à dissuasão, o que impõe sanção mais severa. A tentativa eleva o custo esperado do delito sem aumentar a punição, tendo efeito dissuasório semelhante à manutenção de força policial, mas a custo menor.

8 A afirmação de que há um nível de criminalidade ideal, se moralmente questionável do ponto de vista da doutrina tradicional, não o é sob a lente do enfoque econômico do direito penal, como será visto logo mais adiante.

9 Shikida e Amaral (2019, p. 320) anotam que “não existem dados que estimem a probabilidade de detenção de um indivíduo no Brasil, mas supõe-se ser menor que a verificada nos Estados Unidos, que é de apenas 5%. Isso implicaria dizer que no Brasil a probabilidade de sucesso no setor do crime pode ser maior do que 95%.”

10 Aqui entendido estritamente como o custo decorrente da punição, em prol da simplicidade. Há, porém, outros custos em que o criminoso às vezes incorre para a prática do delito e que não se relacionam à punição. Estes custos constam da fórmula de benefício líquido esperado de Ehrlich (1996), qual seja: *retorno líquido esperado = retorno bruto esperado - custos diretos incorridos na aquisição do produto do crime - renda perdida em alguma atividade legítima - pena potencial descontada pela probabilidade de condenação*.

11 “Embora essa suposição do ‘criminoso racional’ pareça a muitos absurda ou inapropriada, esses mesmos céticos, quando perguntados sobre a função social da sanção criminal, geralmente apontam a dissuasão como pelo menos uma das suas justificativas (se não a principal). Mas, é claro, essa resposta sustenta o ponto de vista do economista, pois sem cálculo racional por parte de pelo menos alguns pretensos infratores, a dissuasão é um conceito vazio” (MICELI, 2017, p. 29, tradução nossa). Em trabalho mais recente, Miceli (2019, p. 25-26) anota que “a premissa [do criminoso racional] parece mais plausível para crimes que envolvem ganho monetário, como os crimes de colarinho branco, tráfico de drogas e roubo. Ela é provavelmente menos relevante para crimes violentos e quase certamente irrelevante para crimes de paixão ou para autores com algum tipo de deficiência mental permanente ou temporária” (tradução nossa). Eide (2000, p. 363-364), contudo, após citar estudos que encontraram “substanciais elementos de racionalidade” em crimes de estupro, homicídio e violência doméstica, adverte que “embora o efeito da punição possa diferir entre os tipos de crime, as evidências até agora indicam que a moldura da escolha racional é relevante para todos os tipos de crime, e que análises que *a priori* rejeitam a possibilidade de alguns crimes específicos serem dissuadidos são inadequadas” (tradução nossa).

cometimento do crime se os benefícios superarem os custos esperados, ou seja, se o valor esperado ou benefício líquido do delito for positivo¹².

Mas para maximizar a utilidade esperada do delito, o criminoso racional buscará o maior benefício que puder extrair de sua conduta. Adotando-se como premissa que crimes mais sérios em regra são punidos com maior rigor, e que à maior gravidade do delito corresponde um maior retorno de utilidade ao delinquente, é possível concluir que o criminoso aumentará a seriedade do delito sempre que os benefícios dessa escalada superarem os custos inerentes ao incremento da sanção esperada. Noutra dizer, o delinquente sopesará o benefício gerado por cada pequeno aumento da seriedade do delito e o custo advindo da majoração da punição esperada, elevando a gravidade do crime enquanto o benefício marginal for superior ao custo marginal, até o ponto em que ambos se igualem¹³. Para melhor desenvolver a ideia de marginalidade, imagine-se que $g1$, $g2$ e $g3$ representam, em ordem crescente, três níveis distintos de gravidade de um delito, em todos eles sendo positivo o valor esperado do crime (ou seja, o benefício é superior aos custos esperados). Assuma-se que, para certo criminoso, o benefício em $g1$ é de \$100, em $g2$ é \$150 e em $g3$ é \$200, sendo os respectivos custos esperados de \$25, \$65 e \$125. Nesse cenário, será proveitoso ao criminoso elevar a gravidade do crime de $g1$ a $g2$, pois o benefício marginal (\$50), dado pela diferença entre os benefícios em $g2$ e $g1$, excede o custo marginal (\$40), indicado pela diferença dos custos esperados em $g2$ e $g1$. Não será vantajosa, porém, a escalada de gravidade de $g2$ a $g3$, pois o benefício marginal (\$50) nesse caso é menor do que o custo marginal (\$60)¹⁴.

Se os custos esperados do delito para o criminoso, em razão dos quais se define a medida da dissuasão, são o resultado da punição prevista em lei (S) descontada pela probabilidade de sua aplicação (p), então pode-se concluir, primeiro, que é possível atingir o mesmo patamar de dissuasão com diferentes combinações de p e S , e, segundo, que a obtenção de um nível mais alto de dissuasão passa pela majoração daquelas variáveis, isolada ou conjuntamente. De fato, para o modelo padrão da análise econômica do crime, baseado na neutralidade do criminoso em relação ao risco¹⁵, uma sanção de \$1000 com probabilidade de 0,1 é igual à pena de \$500 com probabilidade de 0,2 ou à pena de \$200 com probabilidade de 0,5: para todas o custo esperado do delito é \$100. De outro lado, à medida que p e S sobem,

12 Em notação matemática singela, o *custo esperado* do delito é identificado pela equação $Ce=pS$ (onde S é a sanção cominada ao delito e p a probabilidade de o criminoso ser responsabilizado). Assim, o *valor esperado* ou *benefício líquido* pode ser representado da seguinte forma: $Ve=B-pS$ (sendo B o benefício a ser obtido com o crime). Uma condição para que o crime seja praticado, portanto, é de que $B-pS > 0$ (PATRÍCIO, 2015).

13 O ponto em que o benefício marginal equivale ao custo marginal representa, na visão dos economistas, o ótimo econômico para quase todas as decisões (COOTER e ULEN, 2010).

14 Cabe notar que os benefícios nem sempre expressam termos econômicos (ainda que não puramente monetários), a exemplo daqueles ligados a crimes passionais. A doutrina majoritária, contudo, considera possível traduzir todos os benefícios, inclusive de ordem psíquica, para a linguagem econômica (ALFARO e URRUTI, 2019). Da mesma forma, os custos esperados do delito comumente não se expressam em termos monetários. Isso porque estes custos são função da pena cominada ao crime, a qual, como regra geral, assume a forma de restrição da liberdade (a prisão sendo o principal exemplo), não de punição pecuniária. A conversão das sanções penais em valores econômicos é baseada no custo de oportunidade, entendido como aquilo de que se abdica quando se emprega um recurso escasso de modo a impedir que ele tenha um uso alternativo. Segundo essa noção, a severidade da prisão pode ser medida pelo custo de oportunidade que a pena carrega em termos de perda da renda que o criminoso obteria solto e de perda de utilidade devido às restrições de consumo e liberdade a que estará submetido (BECKER, 1968).

15 A indiferença entre distintas combinações de p e S pressupõe a neutralidade ao risco. Para quem tem aversão ao risco, é mais dissuasória, entre duas combinações de pena e probabilidade, aquela que tem uma pena maior com uma probabilidade menor. Inversamente, quando o criminoso tem preferência pelo risco, uma maior probabilidade de punição dissuade mais. A aversão ao risco, no caso, indica que a pessoa prefere um resultado mais certo (maior probabilidade) no qual perderá menos (pena menor) do que resultado mais incerto (probabilidade menor) de perder mais (pena maior), embora o custo esperado seja igual. A preferência pelo risco é o simétrico oposto.

os custos esperados do delito se elevam e, conseqüentemente, o seu valor esperado diminui, levando a que menos crimes sejam cometidos. É a aplicação da lei da demanda (ou, no âmbito penal, "primeira lei da dissuasão"), que prescreve que a procura por determinado bem (o crime) reduz quando o custo de aquisição (punição esperada) cresce. Cooter e Ulen (2010, p. 480) destacam a sustentação empírica desse enunciado afirmando que, "em experimentos de laboratório, até os ratos obedecem a Primeira Lei da Dissuasão, e até o pior ser humano ainda é mais racional do que um rato"¹⁶.

Mas qual é, do ponto de vista da teoria econômica do crime, a combinação adequada entre probabilidade de punição e severidade da sanção? E qual o nível ideal de dissuasão a ser buscado pela lei penal? Tais questões são de índole normativa, e dizem respeito à segunda parte da teoria econômica do crime proposta por Becker, na qual, a partir das implicações da premissa do criminoso racional, são deduzidas proposições sobre como deve ser estruturada a política pública de enfrentamento à criminalidade com vistas à dissuasão ótima. Para respondê-las, será necessário deslocar o foco da análise, até então voltada ao delinquentes e os custos e benefícios a ele referentes, para a sociedade e os custos que ela suporta devido à criminalidade. São os custos sociais do delito, que podem ser desmembrados em custos diretos e custos indiretos.

Os custos diretos dizem respeito aos danos que a atividade criminosa provoca às vítimas de crime. Os economistas geralmente consideram tais custos como a diferença entre os prejuízos causados à vítima e o benefício auferido pelo criminoso¹⁷. Assim, se um ladrão, para furtar um aparelho de som que vale \$75 e se encontra instalado em um veículo, rompe a janela deste, que custa \$100, e subtrai o equipamento, o benefício para o criminoso é \$75 e o prejuízo da vítima é \$175, sendo o dano direto causado pelo delito, portanto, de \$100¹⁸ (COOTER e ULEN, 2010).

Os custos indiretos, por sua vez, referem-se aos custos de natureza pública e privada em que a sociedade incorre em razão das atividades de prevenção e punição aos delitos.

No âmbito privado, enquadram-se nessa definição as despesas que as potenciais vítimas de crime fazem para se proteger da atuação dos transgressores, como a colocação de

16 Há considerável literatura empírica dando suporte à proposição teórica de que o aumento da probabilidade de punição ou da severidade da pena eleva a dissuasão, sendo apresentado um resumo dessa produção científica, por exemplo, em Ehrlich (1996) e Eide (2000). Martinez (2016) destaca os estudos de Levitt (1998) e Kessler e Levitt (1999), afirmando que eles teriam superado a limitação metodológica de estudos anteriores que, ao analisarem as taxas de criminalidade, não distinguiram os efeitos da dissuasão, causados por alterações na probabilidade de punição ou na severidade da sanção, e os efeitos da incapacitação causada pela prisão (se há mais prisões, há menos criminosos nas ruas). O estudo de Kessler e Levitt (1998) é um experimento natural propiciado pela aprovação e aplicação, na Califórnia, da política *three strikes and you're out*, que pode ser explicada como a imposição de um significativo aumento da severidade da sanção a partir da terceira condenação. Nos dizeres de Cooter e Ulen (2010, p. 513), "esse foi um dos estudos mais drásticos e cuidadosos a encontrar um efeito dissuasivo causado por sanções penais que possam ser diferenciadas dos efeitos incapacitantes do aprisionamento". Vide ainda, nessa temática, o trabalho de Mendes e McDonald (2001), que, a partir da pesquisa de 33 estudos realizados entre 1971 e 1995, cujos achados eram consistentes quanto ao efeito dissuasório do aumento da probabilidade de punição, mas não tão conclusivos quanto ao efeito dissuasório ligado à severidade da pena, sustenta a impossibilidade de se analisar o efeito dissuasório de cada variável de forma isolada, debitando a essa "separação do pacote" o fato de alguns estudos terem falhado em identificar efeitos dissuasórios importantes relacionados à severidade da sanção.

17 O que é objeto de controvérsias entre doutrinadores, pois alguns sustentam que os benefícios do criminoso não deveriam ser considerados. Cooter e Ulen (2010) ressaltam que essa conclusão pode variar a depender da situação em análise: se alguém, perdido na mata, encontra uma cabana desabitada, a invade e furta comida para não morrer de fome, muitos concordariam que o benefício deveria ser contado como ganho social; entretanto, se o crime é o estupro, à maioria das pessoas pareceria repugnante considerar o prazer do estupro como ganho.

18 Essa é uma simplificação. Como regra, o valor que o criminoso atribui ao bem obtido por meio do crime é menor do que o valor que a vítima confere ao mesmo bem. Esse valor, para Posner (1985), é medido pela disposição para pagar, e a transferência coercitiva que caracteriza o crime, ao evidenciar uma baixa disposição do delinquentes em adquirir o bem no mercado, quase nunca transfere recursos para um uso mais valioso.

ofendículos (cercas eletrificadas, cacos de vidro etc.) nos muros das casas, a instalação de grades, alarmes e câmeras de segurança, a contratação de segurança privada e apólices de seguro e a criação de estruturas corporativas de combate a fraudes no âmbito das empresas. Dado o monopólio estatal do direito de punir, os custos privados se relacionam à prevenção do delito e, quando impactam a probabilidade de responsabilização do criminoso¹⁹, fazem subir o custo esperado do delito.

Os custos indiretos públicos correspondem aos gastos que o Estado realiza nos serviços de prevenção, investigação e julgamento dos delitos, bem como nas atividades de execução das penas impostas no âmbito do processo penal. Envolvem, no primeiro grupo, as despesas com a manutenção de uma força policial ostensiva de enfoque preventivo e com o funcionamento de órgãos estatais incumbidos das funções de elucidar os crimes ocorridos e submeter seus autores a julgamento, visando a condená-los. Já as atividades do segundo grupo, relativas à execução das penas impostas, implicam gastos com o funcionamento do sistema penitenciário, além das despesas para fiscalização do cumprimento de penas distintas do encarceramento.

Considerando a fórmula do custo esperado do delito ($C_e = pS$), nota-se que os custos com prevenção, investigação e julgamento impactam a probabilidade de que o crime seja descoberto e o seu autor responsabilizado. Incrementar essa probabilidade exige mais gastos públicos, pois, diz Friedman (2000, p. 225), "são necessários mais policiais para prender cinquenta homicidas em cem do que para prender vinte e cinco, e mais tempo dos promotores e das cortes para condená-los" (tradução nossa). Já os custos com a execução das penas impostas pelo Judiciário são dependentes da severidade da pena. O custo de impor sanções é tanto maior quanto mais severas são as punições, pois penas mais duras, como a prisão, requerem grandes investimentos em construção, manutenção e operação de presídios, o que não ocorre com penas mais leves como a multa, que têm baixo custo de execução e geram receita ao Estado (POSNER, 2007). O mesmo ocorre quando se modifica, para maior, a duração de penas da igual natureza: penas de prisão longas demandam mais recursos públicos do que penas de prisão curtas e, dadas as limitações de solvência, multas maiores tendem a implicar gastos mais altos com cobrança do que multas menores, pois a coleta daquelas é mais difícil do que a destas (POSNER, 2007). Em consequência, a elevação do custo esperado do delito mediante aumento da probabilidade de o criminoso ser condenado ou por meio do recrudescimento da severidade das penas aplicadas resulta em maior comprometimento de dinheiro público.

É possível retomar, agora, as questões anteriormente formuladas acerca da combinação ideal entre probabilidade de punição e severidade da pena, bem como sobre o nível de dissuasão a ser perseguido pelo direito penal, que se propõem a identificar, respectivamente, a eficiência dos meios dissuasórios (independentemente do nível de dissuasão de que se trate) e o nível ótimo da dissuasão.

Sobre a primeira questão, Friedman (2000) diz que um sistema eficiente buscará, entre distintas combinações de probabilidade de punição e severidade da sanção que acarretem o mesmo custo esperado ao criminoso – e que, portanto, tenham o mesmo efeito dissuasório –, a combinação em que a soma dos custos indiretos do delito atinja o menor valor possí-

19 Nem sempre os custos indiretos privados impactam a probabilidade de o criminoso ser punido. Alguns meios privados de dissuasão redistribuem o crime, que será cometido em outros locais ou sob outras circunstâncias.

vel²⁰. Da ótica estatal, isto é, desconsiderando-se os custos indiretos privados do delito²¹, a combinação eficiente será aquela em que, para o mesmo nível de dissuasão, a soma dos gastos públicos com prevenção, investigação e julgamento de crimes, de um lado, e com a execução das sanções impostas pelo Judiciário, de outro, acarrete o menor consumo de receita pública. Assim, para distintas combinações de probabilidade e severidade da pena que produzam um mesmo custo esperado do delito, caberá ao Estado avaliar o custo de se obter cada percentual de probabilidade de punição e o custo de se aplicar cada nível de severidade da pena para encontrar a conjugação menos dispendiosa e conseqüentemente mais eficiente. Um exemplo pode ser útil: suponha-se, para um delito com custo esperado de \$1.000, que para cada 1% de probabilidade de punição obtido o Estado precise gastar \$5, e que o custo de executar a pena imposta suba \$5 a cada nível de \$50 de severidade da sanção. Desconsideradas outras possíveis combinações, é mais eficiente a combinação de 40% de probabilidade de punição (que custaria \$200 ao Estado) com a pena de \$2.500 (custo de \$250 ao Estado) do que os arranjos alternativos de 20% de probabilidade (\$100) com pena de \$5.000 (\$500) ou de 80% de probabilidade (\$400) e pena de \$1.250 (\$125).

Considerando que o ótimo econômico corresponde ao ponto em que o custo marginal e o benefício marginal são equivalentes, a eficiência será máxima quando, em um mesmo nível de dissuasão, houver equilíbrio entre os custos indiretos públicos que impactam a probabilidade de punição (prevenção, investigação e julgamento) e os custos indiretos públicos relacionados à execução das penas impostas pelo Judiciário. Nesse ponto, qualquer variação na combinação entre probabilidade de punição e severidade da pena, por mínima que seja, resulta em aumento do gasto total com os custos indiretos públicos do delito.

Evidentemente, a formulação teórica enfrenta desafios práticos. Penas diversas têm não só custos diferentes, mas efeitos dissuasórios distintos. Penas de prisão de longa duração, por exemplo, são obtidas mediante adição de tempo de encarceramento ao seu final. Uma pena de prisão de 4 anos é mais longa do que uma de 2 anos porque, ao final destes, há o acréscimo de mais 2 anos. Se a taxa de desconto do criminoso for positiva, os anos adicionais não causarão perda de utilidade idêntica à experimentada pelo delinquente nos primeiros anos de cárcere²². Embora a referência a taxa de desconto cause estranhamento, já que a pena de prisão, a despeito do custo de oportunidade nela embutido, é uma sanção não-monetária, a incidência do desconto decorre da circunstância de as pessoas preferirem o consumo imediato ao diferido, por isso atribuindo menor valor ao consumo futuro do que ao

20 A abordagem de Friedman (2000) é mais ampla do que a que ora se faz, pois acresce aos custos indiretos relativos à execução da pena o custo de oportunidade em que o criminoso incorre. O autor apresenta o conceito de "custo de punição", definido como a diferença entre o custo que a punição impõe sobre o criminoso e o benefício (que pode ser negativo e, assim, custo) que a mesma punição proporciona a terceiros. Logo, a imposição de uma multa acarretaria custo de punição igual ou próximo a zero, pois a arrecadação da multa gera uma transferência da quantia do delinquente ao Estado. A pena de prisão, inversamente, tenderia a gerar benefício negativo, pois ao custo de oportunidade do condenado se somariam os custos indiretos públicos inerentes ao sistema prisional.

21 Além das dificuldades de se conhecer com razoável precisão os custos que os cidadãos assumem para se prevenir da criminalidade, os custos indiretos privados não estão necessariamente alinhados com os benefícios sociais, mas com benefícios igualmente privados, como visto na nota n. 16 *supra*.

22 Posner (1985) exemplifica que, se o criminoso tiver uma taxa de desconto de 10%, uma prisão de 10 anos implica desutilidade apenas 6,1 vezes maior do que a desutilidade causada pela pena de 1 ano de prisão, e uma prisão de 20 anos enseja desutilidade 8,5 vezes maior do que uma pena de prisão de 1 ano. Diminuindo-se a taxa de desconto para 5%, os números seriam, respectivamente, 7,7 para uma pena de prisão de 10 anos e 12,5 vezes para uma pena de 20 anos.

consumo atual, o que, conseqüentemente, exige que sejam recompensadas pelo adiamento²³ (POSNER, 1985).

De outro lado, multas em valores significativos geralmente excedem a capacidade de pagamento dos delinquentes, o que enfraquece o seu efeito dissuasório²⁴ e torna necessário, para que a dissuasão se mantenha no nível desejado, o recurso ou a multas menores com maior probabilidade de aplicação ou a outras formas de punição, como a prisão, o que em ambos os casos elevaria os custos indiretos do delito. Não fosse o limitado potencial dissuasório da multa, em qualquer nível de dissuasão o meio dissuasório mais eficiente, que resultaria na menor soma dos custos indiretos públicos, seria a combinação de multa próxima ao infinito, cujos custos de execução seriam baixos, com uma probabilidade de punição próxima a zero, que exigisse gastos ínfimos em prevenção, investigação e julgamentos de delitos (POSNER, 1985). Mas mesmo nos casos em que a implementação prática da teoria se mostra factível, isto é, nas situações em que a riqueza dos criminosos permite o pagamento de multas em patamares muito elevados, há dificuldades para se adotar a pena de multa de forma mais ampla. Algumas dessas dificuldades, indicadas por Levitt (1997), são as informações privadas que os criminosos possuem sobre seus níveis de riqueza (o que impede o Estado de bem avaliar a capacidade de pagamento das multas), a possibilidade de ocultação de bens pelos criminosos e os custos para o confisco daqueles, que podem ser proibitivos em alguns casos. Outra dificuldade é que a punição a um crime por meio de multa, quando cometido pelo criminoso rico que pode pagá-la, e mediante prisão, quando o criminoso é pobre, é percebida como punição injusta (e mesmo inconstitucional) pela sociedade, indicando que esta considera importantes outros valores, além da dissuasão, para determinação da sanção penal (MICELI, 2017).

Se a dissuasão eficiente, em qualquer nível de dissuasão, significa um equilíbrio interno entre os custos indiretos do delito, o nível ótimo de dissuasão refere-se ao equilíbrio entre tais custos indiretos e os custos diretos do delito, cuja soma revela os custos sociais do delito. Noutro dizer, o nível ótimo de dissuasão será atingido quando a soma dos custos indiretos e dos custos diretos do delito ensejar a minimização dos custos sociais do delito, sendo esta minimização, no entendimento de Cooter e Ulen (2010), o objetivo da análise econômica do Direito Penal.

Como observado anteriormente, a primeira lei da dissuasão prescreve que o aumento do custo esperado do delito reduz o número de crimes. Quanto menos crimes cometidos, menores os custos diretos causados pela delinquência. Também se viu que o aumento do custo esperado do delito exige a elevação da probabilidade de punição do criminoso ou da severidade da sanção, o que reclama aumento dos custos indiretos do delito. Síntese dessas afirmações pode ser assim esboçada: a sociedade arca com os custos indiretos públicos e privados do delito para reduzir os danos que a criminalidade causa às vítimas do delito (custos diretos). Essa redução, conforme Alfaro e Urruti (2019), é o benefício social almejado com a diminuição dos crimes.

23 Predomina hoje a compreensão de que o desconto do futuro é mais bem descrito como um desconto hiperbólico, e não constante. Isso quer dizer que as taxas de desconto do futuro variam com o passar do tempo, sendo muito elevadas para o futuro próximo e relativamente baixas para o futuro distante (MURAMATSU e FONSECA, 2008).

24 A redução do efeito dissuasório da multa que supera a capacidade de pagamento do criminoso decorre do fato de que S , na fórmula do custo esperado do delito ($C_e = pS$), nessa situação não é o valor da multa fixada ao delito, mas um valor menor equivalente ao patrimônio do criminoso. Logo, é esse patrimônio que irá definir e limitar a dissuasão, de modo que a multa, no que exceder o patrimônio do criminoso, não terá qualquer efeito dissuasório.

Na acepção de Kaldor-Hicks²⁵, não seria eficiente o sistema no qual os custos indiretos incorridos para enfrentar o crime fossem maiores do que os benefícios sociais hauridos desse combate. Consequentemente, a partir do momento em que o custo de prevenir um crime a mais supera o dano que o crime a ser prevenido causaria, não é eficiente dissuadi-lo. Esse argumento pode ser apresentado de outra forma: enquanto a diminuição do custo direto do delito (benefício marginal) superar os custos indiretos incorridos para propiciá-la (custo marginal), estes custos indiretos (e, de conseguinte, o custo esperado do delito) devem ser aumentados, até o ponto em que se alcance o nível ótimo de dissuasão, no qual o benefício social marginal de reduzir mais um crime seja igual ao custo social marginal de se fazê-lo²⁶. Para a teoria econômica do crime, portanto, não é eficiente eliminar a criminalidade, pois os custos de se fazê-lo seriam superiores aos benefícios sociais derivados da erradicação total dos crimes.

É necessário atentar, porém, para a complexidade de se estabelecer o nível ótimo de dissuasão na prática. O risco maior é o de que aumentos do custo esperado de delitos isolados, notadamente por meio do incremento da severidade da sanção, tenham êxito em reduzir os custos diretos causados por aquele específico delito mas, devido a existência de crime substituto de maior gravidade, acabem por majorar a quantidade destes últimos, ao fim elevando o custo social total da criminalidade (ALFARO e URRUTI, 2019).

Se o custo esperado do delito de furto, por exemplo, for igual ao do crime de roubo, os delinquentes serão incentivados a praticar o crime mais grave, dada a premissa de que, quanto maior a seriedade do delito, maiores os benefícios proporcionados aos criminosos. Quando isso ocorre, há o enfraquecimento da dissuasão marginal, entendida como o incentivo para que os delitos mais sérios sejam substituídos por delitos menos graves²⁷ (POSNER, 1985). Sobre essa questão, Cooter e Ulen (2010, p. 491) advertem que “as penas não existem isoladamente: elas são parte de uma escala integrada que influencia seus valores ótimos. O uso de dissuasores fortes com crimes menos sérios em geral impede que os mesmos sejam usados em crimes mais graves”.

2. TEORIA ECONÔMICA DO CRIME APLICADA: O MÉTODO CIENTÍFICO A SERVIÇO DA POLÍTICA CRIMINAL

No campo político-criminal, a teoria econômica do crime e a metodologia a ela inerente permitem estimar os efeitos que poderão ser causados por distintas estratégias de enfren-

25 Por esse critério, uma política pública é considerada eficiente quando os benefícios que dela decorrem superam os custos derivados de sua implantação. Esse critério foi desenvolvido como uma forma de resolver as dificuldades do critério de Pareto, que considera uma situação eficiente, sob o ângulo da alocação de recursos, quando promove a melhora da condição de pelo menos uma pessoa sem piorar a de nenhuma outra.

26 No ponto, advertem Cooter e Ulen (2010) que os custos sociais marginais de se reduzir a criminalidade sobem à medida que se atinge níveis mais altos daquela redução. Logo, a redução adicional da criminalidade em 1% custa menos quando o índice de redução da criminalidade é de 5% do que quando ele já alcançou 95%. Inversamente, o benefício social marginal diminui à medida que o nível de dissuasão da criminalidade aumenta. Assim, a redução da criminalidade de 5% para 7% traz mais benefícios sociais do que a redução da criminalidade de 95% para 97%.

27 A ideia de dissuasão marginal remonta a Beccaria (*Dos delitos e das penas*, 2004, p. 69): “[...] se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo de recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens [...]”.

tamento à criminalidade, contribuindo para a elaboração da política criminal com base em conhecimento científico, e não em intuição ou bom senso. A consequência tende a ser a adoção de estratégias mais eficientes, que alcancem melhores resultados e otimizem os escassos recursos públicos.

Exemplificativamente, a teoria econômica do crime poderia evidenciar que a política criminal fundada preponderantemente no aumento da severidade das penas, o que é comum no Brasil, talvez não resultasse em ganhos importantes em dissuasão devido às elevadas taxas com que os criminosos descontam o futuro²⁸, e faria os custos indiretos ligados à elevação da despesa com execução da pena superarem os benefícios sociais esperados com a adoção daquela política. Um modelo que se debruçasse sobre a questão talvez concluísse que maiores benefícios sociais seriam alcançados aumentando-se a dissuasão não pela majoração da pena, e sim pela elevação da probabilidade de punição, e que esta elevação geraria mais benefícios sociais ainda se fosse realizada mediante investimentos em tecnologias que facilitassem a elucidação da autoria dos delitos, e não mediante contratação de policiais. Ainda a título de exemplo, a análise econômica da utilização do indulto como instrumento de política penitenciária para mitigar o problema da superlotação carcerária poderia em tese concluir que essa política, devido ao seu efeito negativo na dissuasão (a diminuição da pena reduz o custo esperado do delito), em determinado horizonte temporal poderia acarretar aumento da criminalidade e, em consequência, mais encarceramento. Isso não só aumentaria os custos sociais diretos e indiretos do delito como agravaria o problema que se pretendia resolver, evidenciando a necessidade de que a concessão do indulto se fizesse associada a medidas para recompor o nível de dissuasão ou, talvez, a necessidade de se adotar outra política para resolver o grave problema carcerário brasileiro.

Esses são apenas alguns exemplos de como a teoria econômica do crime pode auxiliar a política criminal, sendo que muitas questões que influenciam o nível de criminalidade já foram abordadas pela literatura estrangeira²⁹. De todo modo, as especificidades do sistema jurídico-penal e da realidade brasileiros fornecem amplo campo de pesquisa para a aplicação do método econômico aos variados problemas relacionados à criminalidade no nosso país.

Para ilustrar como a teoria econômica do crime pode ser utilizada para a construção da política criminal brasileira, analisam-se, a seguir, três situações inseridas no cenário jurídico-criminal nacional. As situações foram selecionadas devido a sua simplicidade e capacidade para demonstrar o potencial preditivo, empírico e normativo da teoria econômica do crime, sendo indiferente, portanto, a matéria de fundo nelas debatida. A análise será feita em três etapas: de início, expõe-se como o método econômico atua a partir da premissa do criminoso racional para derivar predições sobre o comportamento do delinquente; em seguida, exemplifica-se como as predições podem ser submetidas a teste empírico de validação ou

28 Polinsky e Riskind (2017) citam estudos empíricos que concluíram que os criminosos possuem taxas de desconto elevadas, que reduzem sensivelmente a diferença percebida entre períodos curtos e longos de encarceramento.

29 A literatura estrangeira registra estudos em diversas questões de política criminal, já tendo abordado, para citar poucos exemplos, a influência da descriminalização do aborto nas taxas futuras de criminalidade (LEVITT, 2004), a combinação ideal entre penas de prisão e multa (POLINSKY e SHAVELL, 1984) e a combinação ideal de prisão, livramento condicional e penas restritivas de direito (POLINSKY e RISKIND, 2017). Autores brasileiros têm se dedicado a estudar essa literatura empírica em busca de soluções compatíveis com o sistema jurídico-penal pátrio, como Boson (2015), que analisou a política do *three strikes and you're out* adotada em estados norte-americanos, e Odon (2018), que sugeriu interessantes medidas de política criminal passíveis de serem adotadas no Brasil, as quais teriam, segundo aquele autor, alto impacto nas taxas de criminalidade brasileiras

rejeição; finalmente, mostra-se como as conclusões científicas propiciadas pelo método econômico podem secundar, à vista da meta social³⁰ que se queira realizar, propostas normativas acerca de qual medida de política criminal³¹ deve ser adotada em determinada situação.

2.1 PREDIÇÃO: A LEI 13.654/2018 E O ROUBO PRATICADO COM ARMA BRANCA

Esse exemplo reflete o que ocorreu quando a Lei 13.654/2018 foi editada. Referida lei revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, que previa como causa de aumento do roubo, de 1/3 até metade, o emprego de arma (sem distinguir entre arma branca e arma de fogo). A mesma lei acrescentou o § 2º-A ao art. 157 do Código Penal, ali prevendo a causa de aumento, em patamar mais gravoso (2/3), apenas para o uso de arma de fogo, sem menção à arma branca, o que levou o roubo com arma branca a ser apenado da mesma forma que o roubo simples. Esse quadro perdurou até a Lei 13.964/19, a qual, entre várias modificações, restabeleceu a causa de aumento pelo uso de arma branca em seu patamar original (de 1/3 até metade).

Está além do escopo desta análise abordar o impacto da alteração em fatos passados. O que importa à teoria econômica do crime é entender como a alteração legal afetou a estrutura de incentivos que o criminoso considera ao decidir, *ex ante*, pela prática ou abstenção do crime.

Um modelo preditivo baseado na premissa do criminoso racional ofereceria, como sua primeira e mais óbvia implicação, a conclusão de que a retirada da causa de aumento do roubo com arma branca reduziu o custo esperado deste delito (houve redução da variável S na fórmula $Ce = pS$), o que provavelmente seria seguido pelo aumento na demanda por sua prática.

O modelo também concluiria que, ao igualar a pena dos roubos simples e com emprego de arma branca, os quais funcionam como crimes substitutos, a inovação legislativa eliminou a dissuasão marginal que existia entre ambos, que incentivava a substituição do delito mais grave (roubo com o uso de arma branca) pelo delito menos grave (roubo simples). Consequentemente, ao aumento da demanda pelo roubo com emprego de arma branca se contraporía a redução na procura pelo roubo simples. Com efeito, como o valor esperado do delito equivale ao benefício a ser obtido com a prática do crime menos o custo esperado deste ($Ve = B - pS$), o valor esperado do roubo com emprego de arma branca superaria o do roubo simples por duas razões. Primeiro, se considerarmos que à maior gravidade do delito correspondem maiores benefícios (o emprego de arma branca facilita a subtração), a variável B , no roubo com emprego de arma branca, será maior. Segundo, se considerarmos que o uso de arma branca reduz a resistência da vítima e facilita a fuga do criminoso, minorando as chances de captura, a variável p na fórmula do custo esperado do roubo com arma branca

30 Entende-se por meta social "o estado de coisas politicamente definido como socialmente desejável" (AGUIAR, 2017, p. 140).

31 Adota-se, no presente trabalho, a visão de política criminal proposta por Roxin (2000, p. 22 e 82), que, superando a incomunicabilidade entre o direito penal e a política criminal sustentada por Liszt no final século XIX, afirma haver uma "unidade sistemática" entre ambos, de modo que o direito penal seria "muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica".

será menor do que na do roubo simples, o que diminui o custo esperado do primeiro e, de consequente, aumenta o seu valor esperado.

Outra implicação seria que a Lei 13.654/2018, ao elevar a causa de aumento do roubo com arma de fogo para 2/3 e eliminar a majorante do roubo com emprego de arma branca, fez surgir dissuasão marginal entre esses crimes, a qual não existia anteriormente porque, até então, a pena de ambos era igual. Como os dois crimes também funcionam como substitutos, o modelo indicaria que a dissuasão marginal³² estimularia alguns criminosos a trocar o roubo com arma de fogo (cujo V_e diminuiu em razão do aumento de S) pelo roubo com arma branca (cujo V_e cresceu devido à redução de S).

2.2 EXPERIMENTAÇÃO: PARALISAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR DO CEARÁ

Em fevereiro de 2020, policiais militares do estado do Ceará paralisaram suas atividades por 13 dias, entre 18 de fevereiro e 1º de março, em pressão pelo atendimento a reivindicações da categoria. Segundo dados divulgados na imprensa, o número de crimes violentos aumentou no período. Comparativamente a fevereiro de 2019, os homicídios subiram 178%. Houve 164 homicídios em fevereiro de 2019 contra 456 no mesmo mês de 2020. Destes 456 homicídios, 312 ocorreram durante a paralisação, média de 26 por dia, contra média de 8 por dia no período anterior à paralisação. Os registros de roubos também aumentaram no período de comparação: foram de 477, em fevereiro de 2019, a 1280 em fevereiro de 2020, um aumento de 168%³³.

Assim como a implementação da política dos *three strikes* na Califórnia foi considerada um experimento natural que propiciou estudo empírico considerado proveitoso em confirmar a teoria da dissuasão, demonstrando o efeito dissuasório de aumentos na severidade da sanção de modo independente dos efeitos da incapacitação, a paralisação dos policiais militares do Ceará aparentemente tem aptidão para ser um quase-experimento que permita avaliar, *ex post facto*, a proposição teórica de que a diminuição da probabilidade de punição impacta negativamente a dissuasão, o que contribuiria para a ampliação da literatura empírica já existente sobre o tema.

É suficientemente forte a hipótese de que haja, além de correlação entre as variáveis "redução de policiamento ostensivo" e "aumento de crimes violentos", relação de causalidade nos moldes propostos pela teoria econômica do crime, e o trabalho empírico poderia validar ou refutar a hipótese na situação em exame. O que se pretende enfatizar, contudo, não é tanto se a proposição é ou não verdadeira, mas que, devido ao caráter científico da teoria econômica do crime, a proposição, baseada na premissa do criminoso racional, pode ser submetida a teste empírico que a aceite ou a rejeite, o que não ocorre na dogmática tradicional³⁴.

32 Essa dissuasão marginal persiste, mas com menor intensidade, mesmo após a Lei 13.964/2019, que, como visto, restabeleceu a causa de aumento do roubo com emprego de arma branca no patamar original de 1/3 até metade.

33 Os dados foram extraídos da seguinte matéria: <<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2020/03/06/312-pessoas-foram-assassinadas-no-ceara-durante-motim-da-pm-diz-secretaria-da-seguranca.ghtml>>, acesso em 12.04.2020.

34 "Apesar de buscar a sistematização lógica do direito positivo por meio de textos doutrinários, a dogmática não propõe hipóteses nem tampouco é passível de teste empírico. Enquanto a linguagem da ciência é assertiva e bipolar (verdadeira/falsa), a linguagem da dogmática falha em obter essa função veritativa. Como comprovar ou refutar uma 'tese' da dogmática, se não há qualquer possibilidade de teste, mas tão somente de aceitação ou não de seus argumentos retóricos, seja pela própria doutrina que a segue, seja pelos tribunais? O critério passa a ser pragmático (no sentido filosófico do termo), ou seja, a

O aumento expressivo de crimes violentos no período da paralisação sugere que a célere resposta estatal no atendimento a tais ocorrências, geralmente feito pelo policiamento ostensivo das polícias militares, exerce papel relevante na elucidação da autoria dos crimes e, portanto, na dissuasão dos seus autores. Nessa área, estudos empíricos poderiam abranger, por exemplo, a avaliação de iniciativas de policiamento proativo direcionado a regiões específicas, o chamado "policiamento com foco", que abrange o *hot spots policing* (mais policiais em áreas com índices mais altos de criminalidade) e o *problem-oriented policing*, ou POP, estratégia na qual a polícia se aproxima da comunidade para prevenir o comportamento criminoso (ODON, 2018)³⁵.

2.3 PROPOSIÇÃO NORMATIVA: O PECULATO PRATICADO POR PREFEITOS

A causa de aumento do art. 327, §2º do Código Penal³⁶, incidente, entre outros, ao crime de peculato³⁷, foi introduzida pela Lei 6.799/1980. A justificativa do projeto de lei respectivo, no ponto, afirmava que "a conduta é mais censurável penalmente quanto mais poder esteja nas mãos do funcionário, porque maior dever de defendê-lo e de fidelidade possui"³⁸, o que exigiria aumento da pena quando o funcionário público praticante do delito ocupasse cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento.

Embora o juízo de "censurabilidade" expresse critério valorativo, insuscetível de ser confrontado empiricamente, parece haver uma explicação econômica para a sanção mais severa dos crimes funcionais praticados por ocupantes de cargo em comissão ou funções de direção e assessoramento. A explicação se apoiaria na premissa de que, sendo o custo esperado do delito equivalente à sanção cominada descontada pela probabilidade de punição ($Ce=pS$), qualquer redução em p deve se fazer acompanhada de aumento em S para que o custo esperado do delito se mantenha igual (SHAVELL, 2016). Aos cargos e funções especificados na causa de aumento são direcionadas parcelas de poder maiores do que as atribuídas aos cargos situados em níveis inferiores da hierarquia estatal. E, quanto mais poder detém o agente, menor a probabilidade de punição dos crimes funcionais que praticar, já que àquele poder em regra se associam condições mais propícias para o encobrimento da prática delitiva e para a imposição de dificuldades à sua integral elucidação. No extremo dos casos, o criminoso não apenas pode ser o responsável por nomear, demitir ou remover os servidores dos órgãos de controle interno como por controlar o orçamento destinado às atividades de prevenção e detecção de desvios que aquele órgão realiza. Para que, nessas situações, o custo esperado do delito não seja maior para o funcionário comum, a menor probabilidade de punição de crimes praticados pelos ocupantes de cargos em comissão e funções de direção e assessoramento é compensada pelo aumento da sanção a estes aplicável.

dogmática pode ser útil ou inútil para os fins persuasivos e de auxílio tecnológico, mas não alcança a verdade ou sequer a falsidade. *Pelo critério popperiano, portanto, a dogmática não é ciência*" (CARVALHO, 2014, p. 129-130).

35 Ainda segundo Odon (2018), um exemplo de programa baseado em POP é o Fica Vivo, implementado na região do Morro das Pedras, em Belo Horizonte/MG, que nos seis primeiros meses reduziu em 69% a taxa de homicídios.

36 Art. 327, § 2º do Código Penal: "A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público."

37 Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena: reclusão, de dois a doze anos, e multa.

38 Projeto de Lei 1.066/1975, da Câmara dos Deputados.

O fundamento econômico apresentado justifica a causa de aumento para ocupantes da chefia do Poder Executivo (presidente, governadores e prefeitos)³⁹. Centra-se a análise, então, no crime de peculato praticado pelos prefeitos. Esse delito, ao contrário do que ocorre quanto a outros chefes do Poder Executivo, não é previsto no art. 312 do Código Penal, mas em diploma especial, o Decreto-Lei 201/1967, que no art. 1º, I, tipifica a conduta do prefeito de “apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio”. A sanção privativa de liberdade é a mesma do art. 312 do Código Penal (reclusão de dois a doze anos), o que torna a pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao peculato de prefeitos inferior àquela aplicável aos crimes de peculato praticados por governadores e presidente, pois a estes incide a causa de aumento do art. 327, § 2º do Código Penal. Pelo mesmo motivo, a sanção dos prefeitos é, em abstrato, menor do que aquela aplicável aos seus subordinados em cargos comissionados ou funções de direção e assessoramento. Tais constatações, alcançáveis pela simples leitura dos dispositivos legais em análise, poderiam justificar, com base em critérios normativos atinentes à “maior censurabilidade” dos peculatos praticados por prefeitos, a correção do que parece ter sido um equívoco legislativo, o qual mais se evidencia porque a causa de aumento do art. 327, § 2º do Código Penal se aplica aos prefeitos quando estes são autores de crimes que se sujeitam àquela majorante, a exemplo do delito de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal).

Mas a análise econômica do crime de peculato de prefeito fornece argumento que talvez não fosse facilmente perceptível. Ela indica que o crime previsto no art. 1º, I do DL 201/1967 tem custo esperado inferior não apenas ao peculato de outros chefes do Poder Executivo ou dos demais funcionários ocupantes de cargo em comissão ou função de direção e assessoramento, mas ao peculato do mais simples funcionário público, pois a redução de p na fórmula do custo esperado do peculato do prefeito, inerente aos meios que o cargo confere para dificultar a descoberta e elucidação do delito, não é acompanhada de elevação de S . E, como a condição de prefeito é elementar ao peculato do art. 1º, I do DL 201/1967, ela se comunica aos coautores do delito, por força do art. 30 do Código Penal, ainda que individualmente eles respondessem pelo peculato do art. 312 do Código Penal e eventualmente se sujeitassem à majorante do art. 327, § 2º do Código Penal. É dizer: o peculato dos funcionários públicos municipais ocupantes de cargos em comissão ou função de direção e assessoramento (como os secretários municipais), quando cometidos em concurso com o prefeito, também passa a ter custo esperado menor do que o peculato do mais simples funcionário público.

Esse cenário sugere que o menor custo esperado do peculato do art. 1º, I do Decreto-Lei 201/1967 é capaz de aumentar a demanda por esse crime, tanto pelos prefeitos quanto por quem ocupa cargo comissionado e função de direção e assessoramento no Poder Executivo municipal (nesse caso, em concurso com o prefeito). Logo, uma dissuasão mais eficiente desse delito, cuja censurabilidade (critério valorativo) foi previamente reconhecida pelo direito ao prevê-lo como crime, reclama uma reforma legislativa que equipare a pena privativa de liberdade cominada ao crime do art. 1º, I do DL 201/1967 àquela do art. 312 do

39 O Supremo Tribunal Federal reconhece que exercentes de mandato eletivo podem ser abrangidos pela elementar “função de direção”, pois interpretação outra levaria ao absurdo de se punir mais gravemente o auxiliar ocupante de cargo comissionado e função de direção/assessoramento do que o responsável geral pela Administração Pública (INQ 1769/PA e INQ 2606/MT). É interessante notar que esse entendimento evidencia uma preocupação com as consequências das interpretações possíveis. A diferença é que a hermenêutica tradicional avalia as consequências recorrendo à intuição e ao bom senso, e não a uma teoria científica que possibilite a formulação de hipóteses sobre o comportamento humano que, em princípio, sejam empiricamente falsificáveis.

Código Penal acrescida pela causa de aumento do art. 327, § 2º daquele código. E isso poderia ser proposto com base nas conclusões obtidas a partir da aplicação da teoria econômica do crime.

3. CONCLUSÕES

Este artigo aplica a teoria econômica do crime à política criminal, visando a demonstrar sua utilidade enquanto fundamento científico para a definição daquela política.

Após revisão das proposições centrais da teoria econômica do crime, foram analisadas três situações inseridas no cenário jurídico-criminal brasileiro com a finalidade de exemplificar de que maneira aquela teoria pode ser usada para subsidiar as decisões políticas que estruturam as estratégias estatais de combate ao crime.

Conclui-se que a teoria econômica do crime e o método científico a ela inerente geram conhecimento que possibilita estimar os impactos de distintas conformações de política criminal, favorecendo a tomada de decisões estatais mais bem informadas. Isso se faz possível porque a premissa do criminoso racional autoriza que sejam feitas previsões do comportamento criminoso que em princípio podem ser submetidas a teste empírico de validação ou refutação, desse modo produzindo conclusões que, a depender da meta social a ser alcançada, conduzem a proposições normativas sobre a medida de política criminal que deve ser adotada na situação analisada.

As conclusões reveladas pela teoria econômica do crime qualificam as escolhas estatais que definem como e em que montante serão realizadas as despesas em prevenção, investigação e julgamento de crimes, que indicarão a probabilidade de punição dos criminosos, e como serão escalonadas as penas de cada espécie delitiva, o que dimensionará a despesa com a execução e fiscalização das sanções. A consequência tende a ser a adoção de estratégias mais eficientes de enfrentamento ao crime, que obtenham melhores resultados e otimizem os recursos públicos.

A teoria econômica do crime apresenta limitações, as quais evidenciam não ser ela a solução definitiva para todos os problemas da política criminal. Mas teoria criminológica alguma o é, e o reconhecimento de limitações não equivale a dizer que a teoria não seja útil. A utilidade da teoria econômica do crime para orientar a construção da política criminal parece ser inegável, como indica a vasta literatura empírica a corroborar a premissa do criminoso racional. No Brasil, há um amplo campo para a realização de pesquisas que busquem, a partir da aplicação da teoria, melhor compreender o fenômeno da criminalidade e auxiliar o nosso sistema jurídico-penal em seu enfrentamento mais eficiente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, J. C. D. Abordagem econômica do direito: aspectos epistemológicos. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*, Coimbra, v. 2, n. 1, p. 169-186, jan. 2002.

- AGUIAR, J. C. D. *Teoria analítico-comportamental do direito: para uma abordagem científica do direito como sistema social funcionalmente especializado*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2017.
- ALFARO, C. P. R.; URRUTI, L. A. Análisis económico del derecho penal. In: ACCIARRI, H. A. *Derecho, economía y ciencias del comportamiento*. [S.l.]: Ediciones SAIJ, 2019. p. 147-176. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1713>. Acesso em: 16 dezembro 2019.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BECKER, G. S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *The Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar-apr 1968. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/f252/e0a5a33891158be5ee683493ae-13280c82ff.pdf>. Acesso em: 6 janeiro 2020.
- BOSON, D. S. Three strikes and you're out: uma análise econômica das penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23 n. 116, p. 17-37, set-out 2015.
- CARVALHO, C. É possível uma "ciência" do direito? Situação e perspectivas para a dogmática jurídica brasileira. In: PORTO, A. M.; SAMPAIO, P. *Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. Cap. 4, p. 121-143.
- COOTER, R. Price and Sanctions. *Columbia Law Review*, v. 84, p. 1523-1560, 1984. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1613/>. Acesso em: 04 jan 2020.
- COOTER, R.; ULEN, T. *Direito & Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araujo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- EHRlich, I. Crime, punishment, and the market for offenses. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10 n. 1, p. 43-67, 1996. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ppge/giacomo/wp-content/uploads/2019/03/Crime-Punishment-and-the-Market-for-Offenses.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020.
- EIDE, E. Economics of criminal behavior. In: BOUCKAERT, B.; GEEST, G. D. *The Economics of Crime and Litigation (Encyclopedia of Law and Economics)*. Cheltenham: Edward Elgar, v. 5, 2000. p. 345-389.
- FRIEDMAN, D. D. *Law's Order: What Economics has to do with Law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- KESSLER, D.; LEVITT, S. D. Using sentence enhancements to distinguish between deterrence and incapacitation. *Journal of Law and Economics*, v. XLII, p. 343-363, abril 1999. Disponível em: <http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/KesslerLevitt1999.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020.
- LEVITT, S. D. Incentive Compatibility Constraints as an Explanation for the Use of Prison Sentences Instead of Fines. *International Review of Law and Economics*, New York, v. 17, p. 179-192, 1997. Disponível em: <https://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/LevittIncentiveCompatibilityConstraints1997.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- LEVITT, S. D. Why do increased arrest rates appear to reduce crime: deterrence, incapacitation, or measurement error. *Economic Inquiry*, v. 36 n. 3, p. 353-372, jul 1998. Disponível em: <http://pricetheory.uchicago.edu/levitt/Papers/LevittWhyDoIncreasedArrest1998.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020.
- LEVITT, S. D. Understanding Why Crime Fell in the 1990s: Four Factors that Explain the Decline and Six that Do Not. *Journal of economic perspectives*, v. 18 n. 1, p. 163-190, 2004.
- MARTINEZ, A. P. Evidências do efeito dissuasório da pena no caso de crimes econômicos. *www.jota.info*, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/evidencias-efeito-dissuasorio-da-pena-no-caso-de-crimes-economicos-22092016>. Acesso em: 16 janeiro 2020.
- MENDES, S. M.; MCDONALD, M. D. Putting severity of punishment back in the deterrence package. *Policy Studies Journal*, v. 29 n.4, p. 588-610, november 2001. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/2929/1/GlasgowPSJ.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020.
- MICELI, T. J. The use of economics for understanding law: An economist's view of the cathedral. In: ULEN, T. *The Methodology of Law and Economics*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2017. Cap. 2, p. 18-43.
- MICELI, T. J. *The paradox of punishment: reflections on the economics of criminal justice*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019.

MURAMATSU, R.; FONSECA, P. Economia e psicologia na explicação da escolha intertemporal. *Revista de Economia Mackenzie*, v. 6 n. 6, p. 87-112, 2008. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rem/article/view/810>. Acesso em: 08 abr. 2020.

ODON, T. I. Segurança pública e análise econômica do crime: o desenho de uma estratégia para a redução da criminalidade no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 55 n. 218, p. 33-61, abr-jun 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p33. Acesso em: 13 ago 2020.

OLSSON, G. A.; TIMM, L. B. Análise econômica do crime no Brasil. In: BOTTINO, T.; MALAN, D. *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 111-131.

PATRÍCIO, M. A Análise Económica do Crime: Uma Breve Introdução. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 1, p. 157-175, 2015.

POLINSKY, A. M.; RISKIND, P. N. Deterrence and the optimal use of prison, parole and probation. *Stanford Law and Economics Olin Working Paper n° 507*, may 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2968614. Acesso em: 24 jul 2020.

POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. The optimal use of fines and imprisonment. *Journal of Public Economics*, v. 24, p. 89-99, 1984.

POSNER, R. A. An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review*, v. 85, p. 1193-1231, october 1985. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/6448/ae7b1aaa0785667ee8f0ba4fb7e9fe0a3c0.pdf>. Acesso em: 5 janeiro 2020.

POSNER, R. A. El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. *El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker*, v. 44, p. 37-54, 2002. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10057>. Acesso em: 16 dezembro 2019.

POSNER, R. A. *El análisis económico del derecho*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2a. ed. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Economica, 2007.

ROXIN, C. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SHAVELL, S. *Fundamentos del análisis económico del Derecho*. Tradução de Yanna G. Franco. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

SHIKIDA, P. F. A. Considerações sobre a economia do crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1 n. 2, p. 318-336, jul-dez 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/286060021_Consideracoes_sobre_a_Economia_do_Crime_no_Brasil_Um_Sumario_de_10_Anos_de_Pesquisa. Acesso em: 8 ago 2020.

SHIKIDA, P. F. A.; AMARAL, T. B. D. Análise econômica do crime. In: TIMM, L. B. *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3ª. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2019. Cap. 13, p. 311-334.

Recebido/Received: 31.08.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

A BASE DE CÁLCULO DAS TAXAS: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 29 E O “CUSTO DA ATIVIDADE ESTATAL”

THE BASIS OF CALCULATION OF FEES:
CONSIDERATIONS AROUND BINDING SUMMARY No.
29 AND THE “COST OF STATE ACTIVITY”

CARLOS VICTOR MUZZI FILHO¹

RESUMO

O artigo examina, à luz da Súmula Vinculante nº 29 do Supremo Tribunal Federal, a suposta necessidade de que a base de cálculo da taxa reflita o custo da atividade estatal, afirmando a tese de que não existe esta vinculação, principalmente ante a orientação do Supremo Tribunal Federal firmada na referida Súmula Vinculante.

Palavras-chave: Taxa. Aspecto quantitativo. Súmula vinculante 19/STF.

ABSTRACT

The article examines, in the light of the Binding Precedent No. 29 of the Supreme Federal Court, the supposed need for the fee (rate) calculation base to reflect the cost of state activity, stating the thesis that this link does not exist, especially in view of the Supreme Court's guidance Federal Court signed in a similar binding summary.

Keywords: Fee (rate). Quantitative aspect. Binding Precedente 19/STF.

1. INTRODUÇÃO

O estudo das taxas, no direito brasileiro, ainda parece contaminado pelo que Alfredo Augusto Becker nomeou de “maior equívoco” no direito tributário, isto é, “a contaminação

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), mestrado (2004) e doutorado (2013) em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004), além de especialização em Direito do Estado, pela PUC-MG (1997). Professor assistente II da Universidade FUMEC, nos cursos de graduação e mestrado. Leciona ainda em curso de especialização em Direito Tributário, nas Faculdades Milton Campos e no CAD – Centro de Atualização em Direito, bem como em curso de especialização em Processo Civil, na Universidade FUMEC. Tem atuação profissional na advocacia pública, sendo Procurador do Estado de Minas Gerais, e também na advocacia privada. Lattes: CV: <http://lattes.cnpq.br/8301401234076151>. E-mail: cvmuzzifilho@uol.com.br.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

MUZZI FILHO, Carlos Victor. *A base de cálculo das taxas: considerações em torno da Súmula Vinculante nº 29 e o “custo da atividade estatal”*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 329-344, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.xxxx>.

entre princípios e conceitos jurídicos e princípios e conceitos pré-jurídicos (econômicos, financeiros, políticos, sociais, etc.)" (BECKER, 1972, p. 35). Basta ver que ainda é recorrente a vinculação das taxas ao custeio de *despesas específicas* do Estado, atribuindo-se aos impostos o custeio das *despesas gerais* do Estado. Assim, por exemplo, Anis Kfouri Júnior, assinala que a arrecadação de impostos tem "o objetivo de financiar as despesas gerais do Estado", sendo que a taxa, "ao contrário dos impostos", tem "sua arrecadação destinada ao custeio" do serviço que é fato gerador dela (KFOURI JÚNIOR, 2012, p. 93 e 95, "*passim*").

É certo, porém, que não se deve vincular a natureza jurídica do tributo ao destino dado à receita com ele arrecadada. O Código Tributário Nacional (CTN – Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), como notório, dispõe que a "natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la [...] a destinação legal do produto da sua arrecadação" (art. 4º, inciso II), embora haja E, embora haja acirrada disputa teórica sobre a prevalência dessa afirmação em relação às contribuições especiais (SPAGNOL; FERRAZ; e GODOI, 2014, p. 197). Ademais, a própria Constituição da República, de 5 de outubro de 1988 (CR/1988), como regra geral, proíbe a "[...] vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa [...]" (art. 167, inciso IV). Mas, apesar disso, a todo o momento, tal vinculação da receita da taxa à despesa relacionada ao seu fato gerador aparece em argumentações jurídicas desenvolvidas, tanto nas lides forenses, quanto em estudos teóricos.

Em termos jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal (STF) não apresenta parâmetros decisórios claros e definidos, oscilando casuisticamente, sem que se consiga perceber a existência de padrão ou de orientação comum nas decisões proferidas. E isso ocorre mesmo após a edição da Súmula Vinculante nº 29 do Supremo Tribunal Federal, instrumento que, teoricamente, deveria retratar o entendimento dominante naquele tribunal (art. 103-A da CR/1988; Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006).

O objetivo deste artigo, assim, é discutir a base de cálculo das taxas, a partir da orientação firmada na Súmula Vinculante nº 29/STF, confrontando esta orientação com a ideia de que a base de cálculo das taxas deveria refletir o "custo da atividade estatal", parâmetro que, quando menos, serviria de limite máximo para balizar o volume de recursos arrecadados com a exigência da taxa. O que se sustenta, aqui, é a dissociação jurídica entre a validade jurídica da taxa e o volume de recursos arrecadados, que não necessita guardar equivalência com o custo da atividade estatal.

Cumprido frisar que, em termos políticos e econômicos, é até recomendável que a instituição das taxas tenha como parâmetro o custo da atividade estatal que se constitui em fato gerador do tributo. Também é recomendável, sob o ângulo político, a criação de limites arrecadatários, impedindo que a taxa instituída se torne tributo muito "caro", até porque a parcimônia na arrecadação tributária pode funcionar como fator legitimador da tributação. Mas essas são considerações pré-legislativas, que não afetam a validade jurídica da taxa eventualmente instituída.

Este artigo sustenta que a CR/1988 apenas determinou *o que não pode ser* base de cálculo das taxas, mas não impôs ou definiu *o que deve ser* base de cálculo da taxa (BRASIL, 1988). Por isso, a margem de atuação do legislador ordinário, na definição do aspecto quantitativo das taxas, é muito ampla, mais ampla, inclusive, do que a margem de atuação em relação às bases de cálculo dos impostos. Isso porque, se a lei complementar fixa a mol-

dura dos impostos, definindo-lhes o fato gerador, os sujeitos passivos e a base de cálculo (art. 146, inciso III, letra a, da CR/1988), em relação às taxas não há sequer essa definição em lei complementar, a não ser a repetição, no art. 77, parágrafo único, do CTN, da vedação contida no art. 145, § 2º, da CR/1988, acrescida ainda da vedação de se calcular a taxa "[...] em função do capital das empresas" (parte final do parágrafo único do referido art.77; mas, também aqui, o parâmetro é negativo, pois a taxa *não pode* ser calculada com base no capital das empresas).

Metodologicamente, o artigo se divide duas partes. Na primeira, discute-se a configuração jurídica da taxa, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Na segunda parte, se examina a orientação jurisprudencial do STF, tendo em vista, notadamente, a Súmula Vinculante nº 29/STF. Ao final, espera-se, como conclusão, afirmar que a base de cálculo das taxas não deve ser, necessariamente, o custo da atividade estatal, embora possa sê-lo por opção do legislador, visto que tal custo não se configura em parâmetro jurídico obrigatório para estipulação do valor da taxa.

2. TAXA: FATO GERADOR E BASE DE CÁLCULO

As taxas, dispõe o art. 145, § 2º, da CR/1988, "não poderão ter base de cálculo própria de imposto". A CR/1988 adotou, inequivocamente, a opção por definir "o que não poderá ser base de cálculo da taxa", esquivando-se, então, de definir "o que deverá ser base de cálculo da taxa" (BRASIL, 1988).

A CR/1988 poderia ter optado por uma definição positiva, isto é, poderia, no mesmo § 2º do art. 145 ter disposto, por exemplo, que *a base de cálculo das taxas deverá ser o custo da atividade estatal*. Ter-se-ia, nesse contexto, parâmetro claro e único para se quantificar as taxas (BRASIL, 1988).

Todavia, não foi esse o caminho escolhido pela CR/1988. Assim, tem-se, a partir do texto constitucional, a determinação (negativa) de que a taxa não tenha "base de cálculo própria de imposto".

A lei complementar de normas gerais de direito tributário, CTN, de igual modo, dispõe, no parágrafo único do art. 77, que a "[...]taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas" (BRASIL, 1966). Portanto, a base de cálculo da taxa não pode ser "idêntica" à base de cálculo de imposto, também não podendo ser calculada em função do capital das empresas. Aqui também, repita-se, optou o legislador pelo *critério negativo*, em vez de se dispor, mais simplesmente, que a "base de cálculo da taxa é o custo da atividade estatal que é fato gerador dela".

Não obstante a literalidade do texto constitucional, bem como a do CTN, ainda se encontra presente aquilo que Paulo de Barros Carvalho definiu como "superlativa valorização" da base de cálculo, que seria resultado da grande influência exercida por Alfredo Augusto Becker

na doutrina brasileira (CARVALHO, 2019, p. 357)². E o próprio Paulo de Barros Carvalho, conquanto ressalte o exagero na “valorização” da base de cálculo, argumenta que, na “Teoria Geral do Direito Tributário”, a base de cálculo cumpre três funções: i) “função mensuradora”; ii) “função objetiva”; e, especialmente para os fins deste artigo, iii) “função comparativa” (CARVALHO, 2019, p. 357 e 362, “*passim*”). A base de cálculo da taxa cumpre essa terceira e última “função comparativa” quando ela é, obviamente, comparada com “[...] o critério material da hipótese”, sendo capaz, então, de confirmar, infirmar ou afirmar “[...] aquilo que consta do texto da lei, de modo obscuro” (CARVALHO, 2019, p. 2019).

Dessas premissas se extrai a conclusão a que vários tributaristas chegam, segundo a qual a taxa, se adotar base de cálculo própria de imposto se tornará verdadeiro imposto, porque a base de cálculo, nesta hipótese, não confirmará o fato gerador do tributo (o “critério material da hipótese”, a que alude Paulo de Barro Carvalho). Por isso mesmo, o próprio Paulo de Barros Carvalho sustenta que a base de cálculo da taxa deve necessariamente retratar “[...]a medida da intensidade da participação do Estado. Acaso o legislador mencione a existência de taxa, mas eleja base de cálculo mensuradora de fato estranho a qualquer atividade do Poder Público, então a espécie tributária será outra, naturalmente um imposto” (CARVALHO, 2019, p. 71)³.

Nessa mesma toada, Alfredo Augusto Becker, para distinguir a taxa do imposto, afirma que “[...]a regra jurídica que tiver escolhido para base de cálculo do tributo o *serviço estatal ou coisa estatal*, terá criado taxa” (BECKER, 1972, p. 346). Mais adiante, pontua Becker que, em se “[...] tratando de taxa, unicamente o valor do *serviço estatal ou coisa estatal* poderá ser tomado como a *base de cálculo* [...]” (BECKER, 1972, p. 348). O tributarista reconhece ser “[...] impraticável tomar o valor *real* do serviço [...]”, sendo admissível, por isso, que o legislador fixe “indiretamente” o valor, sempre se pautando, porém, pela “medida do serviço (ou coisa) estatal” (BECKER, 1972, p. 348/349, “*passim*”).

Ainda nessa mesma linha, a título de exemplo, veja-se a lição de Misabel Abreu Machado Derzi, em suas notas de atualização à obra de Aliomar Baleeiro (BALEEIRO, 2013). Enfática, Misabel Derzi, invocando lições de Paulo de Barros Carvalho, Alfredo Augusto Becker, Alberto Xavier, entre outros, acentua o caráter sinalagmático das taxas, em razão do qual, dentre outras, aponta a seguinte consequência:

[...] reflete-se ainda o caráter sinalagmático na base de cálculo das taxas, a qual deve mensurar o custo da atuação do Estado, proporcionalmente a cada obrigado. Nem deve variar em função de coisa própria do contribuinte, fato estranho. Taxas que elegem base de cálculo diversa do custo da atuação estatal relativa ao contribuinte (valor do imóvel, do veículo, valor da causa, valor da obra etc.) são impostos disfarçados, em regra instituídos contra as normas da Constituição (BALEEIRO, 2013, p. 845).

Sacha Calmon Navarro Coêlho, igualmente enfático, pontua que entre base de cálculo e fato gerador “[...]existe uma relação de inerência quase carnal (*inhaeret et ossa*), uma relação

2 Alfredo Augusto Becker, nome mítico no direito tributário brasileiro, sustenta que o “núcleo” da “hipótese de incidência da regra jurídica da tributação” é “[...] a base de cálculo e confere o *gênero* jurídico ao tributo. Os elementos adjetivos são todos os demais elementos que integram a composição da hipótese de incidência (BECKER, 1972, p. 343).

3 Curiosamente, Paulo de Barros Carvalho, em nota de pé de página após o trecho citado, registra a orientação firmada na Súmula Vinculante nº 29, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a adoção na base de cálculo da taxa de “algum dos elementos da base de cálculo de impostos, como é o exemplo da ‘testada do imóvel’, não configura ofensa ao disposto no art. 145, § 2º, da Constituição” (CARVALHO, 2019, p. 71, nota nº 10).

de pertinência, de harmonia", de modo que a taxa, "[...]qualquer taxa, não pode ter base de cálculo de imposto enquanto espécie" (COÊLHO, 2020, p. 56/57, "passim")⁴.

Luís Eduardo Schoueri também indaga "[...]o que serve de base de cálculo para a taxa?" (SCHOUERI, 2017, p. 195). E, após reconhecer que, "pelo mandamento constitucional, já se tem uma primeira resposta, ainda que pela negativa" (SCHOUERI, 2017, p. 195), acrescenta a seguinte explicação:

[...]se a justificativa da taxa está em não forçar toda a coletividade a suportar um gasto que pode ser imputado a um contribuinte individualizado, é claro que se tem aí uma indicação da base de cálculo possível: será aquela suficiente para medir, ainda que com certo grau de aproximação, o valor da atividade a que o referido contribuinte exigiu do Estado (SCHOUERI, 2017, p. 195).

Não é o caso, aqui, de se fazer ampla revisão da literatura, mas a invocação de verdadeiros pilares do direito tributário brasileiro, Misabel Derzi, Sacha Calmon, Paulo de Barros Carvalho, Alfredo Augusto Becker e Luís Eduardo Schoueri, presta-se à demonstração de que é recorrente, em nossa doutrina, a assimilação entre os "fatos geradores" da taxa e sua "base de cálculo". Por outras palavras, se a CR/1988 define os "fatos geradores" da taxa (exercício do poder de polícia ou prestação de serviço público, potencial ou efetiva, específico e divisível, conforme art. 145, inciso II), daí se afirma que as bases de cálculo eleitas pelo legislador devem refletir o "custo" desses "fatos geradores", o custo da "atividade estatal" (BRASIL, 1988).

Tal decorrência lógico-jurídica afirmada por diversos autores, porém, não se sustenta ante a literalidade do texto constitucional, exigindo, pois, construção exegética que vai buscar, como acentuado por Luís Eduardo Schoueri, a "justificativa" para a criação da taxa. Mas não é apenas o limite literal do art. 145, § 2º, da CR/1988 (que contém preceito de natureza negativa, como já afirmado) que deve ser considerado, devendo ser buscada, ainda, compreensão sistemática do ordenamento jurídico e, especialmente, no objetivo deste artigo, a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula Vinculante nº 29/STF, como se expõe no tópico subsequente.

3. BASE DE CÁLCULO DA TAXA À LUZ DA SÚMULA VINCULANTE Nº 29/STF

Como visto, taxa não pode ter base de cálculo *própria* de imposto, o que significa, para diversos autores, que a base de cálculo da taxa deve ser estabelecida a partir do custo da atividade estatal, sendo estranhos a ela, como pontua Misabel Derzi, em nota de atualização à obra de Aliomar Baleeiro, qualquer "coisa própria de contribuinte" (BALEIRO, 2013, p. 845).

Repare-se que o texto constitucional, à primeira vista, estabelece proteção mais ampla aos contribuintes do que a proteção estabelecida pelo art. 77, parágrafo único do CTN, por-

4 Também Sacha Calmon refere-se à Súmula Vinculante nº 29, afirmando sua discordância: "[...] o grande perigo é enfraquecer a diferença entre imposto (fato do contribuinte) e taxa (fato do Estado) consistente em atuações estatais [...]" (COÊLHO, 2020, p. 57/58).

que este último preceitua que as bases cálculo das taxas não podem ser *idênticas* às bases de cálculo dos impostos. Ora, *idêntico é igual, é muito parecido*, sendo, por isso, regra de proteção bem mais restrita, porque atuaria apenas se houvesse *identidade* entre a base de cálculo da taxa e a do imposto. Todavia, proibir, como proíbe a CR/1988, a adoção para a taxa de *base de cálculo própria de imposto*, é proibir a adoção de base de cálculo para a taxa que também *poderia ser* base de cálculo de imposto, ainda que não fosse *idêntica*, razão pela qual a regra constitucional parecer ter alcance bem mais amplo, à primeira vista, do que a regra do CTN (BRASIL, 1966).

Hugo de Brito Machado, nessa linha de argumentação, compara a redação da CR/1988 com a redação adotada na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (EC nº 1/1969), cujo art. 18, § 2º, dispunha que a taxa não poderia “[...]tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência de impostos”. Segundo Hugo de Brito Machado, na atual CR/1988, “[...]não é preciso que determinada grandeza *tenha servido para a incidência de impostos*. Nem que tenha servido para o cálculo de um imposto qualquer. Basta que seja própria, vale dizer, seja adequada para o cálculo de impostos” (MACHADO, 2017, p. 442, “*passim*”).

Não obstante a possibilidade de se reconhecer na regra do art. 145, § 2º, da CR/1988, uma limitação mais ampla para a definição da base de cálculo da taxa, a jurisprudência do STF, ao longo do tempo, não endossou tal orientação interpretativa (BRASIL, 1988). Longe disso, a jurisprudência que veio a ser construída admite, sim, que a base de cálculo da taxa considere *atos do contribuinte*, desde que não haja “integral identidade” com base de cálculo de imposto.

3.1 TAXA E A JURISPRUDÊNCIA DO STF: SÚMULAS NºS 595 E 665 E SÚMULA VINCULANTE Nº 19

Serve como exemplo do caminho percorrido pela jurisprudência do STF a Súmula nº 665, do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 24.set.2003, segundo a qual “é constitucional a Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários instituída pela Lei 7.940/89”. A base de cálculo desta taxa, cuja constitucionalidade foi afirmada pelo STF, é fixada a partir do patrimônio líquido das empresas fiscalizadas, adotando-se alíquotas específicas, é dizer, valores variados fixados em “BTN – Bônus do Tesouro Nacional”, que se vinculam a faixas de valores do patrimônio líquido (conforme Tabela A da Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989)⁵.

Acresça-se que, posteriormente à edição da Súmula nº 665, o STF, ao julgar em 30.ago.2006, a ADI nº 453/DF, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, cujo objeto foi também a mesma Lei nº 7.940, de 1989, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a constitucionalidade do tributo. E, especificamente sobre a base de cálculo, disse o Ministro Gilmar Mendes que a “[...] flutuação dos valores cobrados deriva da amplitude do patrimônio líquido do contribuinte, o que identifica uma necessidade de maior fiscalização”. E, ainda segundo o Ministro Gilmar Mendes, a “[...] variação dos valores lançados não só reflete a capacidade contributiva do interessado, como bem espelha a quantidade de serviço público dispensado, ‘uti singuli’”.

5 Assim, por exemplo, para as “companhias abertas” de patrimônio líquido de até 10.000.000 BTN, o valor da taxa é de 1.500 BTN; para patrimônio líquido cujo valor seja de 10.000.001 a 50.000.000, a taxa é de 3.000 BTN; e patrimônios líquidos acima de 50.000.001 de BTN, o valor da taxa é de 4.000 BTN (Tabela A da Lei nº 7.940, de 1989).

Em crítica à Súmula nº 665, do Supremo Tribunal Federal, Sacha Calmon Navarro Coêlho reiterou que a adoção do "patrimônio líquido" como base de cálculo da taxa não mediria "[...] a atuação do Estado em prol do contribuinte. Pelo contrário, essa exação é cobrada com fundamento exclusivamente em um fato do particular, o patrimônio líquido que possui [...]" (COÊLHO, 2020, p. 59). O STF, porém, reafirmou que o patrimônio líquido seria parâmetro seguro para estimar o grau de intervenção estatal, supondo que, quanto maior o patrimônio líquido da empresa, maior seria a atividade de fiscalização. Trata-se, porém, de mera "aproximação" (SCHOUERI, 2017, p. 195) ou critério indireto (BECKER, 1972, p. 348), porque não há correlação necessária entre o patrimônio líquido da empresa e o trabalho de fiscalização da atividade.

Muito antes da Súmula nº 665, ainda na vigência da EC nº 1/1969, o STF também editou a Súmula nº 595, de 15 dez. 1976: "É inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base de cálculo seja idêntica à do imposto territorial rural". Também aqui se vedou a identidade entre a base de cálculo da taxa e a do imposto, mas não se vedou a utilização, na base de cálculo da taxa, de elementos fáticos relacionados ao contribuinte⁶.

Há, então, certa linha de continuidade entre as Súmulas nº 595 e nº 665 e a mais recente Súmula Vinculante nº 29/STF, aprovada em 03 fev. 2010, com a seguinte redação: "É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra". Consolidou-se, assim, o entendimento de que a base de cálculo da taxa não pode guardar "integral identidade" com "base de cálculo própria de determinado imposto", nada impedindo, porém, a adoção de elementos que digam respeito ao contribuinte.

Nesse contexto, à luz da Súmula Vinculante nº 29/STF, não se pode sustentar a afirmação de que as bases de cálculo da taxa, necessariamente, devem *medir o custo da atividade estatal*, eis que elas podem adotar "um ou mais elementos da base de cálculo própria de imposto", não sendo permitido, apenas, que haja "integral identidade" entre a base de cálculo da taxa e a do imposto.

Em sentido oposto, Werther Botelho Spagnol, em obra escrita em conjunto com Luciano Ferraz e Marciano Seabra de Godoi, critica a Súmula Vinculante nº 29/STF, afirmando que ela provocou o "esvaziamento" do conteúdo do art. 145, § 2º, da CR/1988 (SPAGNOL; FERRAZ; GODOI, 2014, p. 211). A crítica, claro, decorre da vinculação que Werther Botelho Spagnol, como tantos outros, afirma existir entre a base de cálculo da taxa e o custo do serviço estatal, pontuando, então, que esta "[...]base de cálculo deve corresponder, de forma mais próxima o possível, ao custo do poder de polícia e/ou ao serviço público prestado, sendo incabível adotar elementos próprios dos impostos, cuja mensuração baseia-se na capacidade contributiva" (SPAGNOL; FERRAZ; GODOI, 2014, p. 211). Tal argumento já foi enfrentado neste artigo, ao se afirmar que esta pretendida vinculação não foi feita pelo texto constitucional, razão pela qual a interpretação assentada na Súmula Vinculante nº 29/STF, acerca da expressão

6 Observe-se, porém, que posteriormente a edição da Súmula nº 595/STF, em outras decisões, o STF afirmou que para se configurar a inconstitucionalidade da taxa, bastaria a "identidade num dos critérios de lançamento com ITR. O imposto exclui a taxa" (Recurso Extraordinário nº 96.848-SP, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, DJe, 29.jun.1984). Todavia, como indicado no texto, o STF veio a abandonar essa orientação de que a identidade de *um dos critérios* adotados para a base de cálculo do imposto tornaria inconstitucional a base de cálculo da taxa, fixando-se no argumento baseada na "integral identidade" entre as bases de cálculo da taxa e do imposto, para que aquela se qualifique como inconstitucional.

“base de cálculo própria de imposto”, não se mostra absurda, revelando-se, sim, razoável, seja sob a perspectiva histórica, seja sob a perspectiva literal.

A constatação que se tem, nesse cenário, é a de que foi superada pela jurisprudência do STF a tese de que, por ser o fato gerador da taxa uma atividade estatal, sua base de cálculo haveria de, necessariamente, aquilatar o *custo* desta atividade estatal. Afinal, se assim fosse, como admitir que a base de cálculo da taxa considerasse “um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto”?

Ainda que se fizesse a suposição de que *elementos da base de cálculo de imposto* serviriam para estimar o custo da ação estatal, trata-se de mera suposição ou “aproximação”, não havendo, necessariamente, nenhuma relação direta e objetivamente mensurável entre esses elementos e o custo da atividade estatal. Voltando ao exemplo da Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários, basta imaginar uma empresa que tenha patrimônio líquido muito alto, operando, porém, com poucos e grandes investidores. Tal empresa realizaria muito menos operações do que, por exemplo, empresa menor, que operasse com dezenas ou centenas de pequenos investidores, de modo que, nesse exemplo básico, o patrimônio líquido, critério adotado para quantificar a referida taxa, não estaria, efetivamente, medindo a *quantidade* de atividade estatal.

Vale acrescentar aqui, encerrando este tópico, que não se está afirmando que *a base de cálculo da taxa não pode refletir o custo da atividade estatal*. O que se afirma é que, juridicamente, *não há obrigatoriedade de a base de cálculo das taxas ser o custo da atividade estatal*. Este reflexo será opção do legislador, não proibida pelo texto constitucional, mas que também não é obrigatória pelo mesmo texto constitucional. O argumento desenvolvido por Luís Eduardo Schoueri, assentado na justificação das taxas se mostra metajurídica, porque prescinde das normas jurídicas para se fundar em argumentos contaminados por aquele “equivoco” a que alude Alfredo Augusto Becker, decorrente da “contaminação” do direito tributário por “princípios e conceitos pré-jurídicos (econômicos, financeiros, políticos, sociais, etc.)” (BECKER, 1972, p. 35).

Em suma, juridicamente, a CR/1988 apenas proíbe que a taxa tenha base de cálculo própria de imposto, o que, na interpretação firmada pelo STF, na Súmula Vinculante nº 29/STF, significa dizer, apenas, que a base de cálculo da taxa não pode ser idêntica à base de cálculo do imposto. Daí a necessidade de se examinar duas outras circunstâncias que também corroboram a orientação firmada na Súmula Vinculante nº 29/STF, afastando, assim, a consideração do custo da atividade estatal como fator essencial para estipulação da base de cálculo das taxas: a opção pelo estabelecimento de valor certo para as taxas e o emprego destas no campo da extrafiscalidade.

3.2 TAXA COM VALOR CERTO (SEM BASE DE CÁLCULO) E “CHINESICES”

Não raras taxas são estipuladas pelo legislador em valor certo, prescindindo, pois, de base de cálculo e de alíquotas (sejam alíquotas específicas ou alíquotas “*ad valorem*”).

Dois exemplos podem ser dados: (i) a taxa de R\$ 1.000,00 (mil reais) para a expedição do porte de arma (art. 11 e Tabela Anexa, item V, ambos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003); e (ii) a taxa de R\$ 257,25 (duzentos e cinquenta e sete reais e vinte e cinco centa-

vos) para emissão de passaporte (art. 3º, inciso I, letra a, da Lei Complementar nº 89, de 18 de fevereiro de 1997, combinado com o art. 49 do Decreto nº 3.345, de 30 de novembro de 1938, e Tabela Anexa à Portaria nº 927, de 9 de julho de 2015, do Ministro da Justiça)⁷. Outros diversos exemplos poderiam ser citados, no plano federal, estadual e municipal, mas esses dois exemplos bastam para demonstrar que existem taxas estabelecidas em valores certos, que dificilmente representarão o custo da atividade estatal.

Teoricamente, poder-se-ia até supor que, quando de sua fixação pelo legislador, referidas taxas estabelecidas em valor fixo representariam o custo da atividade estatal. Trata-se, claro, de mera suposição, que demandaria minuciosa pesquisa na tramitação dos projetos de lei respectivos, com necessidade de se examinar eventuais demonstrações contábeis de que o valor estipulado representaria o custo da atividade estatal. De todo modo, ainda que houvesse essa correlação entre o valor efetivamente estabelecido e o custo da atividade estatal, não é nada razoável supor que, passados quase dezessete anos da fixação da taxa para a expedição do porte de arma (Lei nº 10.826, de 2003), o custo da atividade estatal não tenha se alterado. Assim como também não é crível supor que o custo da atividade alusiva à expedição do passaporte se mantenha inalterado há cinco anos, desde que reajustado, pela última vez, em 2015, pela Portaria nº 927, do Ministro da Justiça.

A questão é tratada por Sacha Calmon Navarro Coêlho, que registra existir "[...] questão embaraçosa quanto às técnicas em voga de fixação do valor das taxas" (COÊLHO, 2020, p. 58). Lembrando que "na maior parte dos casos, o valor a pagar das taxas é fixado aleatoriamente, *a forfait*", Sacha Calmon reconhece que "isto não se casa bem com as funções reservadas à base de cálculo das mesmas, até por imperativo constitucional. Pois não reza a Constituição que a taxa não pode ter base de cálculo idêntica à do imposto? A base de cálculo aqui deve mensurar a atuação estatal" (COÊLHO, 2020, p. 58, "*passim*").

Reitere-se que Sacha Calmon Navarro Coêlho retira de um comando negativo (a taxa não pode ter base de cálculo própria de imposto) uma ordem positiva (a taxa deve mensurar a atuação estatal), mas, em vez de concluir, então, pela inconstitucionalidade do critério "*a forfait*" (valor fixo) adotado "na maior parte dos casos", recorre à presunção, novamente pouco crível, de que o valor fixo corresponde ao custo da atividade estatal: "Nestes casos, presume-se que a base de cálculo mede os custos da atividade estatal pela sobreprestação do serviço público requerida, *a forfait*" (COÊLHO, 2020, p. 58).

Não se sabe a razão de tal presunção, que mais se parece com uma crença ou um desejo. Mas não há nenhuma garantia jurídica (ou contábil, ou econômica, ou de qualquer espécie) de que o valor fixo estabelecido represente, ainda que aproximadamente, o custo da atividade estatal.

Por outro lado, há óbvias dificuldades práticas em se fixar, concretamente, o custo de determinada atividade estatal, até mesmo em razão da constante interação entre diversos órgãos públicos envolvidos em determinada atividade de polícia ou de prestação de serviços

7 A apuração do valor da taxa para emissão de passaporte mereceria pesquisa própria. O Decreto nº 3.345, de 30 de novembro de 1938, editado na Ditadura Vargas, estabeleceu o "Regulamento de Passaportes", fixando o valor da taxa respectiva (art. 49). A Lei Complementar nº 89, de 1997, dispo sobre o FUNAPOL – Fundo para Aparelhamento e Operacionalização das Atividades-fim da Polícia Federal Nacional – o seguinte: "Art. 3º – Constituem receita do FUNAPOL: I - taxas e multas cobradas pelos serviços de migração, prestados pelo Departamento Polícia Federal, assim discriminadas: a) taxas pela expedição de documento de viagem, instituídas pelo art. 49 do Decreto nº 3.345, de 30 de novembro de 1938, e atualizadas na forma da legislação vigente". A última "atualização", como anotado, foi feita pela Portaria nº 927, de 2015, do Ministro da Justiça, sem se explicar qual o critério de atualização monetária utilizado, se é que se utilizou de algum critério.

públicos. Ademais, há ainda variações em relação à demanda real pela atividade estatal, o que igualmente repercute na eventual definição do valor exato ou próximo da taxa, porque, obviamente, a frequência com que a atividade estatal é exercida influencia no custo desta mesma atividade, em relação a cada sujeito passivo: se determinada atividade custa x Reais por mês, se ela for prestada para mil sujeitos passivos, este custo seria de $x/1.000$, bem inferior, a princípio do que o custo de um serviço prestado a apenas dez sujeitos passivo por mês ($x/10$).

A esse propósito, houve interessante discussão no julgamento, pelo STF, do RE 416.601-DF, Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 10.ago.2005 (DJ, 30.set.2005), no qual se afirmou a constitucionalidade da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TFCA, instituída pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, com a modificação feita pela Lei nº 10.165, de 28 de janeiro de 2000 (artigos 17-B, 17-C, 17-D, 17-G). Dentre as controvérsias enfrentadas pelo STF, cabe examinar a afirmação de que haveria inconstitucionalidade na TFCA porque sua base de cálculo seria o “porte econômico” de cada contribuinte (medido pela “receita bruta anual”, combinado com o “potencial de poluição”, conforme art. 17-D, § 1º; e Anexo XI). O Ministro Carlos Velloso, ao afastar a pretendida inconstitucionalidade da TFCA, valeu-se de lição exarada por Sacha Calmon Navarro Coêlho, em parecer juntado àqueles autos, fazendo-se a seguinte transcrição no acórdão prolatado pelo STF:

Quanto à suposta abusividade do valor da TFCA, cumpre registrar que seu montante vai de R\$ 50,00 (cinquenta reais), para a microempresa com alto grau de poluição ambiental ou de utilização de recursos minerais, até o teto de R\$ 2.250,00 (dois mil, duzentos e cinquenta reais) por estabelecimento de empresa de grande porte também enquadrada no grau máximo de poluição ou utilização.

Não me parecem valores excessivos, ainda mais quando se pensa no custo de fiscalização de uma plataforma de petróleo em alto mar, que depende de deslocamento em helicóptero, emprego de equipamentos de segurança os mais modernos, grande número de homens e de horas despendidas...

Não se pode ignorar, contudo, a virtual impossibilidade de aferição matemática direta do custo de cada atuação do Estado (a coleta do lixo de um determinado domicílio, ao longo de um mês; a emissão de um passaporte, etc.). O cálculo exigiria chinesices como pesquisa do tempo gasto para a confecção de cada passaporte, e a sua correlação com o salário-minuto dos funcionários encarregados e o valor do aluguel mensal do prédio da Polícia Federal onde o documento foi emitido, entre outras variáveis intangíveis, de modo a colher o custo da emissão de cada passaporte, para a exigência da taxa correspondente (que variaria para cada contribuinte, segundo o seu documento tivesse exigido maior ou menor trabalho ou tivesse sido emitido em prédio próprio ou alugado). O mesmo se diga quanto à coleta de lixo: imagine-se o ridículo de se obrigarem os lixeiros, tais ourives, a pesar com balança de precisão os detritos produzidos dia a dia por cada domicílio, para que a taxa pudesse corresponder ao total do lixo produzido a cada mês pelo contribuinte.

Não sendo possível apurar as “chinesices”, Sacha Calmon Navarro Coêlho, no parecer citado no RE 416.601-DF, Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, contenta-se em exigir “[...] equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar[...]”, sem precisar, porém, o que seria essa “equivalência razoável”, nem como se apurar sua configuração. No caso da TFCA, como visto, Sacha Calmon entendeu não

serem excessivos os valores estipulados, mas não ofereceu critérios jurídicos objetivos para se definir essa razoabilidade entre o valor da taxa e o custo do serviço estatal, o qual, repita-se, é virtualmente impossível de ser aferido matematicamente, segundo o próprio Sacha.

Nesse compasso, a vinculação entre o valor da taxa e a "equivalência razoável" reflete, mais uma vez, o "maior erro" apontado por Becker, por importar conceitos de outras áreas para o Direito, sem que se possa fazer adequada transposição daqueles conceitos para a linguagem jurídica. O que seria "equivalência razoável" (Sacha Calmon) ou "certo grau de aproximação" (Schoueri), ou ainda a "forma mais próxima possível" (Spagnol)? São, evidentemente, dados extrajurídicos, que poderiam (e até deveriam) ser levados em consideração pelo legislador, especialmente como fator legitimador da tributação, mas não são dados que possam ser empregados pelos operadores jurídicos, a não ser que as discussões jurídicas possam se basear em meras suposições (para este, há "equivalência razoável", para aquel'outro, porém, já não se adotou a "forma mais próxima possível"...).

Dessa ótica, então, a utilização de taxas com valores fixos aponta também para o equívoco de se pretender, juridicamente, exigir correlação entre a base de cálculo da taxa e o custo da atividade estatal. Esta correlação não existe, motivo pelo qual se adota, em muitos casos, taxas com valores certos, que não representam o custo da atividade estatal.

3.3 EXTRAFISCALIDADE E TAXA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E A TAXA

Outra circunstância a ser considerada neste artigo, que igualmente influencia a compreensão da base de cálculo da taxa, é o emprego da extrafiscalidade em relação a esta espécie tributária.

A extrafiscalidade, como sabido, é a utilização do tributo para induzir ou coibir certos comportamentos ou atos, passando o tributo a ser, nos dizeres de Sacha, "instrumento de políticas econômicas, sociais, culturais, etc." (COÊLHO, 2020, p. 162). Não se vai aprofundar a discussão em torno da extrafiscalidade, motivo pelo qual, aqui, reitero apenas o que afirmei em outro artigo: "[...] não há incompatibilidade entre o emprego extrafiscal da tributação e o princípio da igualdade. Entende-se, sim, que a igualdade, em relação à extrafiscalidade, baseia-se em outros critérios de discriminação, que não apenas a capacidade econômica do contribuinte" (MUZZI FILHO, p. 243). Nessa mesma linha, Sacha Calmon Navarro Coêlho, ao discorrer sobre o princípio constitucional da isonomia e o da capacidade contributiva, faz duas considerações: "Em certas situações, o legislador está autorizado a tratar desigualmente os iguais, sem ofensa ao princípio; tais são os casos derivados da *extrafiscalidade* e do *poder de polícia*" (COÊLHO, 2020, p. 162, destaques no original).

Portanto, os tributos, dentre eles a taxa, podem ser empregados pelo legislador como instrumento para desestimular certas condutas, ou estimular outras condutas desejadas pelo legislador. Dois outros exemplos, aqui, podem ilustrar a argumentação que se desenvolve.

Há certas atividades que, financeiramente, são caras, isto é, custam muito, e sua remuneração por via da taxa, caso esta tivesse que remunerar todo o custo, tornaria inviável o pagamento do tributo. O exemplo mais eloqüente talvez seja o da *taxa judiciária*, exigida pela

prestação do serviço judiciário. O Relatório Contábil de 2019, do Governo do Estado de Minas Gerais, aponta que a arrecadação da *taxa judiciária*, naquele ano, foi da ordem de R\$218 milhões (duzentos e dezoito milhões de reais), para uma despesa total do Poder Judiciário da ordem de R\$6,6 bilhões (seis bilhões e seiscentos milhões de reais). Ainda que fossem somados os recursos advindos também da *taxa de fiscalização judiciária*, exigida em relação aos serviços de registros públicos, que foram da ordem de R\$756 milhões (setecentos e cinquenta e seis milhões de reais), teríamos um total da ordem de R\$974 milhões (novecentos e setenta e quatro milhões de reais), ou 14,75% da despesa total do Poder Judiciário⁸.

Veja-se, então, que, se fosse imperativo constitucional que a *taxa judiciária*, obrigatoriamente, houvesse de corresponder ao custo da atividade estatal, se mostraria inafastável a necessidade de substancial aumento do tributo. Mas, sendo o serviço judiciário verdadeira garantia constitucional, o legislador, mais do que pode, deve estipular valores módicos, de forma a não tornar proibitivo o valor do tributo, assegurando, assim, efetivo acesso à jurisdição, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988 (BRASIL, 1988).

Outro exemplo se tem nas já mencionadas *taxa para expedição do porte de arma e taxa para expedição de passaporte*. A primeira foi estipulada em R\$1.000,00 (mil reais), com renovação anual, ao passo que a emissão de passaporte custa R\$257,25, com renovação decenal⁹. A discrepância entre os valores (e os prazos de validades dos documentos) permite afirmar, sem muito esforço, que a *taxa para expedição do porte de arma* teve seu valor exacerbado, porque a política governamental não privilegia o uso de armas pela população, usando a taxa como estratégia para se desestimular esse uso de armas. Por outro lado, não havendo intenção de desestimular a viagem de brasileiros ao exterior, o valor da *taxa para emissão de passaportes* é substancialmente inferior, notadamente se comparado o prazo de validade dos documentos em questão. Ambas as taxas são empregadas com finalidade extrafiscal, não havendo, por certo, equivalência financeira entre o custo das respectivas atividades estatais e os valores (certos) exigidos pela lei tributária.

Se, contudo impõe-se como exigência jurídica que as taxas sejam estipuladas, necessariamente, de acordo com o custo da atividade estatal, perde-se a possibilidade de se ter o emprego extrafiscal da espécie tributária, porque ela jamais poderia variar em razão de políticas públicas adotadas pelo Estado.

Anote-se, de passagem, que a questão poderia ser desenvolvida, ainda, sob a ótica do princípio da capacidade contributiva. Embora a CR/1988, referindo-se à capacidade contributiva, disponha que os "impostos [...] serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte" (art. 145, § 1º) (BRASIL, 1988), o STF já decidiu que este princípio da capacidade contributiva também pode ser aplicado em relação às taxas. O tema extrapola o objetivo deste artigo, averbando Werther Botelho Spagnol que a "indagação é plausível", não tendo sido "ainda apreciada de forma satisfatória pelo STF" (SPAGNOL; FERRAZ; GODOI, 2014, p. 211).

Explica Werther Botelho Spagnol que a CR/1988, ao vincular a capacidade contributiva aos impostos, parte da constatação de que o fato gerador dos impostos se relaciona ao

8 Informações do Relatório Contábil do Estado de Minas Gerais, exercício de 2019, encontram-se disponíveis em http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/contadoria_geral/demonstracoes_contabeis/relatorios_contabeis/relatoriocontabil2019.pdf

9 Conforme art. 38, inciso I, do Regulamento de Documentos de Viagem, aprovado pelo Decreto nº 5.978, de 4 de dezembro 2006, com alterações posteriores.

sujeito passivo, tornando-se necessário, então, que se considere a capacidade contributiva desse sujeito passivo. O mesmo fenômeno não se configuraria em relação às taxas, porque os fatos geradores destas são atividades estatais, que não refletem a capacidade contributiva dos sujeitos passivos (SPAGNOL; FERRAZ; GODOI, 2014, p. 263). Reconhece, porém, Spagnol, que o emprego "residual e extraordinário" da capacidade contributiva, "como nas hipóteses de concessão de isenção, em favor dos mais pobres, de taxas ligadas ao exercício de direitos fundamentais (isenção de custas judiciais por exemplo)" (SPAGNOL; FERRAZ; GODOI, 2014, p. 263)¹⁰.

Apesar de suas ressalvas, Werther Spagnol não pode deixar de registrar, com críticas, que "por diversas vezes a jurisprudência do STF se manifestou no sentido de concordar que o legislador se utilize da capacidade econômica como critério de graduação das taxas", citando algumas decisões judiciais (SPAGNOL; FERRAZ; GODOI, 2014, p. 263/264).

Ante a literalidade do art. 145, § 1º, da CR/1988, parece ser inadequada a utilização da capacidade contributiva ou econômica. Entretanto, se pode replicar que, na verdade, a CR/1988 determina que a capacidade contributiva *deverá ser* empregada nos impostos, mas não veda seu uso, a critério do legislador, em outras espécies tributárias (BRASIL, 1988). Assim, se os impostos *deverão ser* graduados de acordo com a capacidade contributiva, não há vedação explícita do uso da capacidade contributiva em relação às taxas (ou outros tributos), sendo razoável sustentar que elas, as taxas, *poderão ser* graduadas de acordo com a capacidade contributiva.

E ainda se poderia invocar a lição mais detalhada de Roberto Ferraz de que a "capacidade contributiva aplica-se a todos os tributos, mas em cada tributo de forma singular, *própria* daquele tributo" (FERRAZ, 2013, p. 202). Anote-se que Roberto Ferraz entende que a base de cálculo da taxas deve ser "o custo da atividade estatal que lhe autoriza a instituição" (FERRAZ, 2013, p. 203), mas ainda assim não descarta eventual emprego da capacidade contributiva em relação, não apenas às taxas, mas a todas as demais espécies tributárias.

Como se disse, porém, este trabalho não se envereda por essa trilha de argumentação, embora ela possa descortinar novos e interessantes horizontes. Dentro dos limites aqui traçados, a possibilidade de se empregar a taxa para atender outras finalidades além da mera arrecadação de recursos, que existe e pode ser constatada em diversos casos além daqueles aqui exemplificados, é outra circunstância que infirma a tese de que as taxas devem corresponder ao custo da atividade estatal. Muitas vezes, pelo elevado custo da atividade estatal, não será recomendável que a taxa reflita este custo, sob pena de dificultar sobremaneira o acesso à atividade estatal. Em outros casos, porém, embora se revele baixo o custo da atividade estatal, pode se justificar a exacerbação do valor da taxa, como fator dissuasório de condutas indesejadas pelas políticas públicas adotadas. Engessar, então, o valor da taxa ao custo da atividade estatal, porque supostamente assim determinado pela CR/1988, é afastar o uso legítimo da extrafiscalidade em relação às taxas, o que permite reafirmar que não é necessário, juridicamente, que a base de cálculo da taxa corresponda ao custo da atividade estatal.

10 Ressalvo que, em meu sentir, o exemplo ventilado por Werther Botelho Spagnol, na verdade, contempla hipótese de imunidade tributária (art. 5º, inciso LXXIV, da CR/1988), mas, claro, existem diversos casos de isenção em relação a taxas, quase sempre contemplando pessoas carentes, em aplicação do princípio da capacidade contributiva.

Já encerrando este tópico, vale recordar antiga lição de Geraldo Ataliba a respeito desta repetida afirmação de que a taxa deve refletir o custo da atividade estatal:

O conceito jurídico de taxa é muito singelo. Não o integram a idéia de remuneração, contrapartida, pagamento, provocação, benefício, proporcionalidade ou divisibilidade do serviço a que eventualmente corresponda.

Todas estas noções pertencem à ciência das finanças. São pré-jurídicas, por isso mesmo. São considerações que devem ser levadas em conta pelo legislador ao instituir o tributo.

Não se transportam para o direito. Não têm a mais insignificante expressão jurídica (ATALIBA, 1969, p. 205).

Em sua argumentação, Geraldo Ataliba reitera que a “medida tributária não tem qualquer influência sobre a natureza jurídica da exação ou mesmo sua exigibilidade” (ATALIBA, 1969, p. 206). E arremata: “Diante de uma taxa ‘desproporcional’ - qualidade não jurídica - só o que se pode é criticar o legislador e considerá-lo injusto. Mas, de qualquer forma o tributo deve ser pago. É jurídico” (ATALIBA, 1969, p. 206).

No mesmo tom, em obra clássica sobre o tema, também Bernardo Ribeiro de Moraes rechaça a suposta necessidade de que as taxas sejam calculadas, sempre, com base no custo da atividade estatal:

A relação entre a medida da taxa e o custo do serviço ou da atividade estatal em nada influi no conceito de taxa. O montante da taxa não é elemento que caracterize a sua natureza jurídica. Por outro lado, inexistente fórmula capaz de encontrar o real custo da atividade estatal, de difícil apuração (MORAES, 1976, p. 182).

Insista-se que o que se vem de sustentar não implica afirmar que não há limites quantitativos para as taxas. Existem, claros, limites políticos, sociais e econômicos, que devem ser considerados pelo legislador, que não atua apenas com base em critérios jurídicos, pois, como anota Bernardo Ribeiro de Moraes, não “[...]teria sentido, outrossim, uma notória desproporção entre o custo do serviço e a arrecadação global da taxa respectiva” (MORAES, 1976, p. 185). O que se sustenta é que não existem, à luz da CR/1988, na interpretação fixada na Súmula Vinculante nº 29/STF, critérios jurídicos que possam vincular, obrigatoriamente, o valor da taxa ao custo da atividade estatal, sendo insuficientes critérios extremamente subjetivos como a eventual “razoável equivalência”, ou “certo grau de aproximação”¹¹.

4. PONDERAÇÃO FINAL

A partir, então, dos argumentos aqui expostos, é possível afirmar, à guisa de ponderação final, que o texto constitucional não exige que as taxas tenham valores vinculados ao custo das respectivas atividades estatais, dada a fixação de parâmetro apenas negativo pelo art. 145, § 2º, da CR/1988: *taxas não podem* ter base de cálculo própria de imposto (BRASIL, 1988).

¹¹ Limite jurídico que poderia ser invocado, nesta toada, seria a vedação ao confisco (art. 150, inciso IV, da CR/1988), tema, contudo, que também muito se afasta do objetivo deste artigo, até em razão das próprias dificuldades de compreensão e aplicação daquela vedação.

A orientação firmada pelo STF, na sua Súmula Vinculante nº 29, reforça o que se afirmou, impedindo que se entenda necessário, para validade jurídica da taxa, que seu valor guarde relação com o custo da atividade estatal, visto que referida Súmula Vinculante legitima o uso, pelo legislador, de critérios quantitativos vinculados aos sujeito passivo e alheios ao custo da atividade estatal.

Também reforça o argumento o conhecido mecanismo de estipulação de valor certo para as taxas, valores que não precisam guardar correlação com o custo da atividade estatal, até porque seria muito difícil se estipular, no plano legislativo, o montante do custo da atividade estatal, que variará, não apenas em decorrência de seus custos internos, mas ainda em razão da própria demanda da atividade estatal.

De resto, o uso extrafiscal das taxas é circunstância que igualmente afasta a exigência de que o custo da atividade estatal seja o parâmetro necessário para estipulação do "*quantum debeatur*". Há atividades estatais que, sendo extremamente caras, se tornariam inviáveis para a maior parte da população, caso a taxa exigida contemplasse aquele alto custo, como ocorrer com a *taxa judiciária*. Por outro lado, há atividade estatais cujo custo não é tão elevado, mas políticas públicas adotadas podem recomendar o aumento do valor da taxa, para, justamente, desestimular o uso de tais atividades estatais, como ocorre com relação à *taxa pela expedição do porte de arma*.

Por fim, a ausência de determinação jurídica vinculando o valor da taxa ao custo da atividade estatal não significa que, no âmbito pré-legislativo, considerações de ordem política, social e econômica não possam estimular o legislador a considerar, sim, a "aproximação" entre o valor da taxa e o custo da atividade estatal, como mecanismo legitimador do tributo. É até recomendável que assim faça o legislador, mas, ao fim e ao cabo, parafraseando Geraldo Ataliba (ATALIBA, 1969, p. 206), ante uma taxa "cara", o direito tributário poucas alternativas oferece ao contribuinte, que até pode criticar o legislador, mas terá que pagar o valor exigido, porque ele é "jurídico".

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de Ciências das Finanças, Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 12 ed. atualizada por DERZI, Misabel Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2013.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Texto promulgado em 25 de outubro de 1966, com as alterações adotadas pelos Decretos nº 82/1966 e nº 6.306/2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 91/2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 595*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula595/false>. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 665*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula665/false>. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 29*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula778/false>. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 416601 / DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO*

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 10/08/2005. Publicação: 30/09/2005

Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur10094/false>. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 453 / DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 30/08/2006. Publicação: 16/03/2007. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur6914/false>. Acesso em: 19 dez. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2020.

FERRAZ, Roberto. *Taxa – Instrumento de sustentabilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

KFOURI JR., Anis. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINAS GERAIS, Governo do Estado. *Relatório Contábil do Estado*, exercício de 2019. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/contadoria_geral/demonstracoes_contabeis/relatorios_contabeis/relatoriocontabil2019.pdf. Acesso em 19 dez. 2020.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. Princípio constitucional da igualdade e os impostos estaduais. In: *Princípio da igualdade: uma abordagem multidisciplinar*. RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (coordenadores). Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2018, p. 233-257.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SPAGNOL, Werther Botelho; FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de. *Curso de direito financeiro e tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Recebido/Received: 01.11.2020.

Aprovado/Approved: 26.12.2020.

AS IMPLICAÇÕES DA BOA-FÉ COMO REGRA COGENTE NOS NEGÓCIOS INTERNACIONAIS À LUZ DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS DE 1980

THE IMPLICATIONS OF GOOD FAITH AS A COGENT
RULE IN INTERNATIONAL BUSINESS UNDER THE
UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS
FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS OF 1980

RENATA ALVARES GASPAR¹
MARIANA ROMANELLO JACOB²

RESUMO

Este artigo teve por objeto a análise da boa-fé objetiva nos negócios internacionais à luz da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (CISG, sigla em inglês). Para realizar tal análise, o estudo partiu, primeiramente, da premissa de que a boa-fé da era globalizada sofreu e vem sofrendo transmutações como resposta do Direito às mudanças que o comércio internacional impõe, pesquisando suas possíveis razões. Aclaradas as motivações de tais mudanças, focou-se na atual configuração da boa-fé no comércio globalizado, desenhando-se os alcances e limites do instituto nas relações multiconectadas, reunidoras de sistemas jurídicos distintos e, às vezes, quase

- 1 Pós-Doutoranda do PPGD da Universidade Federal de Uberlândia, com Bolsa CNPq. Doutora em Direito pela Universidade de Salamanca-Espanha (2008) e mestre em Estudios Latinoamericanos (menção Ciências Políticas/Direitos Humanos) pela mesma Universidade (2005). Ambos os títulos revalidados pela USP - Universidade de São Paulo. Consultora Jurídica para do MERCOSUL no Projeto Focem Base de dados Jurisprudencial (2008). Vice-Presidenta de Comunicação e Publicações da ASADIP - Associação Americana de Professores de Direito Internacional (2017-2019). Pesquisadora integrante da Rede de Pesquisa de Processo Civil Internacional (UFU, Coordenador Professor Dr. Thiago Paluma). Autora de livros e artigos científicos. Desenvolve projetos de pesquisa no âmbito do Direito Processual Civil Internacional. Líder do Grupo de Estudo Direito, Globalização e Cidadania. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. Consultora jurídica atuante na área de Direito Internacional Privado e Cooperação Jurídica Internacional. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-2600-3686>. E-mail: renataalvaresgaspar@gmail.com.
- 2 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Membro do Grupo de Estudos "Direito, Globalização e Cidadania" sob Liderança da Prof^a. Dr^a. Renata Alvares Gaspar. Membro da Associação Americana de Direito Internacional Privado (ASADIP). Advogada. E-mail: mariana.romanello@gmail.com.

Como citar esse artigo/How to cite this article:

GASPAR, Renata Álvares; JACOB, Mariana Romanello. *As implicações da boa-fé como regra cogente nos negócios internacionais à luz da Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias de 1980*. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 345-366, 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i4.6963>.

opostos; para tanto a CISG foi essencial, pois é instrumento emblemático de vocação uniformizadora do direito contratual internacional, cuja estruturação enseja uma flexibilização relevante aos diversos sistemas que a manuseiam. Para os fins do presente estudo, adotou-se, portanto, o método indutivo, eis que se parte de um recorte determinado, qual seja, a boa-fé à luz da CISG, para compreensão dos impactos que esta nova configuração da boa-fé gerou – e vem gerando – nos negócios transnacionais de forma geral. A título de conclusão foca-se nessa compreensão e, em especial, ao que se exige dos contratantes à luz dessa repaginação. No que toca ao procedimento, fez-se uso pesquisa bibliográfica, majoritariamente doutrinária, porém com alguns contributos da normatização e diálogo de fontes internacionais, bem como da jurisprudência, sobretudo para corroborar a indução ora adotada como método.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Direito do comércio internacional. Negócios jurídicos internacionais. CISG.

ABSTRACT

This article had as object the analysis of the duty of good faith in international business in the light of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 (CISG). To carry out such analysis the study started from the premise that the duty of good faith of the globalized era has suffered and has undergone transmutations as a response from Law to the changes that international trade imposes, researching its possible reasons. Once clarified the motivations for such changes, this study focused on the present configuration of good faith in globalized commerce, drawing the scope and limits of the institute in the multiconnected relations, which bring together distinct and sometimes almost opposite legal systems; to this end, the CISG was essential, as it is an emblematic instrument with a unifying vocation of international contractual law, whose structure provides a relevant flexibility to the various systems that handle it. Therefore, for the purposes of this study the inductive method was adopted, since is based on a specific clipping, that is, good faith in light of CISG, to comprehend the impacts that this new configuration of good faith has generated - and is generating - in transnational businesses, especially those required of contractors under light of this revamp. Regarding to procedure, it was used bibliographic research, mostly doctrinal, but also with some contributions from the normatization and dialogue of international sources, as well as from the jurisprudence, mainly to corroborate the induction adopted as method.

Keywords: Duty of good Faith. Trade international law. International legal business. CISG.

1. INTRODUÇÃO

Verdadeira expressão objetiva da conduta humana, como forma de exteriorização da ética e padronização de condutas consideradas leais³, a boa-fé objetiva acompanha o comércio muito antes deste se esbarrar nas fronteiras dos estados nacionais e, posteriormente, dissociar-se delas com o movimento de globalização.

Afinal, já nos tempos do medievo germânico⁴, a feição objetiva da boa-fé começou a tomar corpo pelo agir na toada do *treu und glauben*, desviando-se, pouco a pouco, da esfera subjetiva e reajustando o foco para a conduta exteriorizada, independentemente de elementos íntimos do sujeito.

3 Sob a perspectiva de interpretação oriunda do direito alemão e da conotação atribuída nos países da *common law*, Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, 1995, p. 120), citando Ernesto Wayar (WAYAR, Tomo I, p. 19), descreve uma composição de elementos do que significa, de forma geral, a boa-fé objetiva: "(...) se quer significar (...) modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico – segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'".

4 António Menezes Cordeiro (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 162-176) ensina que os juramentos de honra durante o medievo germânico são um marco para a aceção objetiva da boa-fé.

Ocorre que, multifacetada por definição – eis que reflete, na essência, comportamento humano – e instrumento jurídico cada vez mais reconhecido como apto a conferir segurança nas relações comerciais, a boa-fé objetiva, com o passar do tempo, veio sendo redimensionada em relevância e, por consequência, em imperatividade. E as vicissitudes e idiossincrasias da globalização foram, em especial, um contexto potencializador dessa mutação.

Isso porque, a disseminação acentuada e acelerada do comércio em escala global, a virtualização das relações comerciais, os consequentes encontros – e choques – de pluralidades próprios do comércio além-fronteiras e as vultosas transações econômicas que decorreram dessas novas possibilidades – somadas, às crises econômicas provocadas no todo desse conjunto – conformam o cenário onde a acepção objetiva da boa-fé ganhou uma dimensão ainda não experimentada até então: a boa-fé adquire, nesse contexto, *locus* para remodelar-se de princípio jurídico à regra cogente; noutras palavras, deixa de apenas “iluminar” o caminho e se torna o próprio caminho – ao menos, o autenticamente legítimo.

A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (CISG, na sigla em inglês), é expressão emblemática dessa mutação, porque consagra a boa-fé objetiva em seu artigo 7º de forma expressa e inequívoca: “(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.”⁵.

Ao fazê-lo, sendo instrumento clássico de *hard law*, posiciona a boa-fé em *status* de cogência e, portanto, obrigatoriedade de observância. Isso provoca uma ressignificação do papel da boa-fé nos negócios jurídicos: sob a égide dessa Convenção, a boa-fé é norma de cumprimento obrigatório; e, nessa qualidade, um importante limitador à autonomia de vontades.

Tamanhas, aliás, foram as dimensões que a boa-fé objetiva ganhou no contratar contemporâneo que, para além do campo do *hard law* – onde a cogência é o elemento de definição – até mesmo instrumentos do *soft law*⁶, tão preciosos à dinamicidade do comércio transfronteiriço e tão manuseáveis em nome da autonomia da vontade, foram impactados por essa imperatividade a ponto de lhes ser vedado unicamente o afastamento da cláusula de boa-fé.

Os Princípios UNIDROIT, por exemplo, clássico instrumento do *soft law*, embora consagrem já em seu primeiro artigo a liberdade de contratação e a autonomia da vontade, preveem, no artigo 1.7, o dever de boa-fé objetiva como obrigação inafastável ou sequer manuseável aos contratantes: “(1) Cada parte deve agir de acordo com a boa-fé e a negociação justa no comércio internacional. (2) *As partes não podem excluir ou limitar esta obrigação.*” (Grifo nosso. Tradução nossa do original em inglês)⁷

5 O teor deste artigo e de outros dispositivos da CISG ao longo deste texto são transcritos do Decreto Presidencial, nº 8.327/2014, que internalizou a convenção ao ordenamento brasileiro. Considerando que a língua portuguesa não integra – até a publicação deste trabalho – as seis línguas oficiais da Organização das Nações Unidas (ONU), inexistindo, portanto, versão em português advinda da própria instituição, optou-se pela extração do texto legal brasileiro.

6 O *soft law* é fonte de direito que, à luz da transnormatividade, faz um diálogo com o *hard law*, flexibilizando suas disposições e servindo como instrumento para alcançar a melhor interpretação da norma jurídica. O *soft law* compõe-se, portanto, de princípios, leis-modelos e outros instrumentos que subsumem a tais características no comércio internacional. Para aprofundar o tema, ver Lauro da Gama e Souza Júnior. (SOUZA JÚNIOR, 2006, p. 245-250).

7 Nos comentários oficiais aos Princípios UNIDROIT (disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>). Acesso em 06/06/2020) a anotação relativa à natureza mandatária do princípio é

Neste contexto, o Direito não pôde ficar alheio e as normas jurídicas passaram a ser interpretadas considerando a boa-fé não apenas como princípio, mas sim, como regra jurídica de aplicabilidade necessária. Essa transmutação suscita a ressignificação da autonomia da vontade no âmbito dos contratos internacionais, causando, em cascata, efeitos nos negócios jurídicos transnacionais contemporâneos: a autonomia da vontade já não é mais ilimitada.

Esta nova concepção de contratar e, portanto, do negócio jurídico é ainda mais desafiadora, considerando que a boa-fé implica, inexoravelmente, um agir negocial emoldurado na valorização jurídica da confiança e cooperação – ainda que em parâmetros mínimos, ou mesmo passivos.

O presente estudo científico, imbuído da vontade de contribuir para a materialização desse papel da boa-fé nos negócios transnacionais, se propõe, assim, a analisar as alterações percebidas pela boa-fé até sua atual formatação, compreendendo-as, tanto na causa, quanto na consequência.

Para este fim, este artigo é estruturado de forma a analisar e, tanto quanto possível, responder as problemáticas contemporâneas em torno da boa-fé. Inicia-se pelo estudo da aludida “mutação jurídica” da boa-fé objetiva, bem como seu atual *status* nas relações comerciais transfronteiriças, sob a égide de um recorte determinado: a CISG.

Em seguida, estudam-se algumas das implicações que a ressignificação da boa-fé suscita aos negócios jurídicos transnacionais atuais, para aferir seus possíveis impactos nas contratações dali derivadas, e o que, por consequência, se cobra dos *players* do comércio internacional em nome da boa-fé objetiva. Aponte-se que essa análise se deu, em especial, à luz de conclusões obtidas no trabalho científico desenvolvido por Renata Alvares Gaspar e Mariana Romanello Jacob (ALVARES GASPAR; JACOB, 2015)⁸, relativo à persecução de contornos materiais em comum da boa-fé objetiva no comércio transnacional que, sendo plural, cobra segurança jurídica através de pontos de convergência quanto ao que se considera boa-fé objetiva nos negócios internacionais.

Ao final do presente esforço científico, encontra-se uma reflexão em forma de conclusões sobre o direcionamento para onde o repensar da boa-fé objetiva conduz neste âmbito das relações jurídicas e, ainda, suas implicações nas relações comerciais do mundo global, inclusive no modo de agir dos sujeitos que atuam e geram essas relações.

Para tanto, fez-se uso do método indutivo, o qual moldou os esforços para a promoção de uma análise realizada primeiro sobre um recorte específico, leia-se, a boa-fé à luz da CISG, para que a partir daí fosse ampliada para uma avaliação de conclusões gerais, ou seja, de quais as implicações da boa-fé nos negócios jurídicos transnacionais atuais. Isso demandou conhecer, em paralelo, a construção da limitação da autonomia da vontade das partes, justamente no âmbito contratual; o que, em princípio, pode se afigurar como um paradoxo. O resultado da pesquisa então, se apresenta neste texto, como forma acadêmica de contribuir

elucidativa e corrobora o entendimento que este estudo sustenta: “O dever das partes de agir de acordo com a boa-fé e a negociação justa é de tal natureza fundamental, que as partes não podem, contratualmente, excluí-la ou limitá-la.” (p. 20-21, tradução nossa do original em inglês).

8 Trata-se de um trabalho de pesquisa concluído pelas referidas autoras em sede de resultado final de pesquisa institucional de Iniciação Científica (ano 2014-2015) pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, modalidade bolsa FAPIC/Reitoria.

ao debate. Como método de procedimento, adotou-se pesquisa bibliográfica, majoritariamente doutrinária, porém com alguns contributos da normatização e diálogo de fontes internacionais, bem como da jurisprudência, sobretudo para corroborar a indução ora adotada como método.

Importa dizer, ainda, que este estudo está emoldurado pelo olhar metodológico dos direitos humanos, aqui compreendido como esforço civilizatório para a promoção e manutenção das relações sociais – e sobretudo comerciais – sob o manto protetor da dignidade humana⁹.

Esse olhar metodológico implica afirmar que num mundo globalizado, em que as diferenças estão na ordem do dia – o que significa que os atores desta sociedade global se encontram constantemente pelas suas diferenças culturais e, portanto, jurídicas – o Direito experimenta desafios diários, para não só garantir a segurança jurídica dos negócios transnacionais, como para, nesta mesma missão, assegurar, de forma condicionante, que as pessoas – e suas dignidades – não encontrem na liberdade de contratação um artifício legal de violação de sua condição de pessoa na sociedade atual, marcada e emoldurada pela expansão do comércio transfronteiriço, que em não raras ocasiões trata as pessoas e seus direitos, como elementos de negociação, em cálculos de custos e lucros.

Trata-se, pois, de pensar e estudar o direito através de um olhar metodológico que ressignifica os direitos individuais a partir dos direitos coletivos¹⁰. O presente artigo, escorado nessa ressignificação, faz uso do aludido olhar metodológico com foco em instrumentalizar o direito a alcançar pontos de convergência entre sujeitos e sistemas plurais, sem que se perca o direito à diferença, tudo na tentativa de, ao fim e ao cabo, prover equilíbrio e equidade nas relações jurídicas transnacionais, a que todo sujeito possui direito, eis que, independentemente de diferenças e pluralidades, são sempre e inerentemente iguais em dignidade.

Ao mesmo tempo, ao se refletir, no final desta pesquisa, sobre o que representam os atuais alcances e limites da boa-fé objetiva nos negócios internacionais, a escolha pelo olhar metodológico à luz dos direitos humanos permite chegar a conclusões que transcendem a esfera das relações jurídicas puramente negociais, e, também por isso, sua adoção como condutor metodológico do estudo.

9 Essa metodologia foi usada por Renata Alvares Gaspar (ALVARES GASPAR, 2016) que, ao tratar da arbitragem mista para o investimento estrangeiro, constata que o árbitro, tribunal arbitral ou juiz não pode desconsiderar, ao aplicar o regime jurídico adequado, o direito ao desenvolvimento como direito humano e fundamental, de modo que esse olhar deve pautar metodologicamente tanto a leitura hermenêutica do direito, como sua aplicação.

10 Esta ótica repousa, mormente, sobre as inferências obtidas do estudo desenvolvido por Jürgen Habermas (1997) que, ao tratar de política, poder e direito, relaciona, dentre outros aspectos e conceitos, a autonomia privada e pública, e os direitos humanos à luz de suas legitimidades em um sistema democrático. Para aprofundamento do tema ver Jürgen Habermas (HABERMAS, 1997).

2. BOA-FÉ: DE PRINCÍPIO REGENTE À NORMA COGENTE

Em perspectiva histórica¹¹, como visto¹², não foi na contemporaneidade, nem com a expansão do comércio em escala global e multiconectado, que se passou a demandar uma mutação no princípio da boa-fé como regra a reger as relações jurídicas de natureza mercantil.

Ocorre que o comércio transfronteiriço, já nas raízes da *lex mercatoria*¹³, sobretudo em função do processo pelo qual se molda – usos e costumes –, colabora sensivelmente para a construção de um atuar de boa-fé enquanto dever nas relações. De tal forma que antes mesmo de constar expressa na CISG, “o princípio da boa-fé vinha sendo aplicado nas relações comerciais internacionais como ‘princípio geral de direito da *lex mercatoria*’.” (MARTINS-COSTA, 1995, p. 121)

Na mesma linha, Frederico Eduardo Zenedin Glitz, ao tratar de costumes, usos e práticas de negócio, traz como exemplo, a boa-fé como espécie de ética própria da classe mercante e seu status de costume internacional no seio dessas relações:

Basta, por exemplo, imaginar que o princípio da boa-fé de negócios já foi identificado como convenção social típica entre mercadores (como se fosse uma ética restrita a uma classe, e daí outras afirmações: garantida pelo “fio do bigode” e “acordo de cavalheiros”), passando a ser considerada típico costume internacional (por exemplo, consagrada pela CISG) [...] (Tradução nossa do espanhol). (GLITZ, 2012, p. 156)

A ética imposta pela boa-fé nas relações mercantis já dessa época permite inferir que, pelas práticas comerciais tidas nesse contexto, já se sabia que deixar as partes de um negócio jurídico ao alvedrio de uma liberdade irrestrita pode levar, em função dos jogos de poder que emolduram tais relações, à opressão de algum dos agentes, que por razões diversas, veem sua liberdade minimizada, senão totalmente sublevada, pela vontade exclusiva do outro, que por razões extra ou metajurídicas, impõe de forma “natural” suas decisões negociais em detrimento de outras.

Logo, repita-se por ênfase, a boa-fé em sua feição objetiva, na qualidade de princípio norteador de relações jurídicas no cenário do comércio internacional não teve origem na contemporaneidade, nem tampouco nas inúmeras consequências da globalização. Não obstante, o contexto da globalização colaborou sensivelmente para que a acepção e o papel do princípio da boa-fé fossem modificados em relevância e cogência, deixando de apenas orientar o comportamento humano nessas relações, para tornar-se um dever geral de comportamento materializado em regra jurídica.

11 Frise-se que não é escopo desta pesquisa empreender uma imersão na história da boa-fé, sendo, ainda, temerário arriscar-se, nessas breves linhas, a essa missão, tamanhas as eméritas obras que já trataram deste tema de forma minuciosa e com o escopo determinado. V. exemplificativamente: Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, 2000); Antônio Menezes Cordeiro (MENEZES CORDEIRO, 2011); Edward Allan Farnsworth (FARNSWORTH, 1963).

12 V. nota 2.

13 A existência de uma “primeira”, uma “nova” e até da própria *lex mercatoria* não tem opinião pacífica na doutrina. Frederico Eduardo Zenedin Glitz (GLITZ, 2012, p. 126-132), por exemplo, sistematiza uma série de distinções entre a primeira *lex mercatoria* e a contemporânea. Contudo, não sendo este o objeto do trabalho, não se fará essa discussão, apenas se admitindo a existência de um regramento próprio de empresários transnacionais, tema assente para os juristas, cuja terminologia, nesta pesquisa, não se faz necessário explorar.

Quando a expansão do comércio transfronteiriço atinge escalas globais e passa a unir ou ligar culturas distintas – às vezes diametralmente opostas –, numa interconexão de pluralidades sem precedentes, a boa-fé como limitador da autonomia de partes passa a ser desafiada, para que alguns agentes do comércio não fossem submetidos a outros, cuja vontade estava arvorada num maior poder econômico.

Isso porque é sabido que não se contrata no Brasil, como se contrata no Japão, assim como não se contrata no Marrocos, como se contrata nos Estados Unidos. Esse cenário plural, portanto, acarreta igualmente um novo nível de insegurança jurídica, que, como sempre, cobra resposta do Direito.

Sem dúvida uma das respostas – e talvez a mais complexa e importante – foi a redefinição do conceito da boa-fé, provocando a mutação de sua natureza para dotá-lo de coerção, num divisor de águas mais uma vez desconhecido – em magnitude e proporção – pela história do Direito Internacional Privado: deixa de apenas iluminar o caminho e torna-se o próprio caminho a ser seguido, através de uma nova concepção, não sendo mais aquela vinculada a decisões subjetivas dos atores do comércio e sim, vinculada ao comportamento objetivo de tais atores.

Não obstante os esforços, ao longo do tempo, no intento de limitar a autonomia irrestrita de vontade das partes e o oportunismo que essa ilimitação gera nos agires comerciais além-fronteiras, o divisor de águas contemporâneo se encontra na materialização jurídica – e aqui começa a essência desse trabalho científico – da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980, que se gabou por ser o esforço histórico-jurídico da cogência de maneira uniformizada das práticas costumeiras consolidadas do comércio internacional, recebendo ainda, como aduz Vera Jacob Fradera (FRADERA, 2011:2-3), inspiração de outros modelos já positivados, como o direito alemão dos contratos e o *Uniform Commercial Code* estadunidense, sob os auspícios da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL, sigla em inglês)¹⁴; tal instrumento normativo, como ensina a referida autora, é resultado e um movimento doutrinário e político oriundo, dentre outras questões, da necessidade de “se criar soluções de adaptação a um meio ambiente onde a diversidade de sistemas jurídicos está sempre presente e a instabilidade econômica e política é, o mais das vezes, a regra” (FRADERA, 2011, p. 2).

Como instrumento de vocação transnacional e, portanto, pretensamente compatível com distintos sistemas jurídicos, a CISG é atualmente a maior compilação codificada pelo *hard law*¹⁵ de regras uniformes do comércio internacional, possuindo elevado grau de aceitação (haja vista o número de signatários¹⁶). E mais: sendo uma Convenção, sua cogência para quem a ratifica é ineludível¹⁷ e, portanto, menos suscetível a debates tântricos, quando

14 Não se pode olvidar que a UNCITRAL, como organismo vinculado à ONU, é responsável pelo desenvolvimento do comércio internacional, a partir da ótica deste, ou seja, como instrumento de manutenção da paz mundial, perspectiva que é aplicada no todo deste trabalho.

15 Diz-se com ênfase “codificada pelo *hard law*” para distinguir da “codificação” pleiteada pela nova *lex mercatória* através de instrumentos de *soft law*, âmbito ao qual a CISG não pertence, eis que instrumento clássico de *hard law*.

16 93 signatários, até a data de publicação deste trabalho. Rol de signatários disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status. Acesso em: 03 jun. 2020.

17 Ressalvado tão somente se, num caso concreto, as partes adotarem seu artigo 6 que permite o afastamento da CISG, mesmo sendo um tratado ratificado: “As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.”.

comparado aos usos e costumes, que, embora regras, concedem mais espaço para volatilidades e discussões de fundo.

Para fazer jus ao que lhe deu ensejo, uma das formas de a CISG brindar a possibilidade de vários sistemas reunirem-se debaixo da mesma regulamentação foi a adoção de princípios e cláusulas abertas que permitissem, pela vagueza, flexibilização e identidade. Judith Martins-Costa, ao constatar alguns dos fatores que colocam a CISG como fonte bem-sucedida no escopo de permitir o desenvolvimento de um direito contratual uniforme, enfatiza que:

Entre esses vários vetores está, por igual, a circunstância de a Convenção ter abrigado fértil principiologia, por forma a permitir – em razão do próprio caráter de certos princípios que adota – a sua própria constante flexibilização, reduzindo, por essa via, o imobilismo que marca e enrijece, em regra, os textos regulamentares. (MARTINS-COSTA, 1995, p. 118)

Uma das cláusulas abertas adotadas foi a da boa-fé objetiva no artigo 7º da Convenção, o qual impõe, na interpretação da CISG, que se leve em conta a *necessidade de assegurar o respeito da boa-fé* no comércio internacional. Portanto, de forma clara, expressa e uniforme, a sociedade internacional decidiu adotar um importante limitador à vontade dos atores do comércio, o que não passa despercebido por eles e pelos juristas que a esta área da vivência humana se dedicam.

Dito de outro modo, embora com características próprias de princípio – chamada a desempenhar funções de interpretação, concretização e controle (FRADERA, 2011, p. 14) – a boa-fé agora definitivamente objetiva, ganha com esse mandamento, *status* de norma cogente, porque ordenada por uma Convenção – vale dizer, a forma clássica de codificar o direito internacional – celebrada tanto para dar guarida a qualquer *player* do comércio transnacional, independentemente de sua origem jurídica, quanto para limitar a atuação de atores mais poderosos, tentados a impor seus desejos e vontades aos demais parceiros deste jogo. Logo, a boa-fé, com *status* de norma cogente no âmago da CISG, torna-se obrigatoriamente tão global, quanto o são as relações comerciais que lhe demandaram.

De natureza coercitiva, como regra de conduta imperativa, a boa-fé, nas relações que estiverem sob o guarda-chuva da CISG, atua como orientadora e controladora do comportamento das partes. Desse modo, portanto, adquire verdadeira força de contenção de vontades ilimitadas entre os agentes do comércio.

Nesse sentido, é elucidativo o rol organizado por Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, 1995, p. 121-122) quanto aos artigos da Convenção de Viena que são impactados pela boa-fé estampada no artigo 7º, no que tange a criação de direitos e deveres laterais dos contratantes (e, portanto, contenção de posturas ilimitadas como aqui se sustenta), como, por exemplo, o do art. 77¹⁸, que prevê o dever de cooperação para o bom adimplemento do contrato e da tomada das medidas necessárias para não aumentar o seu prejuízo (o qual, é, aliás, incorporação do *duty of mitigate*, próprio do direito anglo-saxão).

Ao final, a renomada autora conclui:

18 "Artigo 77: A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada."

Como se observa, é extenso o rol dos deveres que decorrem da boa-fé e cuja quebra pode conduzir inclusive à configuração do inadimplemento contratual, mesmo quando prestada a obrigação principal. Constitui, nesse sentido, uma *fonte de otimização da conduta contratual*, tendo em vista o pleno e eficaz atendimento da finalidade para a qual foi criado o vínculo, qual seja, o adimplemento contratual. (Grifo da autora) (MARTINS-COSTA, 1995, p. 122)

Vale comentar que a compreensão da boa-fé como necessária às relações comerciais e sua conseqüente imposição coercitiva não ocorre apenas na esfera transnacional. Nos Estados Unidos, por exemplo, país pertencente à família da *common law*, o fenômeno fica nítido com a materialização do dever de boa-fé nas relações comerciais pela sua codificação no *Uniform Commercial Code*¹⁹. Luciano Benetti Timm ensina que o princípio da boa-fé objetiva "não deriva propriamente da tradição da Common Law, mas da legislação, ou seja, do UCC, parágrafo 1º-304, combinado com parágrafo 1º-201(20)". (TIMM, 2012, p. 536)

A força do direito à liberdade nesse sistema jurídico e da relação contratual pautada intensamente na eficiência econômica não davam margem à visão cooperativista e garantista própria da boa-fé de outras famílias jurídicas (em especial, *civil law* e direito islâmico). Harold Dubroff (DUBROFF, 2012, p. 571) constata que antes da adoção do UCC, a *common law* da maioria dos estados estadunidenses ainda não havia reconhecido um dever implícito da boa-fé, e que se tratava de uma criação da *common law* de Nova Iorque (uma jurisdição, aliás, não conhecida por sua abordagem liberal à interpretação de contratos).

Desse modo, a imposição geral da boa-fé veio a ocorrer com a força da lei, num reconhecimento explícito da sua essencialidade aos negócios jurídicos²⁰. A lei-modelo representou um divisor de águas porque passou a incluir a obrigação de boa-fé no âmbito de todos os contratos comerciais e no meio século seguinte à promulgação do UCC o dever implícito da boa-fé objetiva acaba sendo aceito como parte da *common law* na maioria dos estados (DUBROFF, 2012, p. 571).

Uma vez compreendido que, ademais de regra jurídica imperativa à luz da CISG, num contexto em que seu conceito e alcance não são unívocos, como visto pelo exemplo acima, importa agora investigar, portanto, seu alcance e seus limites nos negócios internacionais. E tal investigação deve considerar as diferentes perspectivas deste instituto jurídico, para ao final, viabilizar um conceito universalizante – e/ou *estandarizado* – capaz de contemplar todas as diferenças e toda a proteção a que esta norma está vocacionada. Isso porque, nenhuma cláusula em teoria e forma é autenticamente válida se carente de contornos materiais hábeis à sua aplicação prática.

19 Lei-modelo promulgada em 1951, pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* e pelo *American Law Institute*.

20 Ressalta-se, nesse ponto, que, como ensina Harold Dubroff (DUBROFF, 2012, p. 564-571), houve, sim, o reconhecimento jurisprudencial de sua existência implícita nos contratos domésticos (o autor menciona o caso *Kirk La Shelle Co. v Paul Armstrong Co., 1933*, citado frequentemente como o principal caso inicial quanto ao dever de boa-fé), porém de forma mais pontual e localizada.

3. ALCANCE E LIMITES ATUAIS DA BOA-FÉ

Como visto, a elevação da boa-fé objetiva à regra cogente dá passo a uma fase emblemática na regência jurídica das relações comerciais transfronteiriças, plurais por natureza. Esse importante passo, porém, se torna vazio se os *players* do comércio internacional – vale dizer, os diretamente impactados pelas disposições da CISG – não encontrarem, na boa-fé ali estampada em teoria, a feição de identidade quando da sua aplicação prática; com isso lhe faltará credibilidade e, em “efeito dominó” e um dos piores cenários, lhe faltará a legitimidade da regra jurídica dela decorrente.

Diz-se um dos “piores cenários” porque, sobretudo num cenário onde a máxima é o consenso, a ausência de legitimidade provoca praticamente a perda de vigência concreta da norma, uma vez que, malgrado assente em tratado ou convenção, se não sabido seu conteúdo, sequer há como esperar a sua prática. Desenhar-se-ia, assim, um cenário em que as partes tenderiam à aplicação do artigo 6º (v. nota 15) com o intuito de afastamento da Convenção.

Nesse ponto, é importante um breve parêntese para enfatizar que o critério da legitimidade da norma como elemento essencial de sua vigência (transcendendo a mera legalidade) é própria de uma visão garantista, adotando-se como fim último a proteção da dignidade humana (coadunando-se com o condutor metodológico aplicado neste trabalho).

Isso porque, desde outras perspectivas, o critério da legitimidade não é necessariamente aplicado. Segundo Ricardo Manoel Oliveira Morais e Adriana Campos Silva, por exemplo, o “fato de o liberalismo adotar o critério da utilidade como princípio de valoração faz com que nenhuma instância, nem mesmo as legislações infraconstitucionais, tenha de se submeter ao critério da legitimidade”²¹ (MORAIS; SILVA, 2017, p. 240).

Sob a perspectiva da legitimidade, portanto, faz-se necessário encontrar para a boa-fé estampada na CISG como regra jurídica, um conceito que alcance dita legitimidade entre todas as partes ali aderentes.

Para isso, é importante que tal identificação transcenda seus contornos materiais genéricos a fim de encontrar as circunstâncias jurídicas específicas e criteriosamente estabelecidas, que guardem legitimidade, em função do reconhecimento mútuo, de todos os atores envolvidos, considerando o elemento de internacionalidade essencial desta Convenção, para que possa fazer efetivamente sentido. Com isso, dota-se a boa-fé de legitimidade para todos os atores que dela tiverem que se valer como regra jurídica de seus negócios, blindando-a, o quanto seja possível, de distorções possíveis oriundas da diversidade de ordenamentos em questão.

Nesse sentido, Francisco Augusto Pignatta ao tratar da aplicação geral das regras da CISG é claro ao aduzir que “para obter a uniformização da aplicação da Convenção, o juiz deverá estar atento a noções internacional de caráter uniformizador e evitar noções de caráter nacional contidas em seu direito interno.” (PIGNATTA, 2011, p. 23)

21 Não se quer dizer que outras óticas não visam também a proteção à dignidade humana, conforme os próprios meios científicos estruturantes. Apenas se pretende esclarecer que, dada a metodologia aplicada neste trabalho, a adoção do critério da legitimidade da norma é mandatória.

Ou seja, parece fundamental, para o bom funcionamento da CISG, identificar qual a conduta real que, nas práticas do comércio considerado na pluralidade da Comunidade Internacional²², todo e qualquer ator reconhece como tal e, portanto, reconhece como digno de observância social e jurídica em nome da boa-fé objetiva, nas relações comerciais transfronteiriças.

E esta tarefa perde a simplicidade, se entendermos que a boa-fé objetiva, para os *players* do comércio internacional, é um importante limitador de sua suposta autonomia irrestrita nos negócios jurídicos que se inserem.

É possível afirmar – com base no trabalho científico desenvolvido por Renata Alvares Gaspar e Mariana Romanello Jacob (ALVARES GASPAS; JACOB, 2015)²³ – que a resposta está nos denominadores comuns das diversas famílias jurídicas existentes na Comunidade Internacional, reveladores de que há sim um comportamento comum entre os *players* dos negócios internacionais, que pode ser encontrado na observância e no percorrido de um caminho metodológico específico.

O caminho adotado pelas aludidas autoras se refere ao estudo desde o interior dos sistemas, considerando as especificidades de suas regulamentações internas sobre o tema em análise, a partir da metodologia da hermenêutica diatópica, popularizada por Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 1997)²⁴; tal metodologia, como é sabido à sociedade, compreende-se, na ótica que interessa a esta pesquisa, em maximizar-se as diferenças dos sistemas jurídicos objeto da análise para, num caminho inverso, identificar-se suas convergências.

Conforme revela o referenciado trabalho científico, esta, tampouco, é tarefa fácil, pois sua realização implica, necessariamente uma observação dos sistemas jurídicos a partir de “dentro” e não de “fora para dentro”. Isso porque, de “fora para dentro”, pesquisar-se-ia, desde o início, um sistema a partir de outro, provocando um estudo comparado, que, para os fins do que se pretende não se adequaria, eis que levaria a uma análise dos sistemas a partir de pré-conceitos que o investigador imprimiria, desde os dogmas de seu próprio sistema. Esta aproximação metodológica requer cuidados importantes, sob pena de ser atentatória – no fundo e na forma –, às verdades materializadas nos sistemas jurídicos analisados.

Depois, portanto, de se ter passado um verdadeiro “pente fino” pela concepção das boas-fés no referido trabalho científico²⁵, a resposta encontrada pelas autoras apontou como denominador comum na figura jurídica do abuso de direito, sendo este considerado desde a corrente que o desenvolve a partir da boa-fé e também o estuda em sua acepção objetiva. Tal fenômeno jurídico, como se sabe, reflete uma postura faltosa quanto à boa-fé, ou seja: aqueles que agem em abuso de direito, atuam comissiva ou omissivamente de forma contrária à boa-fé objetiva.

22 Utiliza-se, no todo deste trabalho, a expressão “Comunidade Internacional”, conforme o avanço dos estudos sobre o tema. O termo “sociedade internacional” era utilizado e coerente com o paradigma vestfaliano da coexistência entre os Estados, tendo este paradigma sido superado (TOMUSHAT, 1999, p. 59-63).

23 V. nota 6.

24 O ilustre jurista, partindo da concepção filosófica da hermenêutica diatópica inaugurada por Raimon Panikkar (PANIKKAR, 1984, p. 28), propõe essa modalidade hermenêutica para o fim de se encontrar uma concepção multicultural de direitos humanos. Inobstante, a essência do método pode ser transportado para outras perquirições, como se fez no trabalho aludido. Para aprofundar-se no tema, ver Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 1997, p. 23 e ss).

25 V. notas 6 e 24.

No caminho inverso, entende-se que o exercício regular do direito possui, para famílias jurídicas distintas²⁶, a mesma conotação: age com boa-fé objetiva, aquele que atua regularmente nos limites do próprio direito. Tal conduta, numa relação por si só comercial, estabelecida, de essência, pela autonomia da vontade, já é significativa, uma vez que toda a liberdade tem o seu limite. Tal limite aponta, de forma universalizante, pelo menos no respeito ao outro com quem o negócio está sendo celebrado. Em outras palavras: não vale tudo para alcançar os objetivos comerciais.

Quando, porém, transporta-se tal ideia de boa-fé relacional para o cenário internacional de diferentes pluralidades, descentralizado e horizontal – onde, em tese, não deveria ser admissível a imposição de um ordenamento jurídico sobre outro e onde os atores que ali interagem devem ser obrigados a dialogar –, garantir que todos saibam e cheguem a um consenso de qual o limite da atuação de cada um faz com que o regular exercício do direito, como expressão universal da boa-fé objetiva, ganhe novas e emblemáticas proporções de relevância e funcionalidade prática.

Em nosso sentir, à luz das argumentações acima expostas e amparadas no citado trabalho científico, encontrar no exercício regular do direito um denominador comum relativo à boa-fé, como ostentação de comportamento não lesivo, conduz a um segundo denominador, este de fundo: o agir com alteridade.

Isso porque, a exigência de exercer regularmente os direitos como regra própria de boa-fé objetiva obriga, ainda que se fale em termos mínimos, que ao contratar, se leve em consideração não apenas o objetivo de se chegar, a qualquer preço, às vantagens individuais a partir da liberdade de atuação, tão própria do comércio internacional. É necessário também que as vantagens a serem obtidas pelo negócio estejam emolduradas pelo respeito às vantagens que o outro também está perseguindo, porque possui igual direito de perseguir.

Do contrário seria uma relação negocial desequilibrada e, portanto, juridicamente ilegítima, sob a ótica da metodologia adotada nesta pesquisa, qual seja, a moldura da proteção dos direitos humanos como ferramenta metodológica, fazendo-se luzir no resultado obtido.

Isso implica, portanto, na obrigação de, ainda que minimamente, levar em consideração o outro contratante. Obriga, desta forma, um agir, no mínimo responsável, ainda que não necessariamente colaborativo; isso quer dizer que as partes envolvidas têm, ao menos, de cooperar mutuamente, garantindo que a liberdade de sua atuação não interferirá, direta ou indiretamente, no direito de atuação que igualmente possui a contraparte.

Note-se que, na figura do abuso do direito, a alteridade é *conditio sine qua non* do negócio jurídico, uma vez que apenas se reprime o abuso quando o direito do *outro* foi atingido. A percepção do outro deixa, portanto, de ser conduta meramente moral ou subjetivamente ética; torna-se um imperativo, porque determinada por um instrumento jurídico que regula regras de condutas; portanto, norma cogente.

26 No trabalho científico em referência, em que esta análise foi levada a cabo, o estudo teve como recorte três lócus (que representam três sistemas jurídicos): i) Romano Germânico, excetuando o francês dadas suas especificações; ii) Islâmico, que neste âmbito a generalização pode ser entendida neste âmbito do comércio, haja vista que o Profeta tinha, por profissão, o comércio; e, iii) o Anglo-Saxão, com análise específica do subsistema estadunidense (considerando que o inglês é diferente em muitos aspectos).

Para dar concreção a esse argumento, é possível pensar, como exemplo, o instituto da mitigação dos prejuízos²⁷ tendo a boa-fé como seu fundamento. Christian Sahb Batista Lopes, ao buscar a fundamentação da norma de mitigação no direito brasileiro, e colocando o abuso de direito como uma das possíveis fundamentações explica que²⁸

Agir com boa-fé implica, no direito das obrigações, atitude cooperativa entre credor e devedor. *Portanto, exerce abusivamente o direito à indenização o credor que pretender ser indenizado apesar de não ter agido conforme a boa-fé, ou seja, que não agiu de forma cooperativa para evitar a ocorrência dos danos pelo emprego de esforços razoáveis.* Diante do inadimplemento de uma obrigação, a boa-fé impõe que o credor colabore com o devedor e evite danos ao seu próprio patrimônio, de forma a evitar o desperdício de recursos econômica e socialmente relevantes. Havendo possibilidade de evitar o prejuízo por meio de esforços razoáveis, a conduta socialmente esperada do homem probo é que aja de forma a que tais danos não ocorram. *Se, no entanto, o credor viola tal norma imposta pela boa-fé e posteriormente pretende obter reparação pelos danos sofridos, o exercício ao seu direito à indenização é abusivo, pois excede manifestamente os limites traçados pela boa-fé.* (Grifo nosso) (LOPES, 2011, p. 158)

Deduz-se, assim, que a contraparte, mesmo que inadimplente, é colocada, em última análise, como medida do direito do credor, sobretudo, dos limites a serem respeitados e que delineiam os perímetros para o abuso. Afinal, se ao titular do direito fosse franqueado ficar inerte e permitir que os danos chegassem a números vertiginosos estar-se-ia desconsiderando a figura do devedor, que estaria obrigado a reparações excessivas possivelmente não condizentes com o inadimplemento em si e que, com medidas movidas pela boa-fé do credor, poderiam ser evitadas. Assim, sob o manto da boa-fé objetiva, a percepção do outro passa a ser mandatária, e daí a alteridade aqui sustentada.

A alteridade é, portanto, o “mínimo” – o qual passará a ser referido como *standard*, não no sentido de juízo de valor, mas de qualidade indispensável dentro do princípio da boa-fé objetiva. Ter uma postura – ainda que passiva – de boa-fé numa relação contratual exige a percepção da contraparte como sujeito. Sujeito que é livre e, portanto, portador de direitos na mesma condição e ordem.

Sendo assim, a partir desta construção argumentativa realizada desde a análise da realidade objeto do estudo referido – que, como indicado, visou encontrar aquele denominador comum universalizador da concepção de boa-fé objetiva a fim de marcar seu limite e alcance nos negócios jurídicos internacionais –, se encontrou a figura do abuso de direito que, quando não observado, irradiará efeitos jurídicos nos negócios internacionais em questão, condicionando a aplicação das normas jurídicas incidentes no caso concreto, para demarcar e indicar responsabilidades e suas decorrências jurídicas.

Não obstante, o que aqui se definiu como *standard*, não impede que pouco a pouco seja diversamente apreendido quanto ao aumento de proteção e âmbito de compreensão, o que

27 Figura amplamente aceita no comércio internacional – ressalvadas especificidades e divergências quanto às consequências de sua aplicação em diferentes ordenamentos – a mitigação de prejuízos é, de forma geral, uma obrigação imposta ao credor que, prejudicado por um inadimplemento, deve evitar ou tomar esforços razoáveis a evitar as perdas e danos decorrentes do descumprimento, sob pena de não ser indenizado pelos prejuízos que poderiam ter sido mitigados. Sobre o tema ver Christian Sahb Batista Lopes (LOPES, 2011).

28 Destaque-se que o autor sustenta que o abuso de direito é um possível fundamento da mitigação de danos sobretudo como ratificação de que a mitigação tem seu fundamento na boa-fé, mas não o encara como o único fundamento. Para aprofundamento no tema ver Christian Sahb Batista Lopes (LOPES, 2011, p. 153-161).

seria um ganho para a humanidade. Mas o que se defende aqui é que o “a mais” não é o ponto de partida. É no *standard* que começam a ser desvendados os contornos materiais comuns e novas expressões comportamentais globais da boa-fé objetiva contratual, podendo, assim, ficar descortinados seus alcance e limites no âmbito dos negócios jurídicos internacionais, permitindo a visualização mais clara dos comportamentos humanos e respostas jurídicas que outorgarão mais segurança jurídica às relações transfronteiriças.

4. IMPLICAÇÕES NOS NEGÓCIOS INTERNACIONAIS

Ressalvadas críticas ou reverências, debate que não cabe neste espaço, muito embora tangencie a análise aqui realizada, é fato notório que o modelo capitalista é não só o canal essencial para a obtenção de lucros, como também para sua maximização, a partir das vantagens individuais obtidas num livre mercado²⁹. Neste espaço, contemporaneamente, trava-se uma disputa entre a liberdade como algo absoluto e como algo cuja relativização é necessária.

Isso porque, *a priori*, a busca incessante pela maximização das vantagens individuais (que se materializa no lucro) pode abrir espaço para pensamentos e posturas que clamem a liberdade individual como ilimitada, por aqueles que considerarem que a lucratividade máxima só pode ser obtida se a liberdade de atuação também for máxima, ou seja, sem as restrições e, portanto, os “entraves” que o Direito impõe quando relativiza a liberdade individual em nome do direito alheio.

Assim, colocar em xeque o absoluto da liberdade individual – considerando que o sistema capitalista encontra sua melhor realização nas liberdades totais (fictícias por natureza) –, impondo-lhe os limites intrínsecos da relativização revela-se como a única possibilidade de que tal maximização ocorra, porém, convivendo com a (res)significação dos direitos individuais a partir dos direitos coletivos. Nesse sentido, Jürgen Habermas ensina que:

A conduta consciente da vida da pessoa singular mede-se pelo ideal expressivista da auto-realização, pela ideia deontológica da liberdade e pela máxima utilitarista da multiplicação das chances individuais de vida. Ao passo que a eticidade de formas de vida coletivas mede-se, de um lado, por utopias de uma convivência não-alienada e solidária no horizonte de tradições assimiladas conscientemente e continuadas criticamente, de outro lado, por modelos de uma sociedade justa, cujas instituições de configuram de modo a regular expectativas de comportamento e conflitos no interesse simétrico de todos os atores; uma variante disso são as ideias do aumento e distribuição justa da riqueza social, cultivadas no Estado do bem-estar. (HABERMAS, 1997, p.132)

Consiste, em suma, na única possibilidade de garantia em matéria de realização e de construção de uma ética coletiva.

Este debate não passa, portanto, incólume pela regulamentação da boa-fé em sua faceta objetiva que, como regra jurídica cogente impõe, para gosto ou desgosto, limites à

maximização de lucros advinda de vantagens unicamente individuais, uma vez que obriga a consideração do outro, da contraparte do negócio, cujo desprezo ou desrespeito não são permitidos, nem relevados pela ética que como visto, a nosso sentir, constrói-se cada vez mais de forma coletiva.

Importante notar que quando se luta pelo acúmulo, a tendência, inexoravelmente, é focar-se em si mesmo. A eficiência individual, em tese, teria que ser levada ao extremo para a suposta garantia sistêmica. Isso porque, como se sabe, dentro do conceito de capitalismo, não existe acúmulo que seja coletivo.

Numa relação negocial, isso é evidente; cada parte, no mais das vezes se decanta por cuidar do que é seu, resguardando seus próprios interesses e voltando-se para tudo aquilo que lhe abrirá caminho na perquirição do “pote de ouro” que se encontra no resultado das negociações. Neste aspecto o lucro a qualquer preço, é, em nosso sentir, entendido de forma indevida, pois interpretado puramente como eficiência negocial. Assim, à primeira vista, a chamada “lei da sobrevivência” parece conduzir cada vez mais ao lema do “cada um por si”.

Não por outra razão, repassando toda a realidade acima exposta à luz da CISG, se pode compreender que nas relações contratuais internacionais, ao se impor o princípio da boa-fé objetiva como regra cogente, o cenário que se depara ganha outros contornos e, portanto, outra percepção do ponto de vista jurídico e – como não podia deixar de ser – do ponto de vista humano.

Isso porque, sendo o exercício regular de direito – e o dever de alteridade daí decorrente – o *standard* da boa-fé objetiva transnacional, o que todo esse contexto tem mostrado é que, ao fim e ao cabo, a construção do lucro, a princípio estritamente individual, só é de fato atingida se ocorrer com o olhar sobre o outro; mediante a observância desta ética coletiva. Isso será a forma jurídica de dotar de legitimidade as operações negociais de maneira sustentável.

Assim, onde, por lógica do sistema, tanta tendência há para o individualismo, o *standard* enquanto regra de conduta imperativa de uma das maiores³⁰ Convenções de transações transnacionais do mundo, obriga o desvio do foco – ao menos em parte – e convoca para um agir panorâmico, em que constatar o papel, a posição e o direito do outro deve obrigatoriamente condicionar o seu próprio agir.

Impõe-se, assim, à ética – intrínseca da boa-fé contratual – caráter de *responsabilidade*, onde o direito de liberdade no agir possa ser exercido em sua amplitude, mas nunca fora dos seus contornos limitadores; ética responsável no sentido de que considerar o outro seja condição para a própria atuação em cada negócio.

E tudo o que foi dito cabe, ainda, dentro deste próprio sistema. No modelo econômico atual a figura da contraparte (vendedor, comprador, fornecedor, prestador de serviço, transportador e demais *players* empresariais) é tão *conditio sine qua non* à obtenção do lucro, como o são os outros fatores de produção e de mercado. A figura do “outro”, portanto, não é novidade, já que desde as idas do mero escambo, teve-se essa ciência.

30 Quando se diz uma das “maiores” quer-se dizer com um dos mais elevados números de países signatários. V. nota 14.

O divisor de águas, porém, quando se tem a alteridade como premissa da norma cogente, resulta na imposição de *descoisificar* o outro³¹ e reconhecer a sua dignidade.

Não se pode, portanto, sob a égide da CISG, alocar objetivamente a contraparte como coisa, custo ou despesa, que admitem transação, aceitando-se, por exemplo, ferir o seu direito e apenas contabilizar a reparação dessa escolha. A reparação, claro, advirá, mas não só do dano causado; decorrerá também de inadimplemento da diretriz hermenêutica da própria Convenção e dos deveres que se originam da boa-fé, configurando, portanto, duas formas de inobservância.

Exemplo emblemático quanto a esse duplo inadimplemento se tem em recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³² conhecido como “o caso dos pés-de-galinha” que, aplicando a CISG (e também os Princípios UNIDROIT), manteve a procedência de declaração da rescisão do contrato de compra e venda objeto do caso (compra e venda de pés de galinha congelados) e de restituição do valor determinados em primeira instância, com base no descumprimento da obrigação principal de entrega da mercadoria pela vendedora (art. 30 da CISG³³), e também da própria boa-fé³⁴:

no caso concreto, a declaração judicial de rescisão do contrato não se dissocia do reconhecimento de *flagrante ofensa*, pela vendedora / demandada, do dever das partes contratantes de proceder segundo os ditames de boa-fé, o cânone maior das relações internacionais regidas pela ‘nova *lex mercatoria*’ como se infere da leitura do art. 1.7 dos Princípios Unidroit e do art. 7(1) da Convenção de Viena de 1980 – esse último, aliás, constituindo um comando explícito aos Juízes (estatais ou arbitrais) que a aplicam. Com efeito, no intuito de criar uma uniformidade de regras para o tratamento destinado às relações comerciais internacionais, a Convenção de Viena de 1980 estruturou a noção de contrato a partir de dois pilares fundamentais, a saber, *a autonomia privada* e *a boa-fé objetiva*, da qual se pode extrair, entre outros, o dever das partes de atuar com lealdade negocial, a impor aos contratantes a compreensão de que o contrato de compra e venda internacional de mercadorias há de ser entendido como uma relação de cooperação entre os que dela participam. No caso concreto, como visto, houve frontal violação ao pilar da boa-fé, a ensejar a resolução do contrato, de conformidade com as demais normas a esse respeito ditadas pela Convenção. (Grifo do relator, p. 28-29 do julgado)

Infere-se que o descumprimento da obrigação essencial (no caso, a entrega de mercadorias) não foi considerada isoladamente como único inadimplemento a ensejar a resolução contratual. A boa-fé, reputada como comando ao julgador e um dos pilares da Convenção é computada na análise da conduta da vendedora perante à sua contraparte (compradora) e limita o segundo pilar: a autonomia da vontade.

31 Não se está dizendo que essa coisificação necessariamente acontece no modelo atual das relações de mercado. O que se intenta demonstrar é que a cogência do princípio da boa-fé objetiva por meio da CISG não dá margem ou abertura para que isso ocorra e reprime se ocorrer.

32 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70072362940. 12a Câmara Cível. Apelante: Anexo Comercial Importação e Distribuição Ltda. – EPP. Apelada: Noridane Foods S.A. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, RS, DJ: 14 de fevereiro de 2017.

33 “Artigo 30: O vendedor estará obrigado, nas condições previstas no contrato e na presente Convenção, a entregar as mercadorias, a transmitir a propriedade sobre elas e, sendo o caso, a remeter os respectivos documentos.”.

34 Por não ser o escopo deste trabalho, não se citam aqui outros possíveis julgados sobre o tema (nacionais e internacionais).

A limitação aqui esgrimida, evidentemente, não é aquela imposição íntima, em que as convicções subjetivas são atingidas. Isso, para a boa-fé objetiva, sequer importa. O que contará, para cumprir ou descumprir a CISG no art. 7º, será a conduta exteriorizada. É essa conduta que deve refletir uma atuação voltada, ainda que passivamente, para o outro, reconhecendo-o como tão sujeito de direitos quanto qualquer outro *player* do comércio internacional.

A implicação disso nos negócios jurídicos internacionais é brutal, porque, com a cogência do princípio da boa-fé, a obtenção do lucro ganha um novo caminho: para respeitar a Convenção aderida, necessariamente passa-se pela obrigação de transcender o exclusivismo do indivíduo, e compreender a posição do outro com o fim de respeitá-lo; para só assim, alcançar-se o tão visado “pote de ouro”. Conquistá-lo, portanto, passa antes pela obrigação de encontrar na contraparte, o princípio e o fim do próprio direito.

E como implicação decorrente igualmente obriga a repensar o sistema desde outros limites conceituais, também, e sobretudo, de natureza econômica, pois maximizar as vantagens individuais dentro do livre comércio, encontra, querendo ou não, um limite que marca de forma indelével as transações internas e, no caso desta análise, internacionais.

A famosa “lei da sobrevivência”, não só quanto ao lucro, mas quanto ao perdurar longo dos negócios internacionais e internos – porque agem em conformidade às regras transnacionais –, ao fim e ao cabo, não nos conduz ao lema do “cada um por si”. Para sobreviver e para durar, deve-se necessariamente considerar o outro e os direitos que igualmente possui. O fato é que a todos interessa a existência de bons contratantes – e aqui se entende como sendo os que atuam objetivamente como tais – e a segurança jurídica que disso decorre auxilia o Direito, tendo aqui a CISG como sua importante expressão a implementar esta sua eterna obsessão.

Um paralelo ilustrativo a esse panorama pode ser realizado a partir do trabalho desenvolvido por Renata Alvares Gaspar e Felipe Castro (ALVARES GASPAR; CASTRO, 2018) que, malgrado relativo ao Direito Internacional dos Investimentos – e, portanto, escopo diverso do presente artigo – traz notas conclusivas que são aplicáveis às diversas searas no mercado globalizado contemporâneo que visam a lucratividade, contemplados aí, dentre outros, tanto os investimentos estrangeiros, quanto os contratos comerciais entre particulares – estes diretamente abrigados pelo presente estudo.

Após exaustiva análise do contrato de inversão estrangeira e do alcance de sua segurança jurídica efetiva e legítima a partir de sua função social no cenário globalizado, os aludidos autores (ALVARES GASPAR; CASTRO, 2018, p. 334-339) concluem que a proteção à Cidadania e à dignidade humana são condições essenciais de manutenção de um mercado estável aos investimentos internacionais, eis que sem esse resguardo chegar-se-ia ao colapso social, afetando o ciclo do sistema necessário ao mercado financeiro sadio que desejam as inversoras. Nesse sentido,

(...) Como restou amplamente fundamentado neste trabalho, o investimento estrangeiro só pode desfrutar de efetiva *segurança jurídica ao ingressar em um Estado nacional se estiver atento aos interesses da Cidadania, a fim de afastar a convulsão social capaz de desestabilizar toda a proteção aos efeitos econômicos do investimento realizado*. A segurança jurídica que é conferida pelo Estado de Direito ao investimento estrangeiro só é realizável

se observada a justiça e o bem-estar social; *fora deste ditame, o risco ao investimento é imprevisível.* (...) (ALVARES GASPAR; CASTRO, 2018, p. 334, grifo nosso)

Traçando-se um paralelo com o presente trabalho, infere-se que as relativizações e limitações encontradas hoje no mercado globalizado quanto à obtenção da lucratividade máxima e à autonomia da vontade demonstram que o Direito tem cada vez mais se configurado como instrumento para equalização de forças que, numa concepção liberal clássica, antes se contrapunham, e hodiernamente passam a ser entendidas – e pelo Direito assim reguladas – como simbióticas e necessárias à manutenção do próprio sistema.

No presente recorte, a CISG é a materialização desse mister e coloca o reconhecimento objetivo da dignidade humana do outro (materializado pela boa-fé contratual) como elemento cardeal para que os negócios jurídicos sejam considerados válidos e legítimos perante as grandes normas reguladoras do comércio transfronteiriço (por exemplo e neste estudo, a CISG).

E tudo isso, em relações plurais e multiconectadas, onde tanta diferença e – por consequência divergências – tendem a aparecer, abre espaço a um cenário promissor: a abertura para o que aqui se denomina de fraternidade nos negócios internacionais.

Ressalte-se, por ênfase, que a boa-fé objetiva não requer uma fraternidade afetuosa, íntima, subjetiva. Nem poderia, pois está é parte da esfera individual. Mas sim uma fraternidade que impõe a consideração do outro em sua intrínseca dignidade, a partir de ações negociais específicas, que denotem o respeito ao outro – e, portanto, a sua não coisificação –, para que a relação contratual seja realmente equilibrada e tão realizadora de tantos objetivos, quanto forem as pessoas nela envolvidas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o esforço científico que se costurou nessas breves linhas nos levou a identificar e compreender determinadas constatações pontuais sobre a boa-fé objetiva no âmbito dos negócios jurídicos internacionais, tendo a CISG como expressão paradigmática da cogência do princípio nessas relações no mundo global.

Constatarem-se, de início, algumas razões da mutação da natureza jurídica do instituto da boa-fé objetiva: de princípio à regra de conduta imperativa.

Perquiriram-se, ainda, o alcance e os limites da boa-fé, aqui já em sua faceta objetiva e enquanto norma cogente, identificando-se que o esforço de encontrar seus contornos materiais importa, pois os sujeitos do comércio internacional são plurais e necessitam, como expressão de segurança jurídica, de conceitos minimamente comuns dos institutos jurídicos que regem suas relações no âmbito da Comunidade Internacional, numa aldeia global.

Como *um dos* denominadores comuns no que se refere ao alcance e limites buscados, identificou-se o exercício regular do direito como ato próprio de postura de boa-fé. Ou seja, no cenário transnacional, age conforme a regra de boa-fé objetiva, aquele que não abusa do próprio direito.

Nessa linha, identificou-se, ademais, que a alteridade, como *standard* mínimo, impõe ao agente do comércio internacional que se obrigue a uma consideração minimamente objetiva pelo outro; ao reconhecimento, ainda que não subjetivo, de que o outro é tão igual no direito à liberdade de perseguir o lucro, como no dever de observar os limites dessa persecução.

Constataram-se, por fim, as implicações suscitadas pelo alcance e pelos limites da boa-fé nos negócios jurídicos internacionais, inferindo-se que a corrida pelo “pote de ouro” apenas aparenta ser individual. Mas que, no contexto do evoluir das relações negociais na Comunidade Internacional, não mais se corre – legitimamente – sem considerar o outro como parte integrante e igualitária dessa corrida; não mais se pode correr à revelia e ao desprezo objetivo da parte com quem negocia.

Pois bem. Tais constatações, embora de grande relevância, são, como dito, pontuais e é necessário, para alinhar a costura que se pretende com o presente trabalho, nos esforçarmos a compreender o que, quando analisadas em conjunto, tais pontuações representam. Ou seja, o que significam em termos práticos e para onde – haja vista o inegável momento de transição da vida humana em todos os seus aspectos e perspectivas – todas essas verificações guiam as relações do comércio global.

Como já asseverado, a elevação formal da boa-fé objetiva como regra cogente, porque imposta expressamente pela CISG é, em verdade, um grande reflexo do que, na prática, já se exigia enquanto resposta do direito (usos e costumes) como forma de outorgar um mínimo de segurança jurídica nas aventuras (no mais das vezes de alto risco pela própria natureza das operações) do comércio internacional.

Significa dizer que a opção de obrigar sua observância jurídica decorreu de uma necessidade prática, que passou a ser percebida pelos próprios *players* do comércio internacional e encarada como condicionante para a coexistência de todos; com isso, sob o aspecto jurídico e objetivo, aludidos *players* se sujeitam tão somente aos desafios próprios das relações de mercado imersas no *fair play* e não à insegurança de comportamentos, omissivos e comissivos, que, quando exteriorizados, contrariam o que, num construir ao longo dos séculos, passou a se esperar de uma relação comercial justa e equilibrada.

Essa constatação leva-nos a outra: num contexto onde, pela lógica do sistema, tanta tendência há para as percepções e motivações individuais e exclusivistas, passar a obrigar – porque regra cogente – ao reconhecimento da outra parte, à compreensão de sua posição, seus direitos e deveres, e ao condicionamento dos limites da própria atuação tendo o outro como parte do parâmetro, representa uma superação³⁵ de paradigma.

E a nosso sentir, tal superação abre, no fim das contas, um largo caminho para o que, como indicado, denominamos de fraternidade nos negócios internacionais. Uma fraternidade, por óbvio, em acepção objetiva, que não se insere, nem pretensamente, na esfera das religiões, das etnias e das escolhas individuais. Mas uma fraternidade que exige, em termos literalmente jurídicos, que todos os que estiverem atuando nos negócios comerciais transfronteiriços reconheçam o outro como igual em dignidade e que as condutas no próprio agir reflitam esse reconhecimento, ainda que, no íntimo, não exista.

35 Opta-se por utilizar o verbo “superar” no lugar da tradicional expressão “quebra de paradigma” porque se parte da premissa que as verdades anteriores passaram por um processo de amadurecimento, prático e teórico, resultando na superação da questão e não em sua quebra – que traz a conotação de destruição, rompimento.

Fraternidade, portanto, que obriga que se reconheça, no outro, a mesma dignidade que se reconhece em si mesmo. E, num contexto onde o individual por tanto tempo aparentou ser a única regra e em que tanto se clamou pela liberdade, ter regras que imponham essa perspectiva de alteridade faz com que se possa pensar num passo em direção à fraternidade nas relações comerciais multiconectadas – o que pode ser entendido, a nosso ver, como um cenário de mudanças. Mudanças de percepções e de paradigmas, abrindo portas para a reanálise do sistema, do que é necessário, permitido e desejado para as relações comerciais e, claro, para o direito e sua tão perseguida segurança jurídica.

Por fim, mudanças que vão ao encontro do *jus cogens* internacional – ao qual pertencem os direitos humanos – com destaque ao primeiro de todos os comandos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sabido marco da normatização internacional relativa a direitos humanos na história mundial: "Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade." (Grifos nossos).

É possível inferir, portanto, que tais mudanças nas relações comerciais transfronteiriças, sobretudo quando postas em prática, viabilizam a concretização da proteção da dignidade, configurando-se como importante instrumento de implementação de tal resguardo e do espírito de fraternidade na seara dos negócios jurídicos transacionais.

Ao fim e ao cabo, um exercício de fraternidade exteriorizada que defendemos ser algo resultante do que o ex-presidente do Uruguai, José Mujica já havia alertado³⁶ quanto à premissa e imprescindibilidade de a humanidade pensar-se enquanto espécie, desprendendo-se do pensamento individualizado, unicamente enquanto país, enquanto classe social e enquanto indivíduo.

REFERÊNCIAS

II Cumbre de la Celac – Declaración de La Habana – Discurso del Presidente de Uruguay José Mujica. *Archipiélago – Revista Cultural de Nuestra América*. Universidad Nacional Autónoma de México, v. 21, n. 83, 2014, p. 12-14. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/archipelago/article/view/55640/49356>. Acesso em: 5 jun. 2020.

ALVARES GASPAS, Renata. Cooperação jurídica Internacional: reconhecimento de laudos estrangeiros em arbitragens mistas e as alterações promovidas pela Lei 13.129 de maio de 2015 neste âmbito. In: RAMOS, A. (Org.). *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, cap. 7, p.132-148.

ALVARES GASPAS, Renata; CASTRO, Felipe. Segurança jurídica, Função Econômica e Direito ao Desenvolvimento nos Contratos de Investimento Internacional: uma abordagem crítica à luz do caso Urbaser S/A e outro versus República Argentina. In: MENEZES, W. (Org.). *Série Direito Internacional em expansão*. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018, v. XIV, p. 323-341.

ALVARES GASPAS, Renata; JACOB, Mariana. A maximização da boa-fé a partir da CISG na contratação internacional: a sonância através das dissonâncias entre a *civil law*, a *common law* estadunidense e o direito islâmico. In: ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, XX, 2015, Campinas. *Anais do XX Encontro de Iniciação Científica – ISSN*

36 Discurso realizado pelo ex-presidente do Uruguai José Mujica no II Cumbre da Celac em Havana, em janeiro de 2014. Transcrição do discurso encontrada em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/archipelago/article/view/55640/49356>. Acesso em: 5 jun. 2020.

1982-0178. Campinas: PUC-Campinas, 2015. Disponível em: https://wl.sis.puc-campinas.edu.br/websist/Rep/Sic08/Resumo/2015812_114954_435381879_resESU.pdf. Acesso em 5 jun. 2020.

BRASIL. Decreto nº 8.327/2014 – Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – UNCITRAL, disponível em" http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/D8327.htm. Acesso em: 7 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70072362940. 12a Câmara Cível. Apelante: Anexo Comercial Importação e Distribuição Ltda. – EPP. Apelada: Noridane Foods S.A. Desembargador Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, RS, DJ: 14 de fevereiro de 2017.

DUBROFF, Harold. The Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-Filling: Reviling a Revered Relic. *St. John's Law Review*, v. 80, n. 2, art. 3, fev. 2012. Disponível em: <https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1200&context=lawreview>. Acesso em: 5 jun. 2020.

FARNSWORTH, Allan Edward. Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code. *The University of Chicago Law Review*, v. 30, n. 4, verão 1963. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3337&context=uclev>. Acesso em: 5 jun. 2020.

FRADERA, Vera Jacob de. A saga da uniformização da compra e venda internacional: da *lex mercatoria* à Convenção de Viena de 1980. In: FRADERA, V. J.; MOSER, L. G. M. (Org.). *Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011, cap. 1, p. 1-21.

GAMA E SOUZA JR., Lauro da. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, Arbitragem e Jurisdição*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Apontamentos sobre o conceito de Lex Mercatoria. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 28, p. 123-144, 2012. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/413/318>. Acesso em: 5 jun. 2020.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *La Globalización del Derecho Contractual*. Tradução Maria Noel Antas. São Paulo: Clássica, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2620384. Acesso em: 5 jun. 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.1, 1997.

LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. Belo Horizonte: UFMG, 2011. Apresentada como dissertação de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2011. Disponível em:

<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-8MQG8H>. Acesso em: 3 jun. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980. *Revista de Informação Legislativa*, n. 126, Brasília, abr.-jun., 1995. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176328/000497455.pdf?sequence=1>. Acesso em: 5 jun. 2020.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da Boa-fé no Direito Civil*. 4ª Reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.

MORAIS, Ricardo Manoel Oliveira; SILVA, Adriana Campos. O liberalismo econômico e as práticas de segurança: o "avesso" das democracias liberais. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p. 221-242, set./dez. 2017. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/53720>. Acesso em: 5 jun. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v62i3.53720>.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

PIGNATTA, Francisco Augusto. Controvérsias em torno do campo de aplicação da Convenção de Viena de 1980: o caso da teoria da *culpa in contrahendo*. In: FRADERA, V. J.; MOSER, L. G. M. (Org.). *Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011, cap. 2, p. 22-43.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no século XXI*. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, p.11-32, 1997. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em: 5 jun. 2020.

TIMM, Luciano Benetti. Common Law e Contract Law: uma Introdução ao Direito Contratual Norte-Americano. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, n. 1, p. 525-572, 2012. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/54931b2e51e8/>. Acesso em: 5 jun. 2020.

TOMUSHAT, Christian. *International law: ensuring the survival of mankind on the eve a new century. General course on public international law*. Recueil des cours, v. 281, p. 9-438, 1999.

UNIDROIT. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2020.

Recebido/Received: 25.04.2019.

Aprovado/Approved: 04.07.2020.