



UNIVERSIDADE
FUMEC

REVISTA DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
FUMEC

Meritum

Volume 16 | 2021
Número 1

REITORIA

Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

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

Prof. Henrique Cordeiro Martins

FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

Presidente do Conselho Executivo

Prof. Air Rabelo

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

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

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FUMEC

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

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

REVISTA MERITUM COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM

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

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

REVISORES E TRADUTORES DE INGLÊS

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

E-mail: revistameritum@fumec.br

BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC

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

PROJETO GRÁFICO

Therus Santana

EDITORAÇÃO

Tecnologia da Informação

Creative Commons License

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC / Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. - v. 16, no. 1
(jan./abr. 2021)- . - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v. : il.

Quadrimestral

ISSN 2238-6939 (Online)

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

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

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

Conselho Editorial

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

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

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

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

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

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

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

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

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

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

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

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

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

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

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

Nattan Nisimbat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

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

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

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

SUMÁRIO/SUMMARY

Artigos

- DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA
À DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: O CPC/2015 E A BUSCA DE UM PROCESSO
CONSTITUCIONALIZADO9
*THE FOUNDATION OF DECISIONS AND THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION TO THE BURDEN
OF PROOF'S DYNAMIZATION: THE CPC/2015 AND THE SEARCH FOR A CONSTITUTIONALIZED PROCESS*
Victória Santos Marques
Eduardo Cambi
Jaime Domingues Brito
- TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA30
TARIFF OF EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE AND HUMAN DIGNITY VIOLATION
Vanessa Rocha Ferreira
Fabiana Sabino de Oliveira Cebolão
- A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
POR ASSÉDIO MORAL NOS AMBIENTES SOCIAIS E VIRTUAIS52
*THE RIGHTS VIOLATION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS BY PSYCHOLOGICAL
HARASSMENT IN SOCIAL AND VIRTUAL ENVIRONMENTS*
André Viana Custódio
Johana Cabral
- AS TENTATIVAS DE SIMPLIFICAÇÃO DO DIVÓRCIO PELOS TRIBUNAIS E AS ESCOLHAS
LEGISLATIVAS: UM LENTO, PERSISTENTE E CONTÍNUO CAMINHAR EM DIREÇÃO AO
AFASTAMENTO DO ESTADO77
*ATTEMPTS TO SIMPLIFY DIVORCE BY THE COURTS AND LEGISLATIVE CHOICES: A
SLOW, PERSISTENT AND CONTINUOUS STEP TOWARDS THE REMOVAL OF THE STATE*
Renato Horta Rezende
- DA POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO:
ANÁLISE DO RESP 1.742.54793
*THE POSSIBILITY OF ARBITRATION AS A MECHANISM FOR EFFECTING CONSUMER RIGHTS
AND THE PRINCIPLE OF REASONABLE DURATION OF THE PROCESS: RESP 1.742.547 ANALYSIS*
Danilo Henrique Nunes
Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
Carlos Eduardo Montes Netto
- SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO:
OBSTÁCULOS E CAMINHOS PARA EFETIVAÇÃO DO CONSUMO SUSTENTÁVEL116
*SUSTAINABILITY AND DEVELOPMENT: OBSTACLES AND PATHS FOR
THE REALIZATION OF SUSTAINABLE CONSUMPTION*
Ana Paula Marques Andrade
- OS DIREITOS INDIVIDUAIS E SOCIAIS DOS TRANSEXUAIS:
UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA CONCREÇÃO138
*THE INDIVIDUAL AND SOCIAL RIGHTS OF TRANSEXUALS: AN ANALYSIS FROM
THE FOLLOWING OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR CONCRETION*
Lucas Teixeira Dezem
Juvêncio Borges Silva

NEOLIBERALISMO, AUSTRIDADE E O DESMANTELAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DOS EFEITOS SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA	157
<i>NEOLIBERALISM, AUSTERITY AND THE DISMANTLING OF SOCIAL RIGHTS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE EFFECTS ON THE SOCIAL SECURITY REFORM</i>	
Tássia Aparecida Gervasoni Rafaela Rovani de Linhares	
JUSTIÇA FISCAL, FEDERAÇÃO E INTERPRETAÇÃO: ICMS SOBRE FRETE EM PRODUTOS DESTINADOS A ZONA FRANCA DE MANAUS	174
<i>FISCAL JUSTICE, FEDERATION AND INTERPRETATION: ICMS ON FREIGHT IN PRODUCTS INTENDED FOR THE MANAUS FREE ZONE</i>	
Natércia Sampaio Siqueira Ivson Coêlho Silva	
DESENVOLVIMENTO PELA LIBERDADE: UMA VISÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL E ECONÔMICA COMO PROMOTORAS DO DESENVOLVIMENTO	192
<i>DEVELOPMENT THROUGH FREEDOM: A VISION OF INDIVIDUAL AND ECONOMIC FREEDOM AS PROMOTERS OF DEVELOPMENT</i>	
Ghilherme Prado Bohac De Haro Marisa Rossignoli	
A UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.648/CE.....	209
<i>THE USE OF THE PRINCIPLES BY THE SUPREME FEDERAL COURT: AN ANALYSIS OF THE EXTRAORDINARY APPEAL N. 635.648/CE</i>	
José Albenes Bezerra Júnior Lucas de Oliveira Bandeira	
OS DEVERES FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 88: FORMAÇÃO PRECÍPUA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	226
<i>THE FUNDAMENTAL DUTIES AND THE CONSTITUTION OF 88: PRINCIPLE FORMATION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW</i>	
Renata Albuquerque Lima Osmar Álefe Farias Martins	
O PAPEL DA TECNOLOGIA NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	243
<i>THE ROLE OF DE TECHNOLOGY IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW CONSTRUCTION</i>	
Letícia Sangaleto Terron Lourival José Oliveira	
O PODER AMBIVALENTE DA TECNOLOGIA, O IMPERATIVO CATEGÓRICO DE HANS JONAS E SUA ADEQUAÇÃO PARA A SOCIEDADE NA ERA DIGITAL	261
<i>THE AMBIVALENT POWER OF TECHNOLOGY, HANS JONAS' CATEGORIC IMPERATIVE AND ITS ADEQUACY FOR THE SOCIETY IN THE DIGITAL AGE</i>	
Maria Cristina Conde Pellegrino Bruno Paiva Bernardes Astreia Soares Batista	
REFLEXÕES SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE DO EMPREGADO A PARTIR DA NOVA REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO NO BRASIL	279
<i>REFLECTIONS ON THE AUTONOMY OF THE EMPLOYEE'S WILL FROM THE NEW REGULATION OF EMPLOYMENT RELATIONS IN BRAZIL</i>	
Vitor Salino de Moura Eça Bruno Gomes Borges da Fonseca	

O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO PETRÓLEO E O REGIME DE PARTILHA DA PRODUÇÃO: A EVOLUÇÃO DO MODELO REGULATÓRIO	296
<i>THE NEW PETROLEUM REGULATORY FRAMEWORK AND THE PRODUCTION SHARING REGIME: EVOLUTION OF REGULATORY SYSTEM</i>	

Emerson Ademir Borges de Oliveira
Galdino Luiz Ramos Júnior
Heverton Lopes Rezende

DIREITO À EDUCAÇÃO, POLÍTICAS PÚBLICAS E O ENSINO SUPERIOR NA REGIÃO DO COREDE NORTE/RIO GRANDE DO SUL	315
<i>RIGHT TO EDUCATION, PUBLIC POLICIES AND HIGHER EDUCATION IN THE COREDE NORTE/RIO GRANDE DO SUL</i>	

Thaís Janaina Wenczenovicz
Eliziário Noé Toledo

FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL E OS FUNDOS PATRIMONIAIS: UM ESTUDO SOBRE O FUNDO DA ESCOLA POLITÉCNICA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO	327
<i>FINANCING OF HIGHER EDUCATION IN BRAZIL AND ENDOWMENT FUNDS: A STUDY ABOUT THE POLYTECHNIC SCHOOL'S FUND OF THE UNIVERSITY OF SÃO PAULO</i>	

Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff
Luiz Felipe Da Fonseca Pereira
Lucas Gabriel Lopes Pinheiro

O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO EQUITATIVA (RESTITUIÇÃO) NO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: REFLEXÕES SOBRE O ALCANCE DA QUEBRA DO PARADIGMA DA REPARAÇÃO INTEGRAL NO DIREITO BRASILEIRO	348
<i>LE PRINCIPE DE RÉPARATION ÉQUITABLE (REMBOURSEMENT) DANS LE CONTRAT DE TRANSPORT AÉRIEN INTERNATIONAL: RÉFLEXIONS SUR LA PORTÉE DE LA VIOLATION DU PARADIGME DE LA RÉPARATION INTÉGRALE EN DROIT BRÉSILIE</i>	

Adriano da Silva Ribeiro
Marcus Vinícius Mendes do Valle
Sérgio Henriques Zandona Freitas

A TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS (TPC) COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DA PRISÃO DE ESTRANGEIROS NO AMAZONAS À LUZ DO DIREITO TRANSNACIONAL	364
<i>TRANSFER OF SENTENCED PEOPLE (TSP) AS AN INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE PRISON OF FOREIGNERS IN AMAZONAS IN THE LIGHT OF TRANSNATIONAL LAW</i>	

Wilken Almeida Robert
Daniel Britto Freire Araújo
Mônica Nazaré Picanço Dias

Comentários jurisprudenciais

OS ESTADOS UNIDOS E AS IDEIAS ODIOSAS: COMENTÁRIOS SOBRE O CASO BRANDENBURG V. OHIO	384
---	-----

Alessandra Abrahão Costa
Milton Mendes Reis Neto

Dissertações do PPGD/FUMEC

LINHA DE PESQUISA: ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE.....	391
---	-----

EDITORIAL

A Revista *Meritum* é periódico tradicional e referência no Direito, sendo classificado com o estrato B1 pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, por meio do conjunto de procedimentos denominado Qualis Periódicos.

Iniciado o ano de 2021, com o Volume 16, com mais uma novidade: seção Comentários Jurisprudenciais. Nessa seção, os comentários críticos a decisões jurisprudenciais relevantes, em âmbito nacional (preferencialmente, dos tribunais superiores) e internacional (por ex. de Tribunais Internacionais de Direitos Humanos), serão publicados. Serão aceitos comentários: a) fundamentados em doutrina consistente; b) com críticas de modo científico; c) com a utilização de referências sólidas, atuais e significativas.

Os artigos submetidos à Revista *Meritum* vol. 16, n. 1, foram avaliados pela Coordenação Editorial, que examinou a adequação à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares e avançados, dentre outros. Na sequência, cada texto foi remetido a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer.

Neste vol. 16, n. 1, prestigiadas as questões do universo jurídico relacionadas ao Estado Democrático de Direito e a efetivação de direitos fundamentais constitucionais. Busca-se analisar e debater perspectivas que auxiliem a interpretar criticamente a contemporaneidade e os desafios que dela advêm.

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

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

Boa leitura a todos!

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

DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA À DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: O CPC/2015 E A BUSCA DE UM PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO

THE FOUNDATION OF DECISIONS AND THEORY
OF LEGAL ARGUMENTATION TO THE BURDEN
OF PROOF'S DYNAMIZATION: THE CPC/2015 AND
THE SEARCH FOR A CONSTITUTIONALIZED PROCESS

VICTÓRIA SANTOS MARQUES¹

EDUARDO CAMBI²

JAIME DOMINGUES BRITO³

RESUMO

O artigo objetiva analisar o dever e direito de fundamentação das decisões judiciais, no que a teoria da argumentação jurídica contribui nesse ponto, bem como o sistema de distribuição do ônus da prova trazido pelo CPC/2015, como forma de assegurar a garantia constitucional a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. Por meio do método dedutivo, constatou-se que o juiz deve legitimar a sua argumentação, conferindo isonomia material aos litigantes no que concerne à produção probatória, pautando-se o processo na cooperação processual. A pesquisa contribui nas áreas do Direito Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais, Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil.

1 Advogada. Mestranda em Ciência Jurídica na linha de pesquisa Função Política do Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista pela CAPES e pela Fundação Araucária. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Participa do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES). Tem experiência e realiza pesquisas na área do Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Direitos Humanos e Fundamentais, com ênfase, ainda, em questões voltadas à Educação. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8420-8412>.

2 Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-doutor pela Università degli studi di Pavia. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4944-1256>.

3 Professor titular, desde 1987, dos cursos de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na qual milita na Graduação, Mestrado e Doutorado. Leciona também no Curso de Pós-graduação de Direito Civil e de Processual Civil do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), de Londrina, PR. Além de dedicar-se ao estudo do Direito Civil, investiga, também, o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil. Tem sido objeto de seus estudos e reflexões, em linhas gerais, assuntos ligados aos seguintes temas: os defeitos dos negócios jurídicos; a prescrição e a decadência; a reparação do dano material e imaterial; o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. Tem também investigado assuntos ligados à Bioética e Biodireito, bem como métodos para a utilização de precedentes no sistema jurídico brasileiro. Coordena, junto à Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), o Grupo de Pesquisa intitulado "Direitos fundamentais e a sistematização precedentalista no Brasil?". É advogado militante. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5461-8514>.

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

MARQUES, Vitória Santos; CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Da fundamentação das decisões e teoria da argumentação jurídica à dinamização do ônus da prova: o CPC/2015 e a busca de um processo constitucionalizado. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 9-29, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8442>.

Palavras-chave: decisão judicial; motivação das decisões; discurso argumentativo; ônus probatório; cooperação processual.

ABSTRACT

The article aims to analyze the duty and right to justify judicial decisions, in which the theory of legal argumentation contributes in this point, as well as the system of burden of proof's distribution brought by CPC/2015, as ways to ensure the constitutional guarantee an adequate and effective judicial protection. Through the deductive method, it was found that the judge must legitimize his arguments, granting material isonomy to the litigants in what concerns to the evidential production, guiding the process on procedural cooperation. The research contributes in Constitutional Law, Human and Fundamental Rights, General Process Theory and Civil Procedural Law.

Keywords: *judicial decision; motivation of decisions; argumentative discourse; evidential burden; procedural cooperation.*

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe avanços importantes como a busca de uma maior celeridade dos julgamentos, a segurança jurídica como garantia dos cidadãos e uma maior democratização do próprio processo às partes litigantes, que colaboram com o órgão judicial na melhor forma de resolução do conflito. O que o CPC/2015 almeja é tornar o mais processo eficiente.

Tal objetivo pode ser alcançado com o fomento às técnicas autocompositivas, o primado do enfoque precedentalista e a proibição às decisões surpresa. Também ganha destaque o dever de fundamentação do juiz, que é um tema que cada vez mais se discute na atualidade, posto que objetiva tutelar a integridade do pronunciamento judicial, a segurança jurídica e a dignidade humana. Além disso, o CPC/2015 trouxe mudanças na teoria geral da prova, inovando ao contemplar a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, em detrimento do modelo anterior de distribuição estática do CPC/1973.

Esse artigo pretende tratar do dever de motivação das decisões judiciais e da teoria da argumentação jurídica, bem como da mudança na forma de se encarar o ônus da prova a partir do CPC/2015, na busca de o processo ser interpretado conforme os valores e as normas estabelecidos na Constituição Federal. Na verdade, o problema de pesquisa que se busca responder é o seguinte: como a teoria da argumentação jurídica, aliada ao dever de motivação das decisões e à distribuição do ônus da prova, pode contribuir na atividade do magistrado para que se alcance um processo civil constitucionalizado?

O texto foi dividido em três partes. A primeira delas trata de uma explanação resumida das inovações advindas do CPC/2015 para que haja uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. A segunda parte discorre sobre a teoria da argumentação jurídica e a motivação das decisões como exigência racional do Estado Democrático de Direito, refletindo sobre como deve ser um pronunciamento judicial considerado adequadamente fundamentado. A terceira e última parte dispõe sobre as provas estatísticas e a distribuição dinâmica do ônus da prova, como instrumentos aptos a efetivar um processo pautado nos preceitos constitucionais.

Conclui-se que os mecanismos trazidos pelo CPC/2015 se baseiam cada vez mais na democratização e cooperação processuais, sendo que o juiz, ao decidir, deve fundamentar a sua decisão pautado em uma racionalidade adequada, distribuindo o ônus da prova conforme as peculiaridades de cada caso.

O método científico utilizado para a elaboração do presente artigo foi o dedutivo, mediante uma explanação documental, com levantamento de dados e análise de sua significância, a partir de pesquisas bibliográficas, leituras de obras doutrinárias, outros artigos científicos, revistas jurídicas e demais textos e materiais, incluída a análise da legislação pátria. A pesquisa, pois, enquadra-se nas áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais, Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil.

2. AS INOVAÇÕES DO CPC/2015 PARA UMA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E EFETIVA: A BUSCA PELA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A constitucionalização do processo civil é o viés metodológico e interpretativo para a compreensão do CPC/15, pelo qual o processo deve ser analisado como instrumento de efetividade dos valores constitucionais (NERY JÚNIOR, 1996, p. 19). Sendo hierarquicamente superiores, as disposições constitucionais são aquelas às quais todas as outras devem se adequar, inclusive as normas processuais (REALE, 2002, p. 343).

A partir do art. 1º do CPC/2015, é possível observar que a reforma processual teve o escopo de tornar o processo civil mais ordenado e disciplinado. A atividade jurisdicional foi adaptada às necessidades atuais, cabendo ao magistrado, após analisar as peculiaridades do caso concreto, procurar o significado da norma à luz da Constituição, dando ênfase aos direitos e garantias fundamentais (CRUZ; CRUZ, 2010, p. 03-09).

Além disso, o CPC/2015 criou mecanismos próprios para a efetivação das garantias processuais, tais como a fixação dos elementos essenciais da sentença, a primazia do julgamento de mérito, a paridade de tratamento entre as partes litigantes, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, e a vedação às decisões-surpresa, o que permitiu o amplo contraditório e gerou, conseqüentemente, uma maior democratização do processo (ASSAF FILHO, 2015, p. 02). O incentivo aos métodos autocompositivos reforçaram a participação da população no exercício do poder, tornando as partes protagonistas na solução dos litígios (TRIGUEIRO; BORGES, 2019, p. 321).

Essa visão democrática está intimamente ligada à concretização do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88), ao incentivar a participação popular no exercício da função jurisdicional (SILVA; NEVES, 2017, p. 100). A democracia contemporânea é caracterizada por um contexto amplo de garantias institucionais no qual é possível a efetivação dos direitos fundamentais (ALVES, 2014, p. 37-38).

A busca por uma tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva está voltada a assegurar meios e resultados. Tal perspectiva vincula o legislador e limita a sua atuação, norteando

a regulamentação das regras processuais para que se garanta, na maior medida possível, a Constituição Federal (CAMBI, 2020, p. 302-304). O processo civil contemporâneo deve se preocupar com a concretização das aspirações das normas de direito material, em especial as normas jus fundamentais (ZOLLINGER, 2005, p. 121), não podendo impor obstáculos desproporcionais e não razoáveis para a realização da justiça.

No entanto, para os direitos fundamentais serem garantidos e satisfeitos concretamente, é necessário formular técnicas idôneas para garantir o máximo grau de efetividade. No plano da jurisdição constitucional, os juízes não estão apenas sujeitos às leis, mas também à análise crítica de seu significado, como meio de controle da legitimidade constitucional (CAMBI, 2020, p. 302-303). Afinal, de nada adianta alguém ser titular de um direito material se não houver um direito ao processo indispensável para assegurar a sua eficácia (CAMBI, 2020, p. 305).

Como os direitos fundamentais não se operam automaticamente, deve haver a participação de todos os sujeitos no processo: o juiz deve fundamentar suas decisões; em contrapartida, as partes precisam cooperar para que seja obtida uma justa decisão (MITIDIERO, 2009, p. 140).

O art. 93, inc. IX, da CF/88 estabelece que a lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal disporá sobre o Estatuto da Magistratura, vinculando-a à observância de um rol de princípios orientadores, dentre eles, o de que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Tal garantia fundamental é corroborada pelo art. 11 do CPC/2015. Ainda, o art. 20 da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (decreto-lei nº 4.657/1942) estabelece que todas as decisões, sejam elas das esferas administrativa, controladora ou judicial, devem ser públicas e motivadas, levando-se em conta as suas consequências práticas, não podendo ser baseadas em valores jurídicos abstratos (CAMBI, 2020, p. 447-448). A ampla publicidade das decisões judiciais pode ser restringida nas situações em que a proteção aos direitos fundamentais à vida privada e à publicidade recomendem, limitando-se o debate às partes, seus advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

Mesmo nestes casos, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada e explicada pela autoridade que a proferiu de forma clara, expressa e coerente, com a exposição das razões de fato e de direito que levaram ao convencimento quanto ao mérito ou à existência de óbices processuais que teriam impedido a sua análise. Tudo isso para que a atividade judiciária seja transparente, permitindo o seu controle, para que as partes e terceiros possam compreender a decisão e, se for o caso, impugná-la (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 73).

Além de possibilitar que da decisão se recorra, a fundamentação é meio de se evitar que o juiz decida com base em suas impressões pessoais, o que daria margem para arbitrariedades. Ao proferir decisão fundamentada, o magistrado está observando o dever de cooperar com as partes (art. 6º do CPC/2015), a que o legislador processual civil atribuiu acentuada relevância. No mesmo sentido, para evitar que as partes sejam colhidas de surpresa, o juiz deve assegurar o prévio contraditório, caso surjam fundamentos novos que possam influir no teor do julgamento (com fatos ou direito supervenientes, por exemplo), ou se forem constatadas nulidades absolutas, conforme estabelece o art. 10 do CPC/2015, que é norma fundamental do processo civil, a qual cuida do princípio da vedação às decisões surpresa (BRASIL, 2015).

[...] Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vista à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comu-

mente asseguravam a necessidade de motivação [...]. Mais modernamente foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 92, grifos dos autores).

A ausência de fundamentação fere a garantia do contraditório. Por essa razão, o magistrado deve fundamentar de forma completa a decisão que profere, deixando claras as razões que o fizeram julgar daquela forma. É o que se verifica do art. 489, § 1º, do CPC/2015, que indica, de forma exemplificativa, quando a decisão (seja ela interlocutória, sentença ou acórdão), não é considerada fundamentada.

O CPC/15 adotou o princípio da completude da motivação mitigado, ao estabelecer que não é fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos trazidos no processo capazes de, em tese, contribuir na conclusão adotada pelo juiz (CAMBI, 2020, p. 426). Esse princípio, contudo, não exige que o julgador enfrente todos os fundamentos trazidos pelas partes. Quando um fundamento é suficiente para acolher o pedido ou para rejeitá-lo (com o julgamento da improcedência), não existe razão para que o magistrado analise os demais fundamentos jurídicos deduzidos (CAMBI, 2020, p. 428).

Isso significa que o juiz deve analisar todos os argumentos de fato e de direito apresentados pelas partes que sejam objetivamente capazes de alterar o resultado da causa. Deve indicar as provas e deixar clara a interpretação utilizada. Não precisa responder todas as questões suscitadas: os argumentos irrelevantes e impertinentes devem ser afastados. Se o magistrado se basear nas principais alegações, nas provas mais relevantes e no direito aplicado ao caso concreto, a decisão será suficientemente motivada (RODAS, 2015). Ademais, se houver motivo suficiente para proferir a decisão, o juiz pode julgar o mérito de forma antecipada, conforme o art. 355, inciso I, do CPC (BRASIL, 2015).

O dever de motivação judicial das decisões: a) é uma garantia contra o arbítrio; b) serve como garantia contra a influência de pontos de vista pessoais (subjetivismo); c) possibilita às partes conhecerem os fundamentos da decisão e, com isso, é um meio de impugnação e um modo de controle do raciocínio do magistrado; d) contribui para o maior grau de previsibilidade e segurança das normas jurídicas (CAMBI, 2020, p. 428-429).

O Estado Democrático de Direito impõe que o juiz motive suas decisões para que não exista margem para a íntima convicção do magistrado. Quando há argumentos racionais, a própria motivação justifica a decisão, não precisando o magistrado convencer as partes ou a opinião pública de seu “acerto”. A fim de evitar o arbítrio judicial, o julgador não pode perder a dimensão da verdade processual objetivamente realizável. Sabe-se que o conhecimento humano da verdade é imperfeito e incompleto, mas não é por isso que deve ser afastada a sua cogitação ou busca (CAMBI, 2020, p. 417).

A verdade, “valor político que não pode ser renunciado nas sociedades democráticas” (CAMBI, 2020, p. 424), que processualmente se objetiva e que interessa para o controle dos fundamentos da decisão judicial, é a que decorre das provas existentes nos autos. Um fato é tido como verdadeiro se for confirmado pelas provas produzidas no processo (CAMBI, 2020, p. 423).

Com efeito, o dever de fundamentação é levado a sério quando o juiz motiva tanto as questões jurídicas, quanto e, principalmente, as questões fáticas. A motivação fictícia - na

qual se omite a justificação da decisão sobre as questões fáticas ou se consideram questões jurídicas irrelevantes - deve ser combatida. O combate ao arbítrio judicial deve ser feito evitando-se os discursos jurídicos pautados no subjetivismo judicial, que se manifestam por meio de decisões sem qualquer motivação ou que possuam motivação fictícia (CAMBI, 2020, p. 424-425).

[...] o risco da onipotência judicial não fica afastado com o emprego do princípio da persuasão racional do juiz e do respeito aos princípios e as garantias constitucionais. O órgão judicial, ao justificar determinada visão dos fatos, com base em critérios vagos e indefinidos, não pode se valer de fórmulas puramente retóricas, destituídas de conteúdo, ao aludir, por exemplo, a “verdade material”, a “prova moral”, a “certeza moral”, a “prudente apreciação”, ou a “íntima convicção”. Tais expressões, como outras similares, dão margem ao subjetivismo e a manipulação semântica, por não assegurarem nenhuma racionalidade na valorização da prova, assim como implicam falsa motivação da decisão e, ainda, impedem o efetivo controle da atividade judicial por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior (CAMBI, 2020, p. 425).

As decisões judiciais precisam se legitimar socialmente. As decisões politicamente ultrajantes não substituem o julgador, mas geram o descrédito das instituições jurídicas e dos processos de aplicação do direito, o que é prejudicial para a sociedade, que fica menos coesa e também instável (CAMBI, 2020, p. 424). Saliente-se que o dever de motivação é ainda mais complexo quando se problematiza o que é uma decisão suficientemente motivada.

Não é possível dizer qual é a decisão correta sem se falar no problema do regresso ao infinito, já que fundamentar é um exercício que pode ser feito indefinidamente, havendo uma série ilimitada de argumentos que podem ser questionados (CAMBI, 2020, p. 428).

É impossível conceber uma situação que seja bem fundamentada em todos os seus aspectos. Isso, contudo, não exclui a possibilidade de fundamentação das decisões judiciais. Não retira a necessidade de buscar, racionalmente, os melhores argumentos [...] é um mandamento de otimização ou um princípio que deve ser cumprido na melhor extensão possível [...] Considerar o art. 93, IX, da CF/1988 um princípio significa dizer que deve ser obedecido, no caso concreto, de acordo com a ponderação de outros valores em conflito (limites jurídicos) e das possibilidades fáticas disponíveis (limites fáticos) [...] a fundamentação das decisões passa, necessariamente, pelo conjunto dos fatos jurídicos pertinentes e relevantes para a solução do caso concreto (CAMBI, 2020, p. 428-429).

O juiz, ao analisar os fatos que sejam pertinentes e relevantes, cumpre uma dupla função: a de considerar provados os fatos que correspondam à história fática narrada nos autos e a de valorar esses mesmos fatos à luz do ordenamento jurídico, enquadrando-os aos princípios e às regras. Entretanto, não basta saber se o fato é pertinente e relevante: o magistrado deve dizer por que considerou aquele fato daquela forma, não podendo utilizar seus conhecimentos pessoais para julgar o mérito (exceto quando isso for permitido pela lei).

Para que se cumpra o princípio da imparcialidade, o juiz não pode ter conhecimento prévio dos fatos controvertidos (CAMBI, 2020, p. 430-431). Também, para que se fundamente uma decisão, não é suficiente a mera representação do fato. Por exemplo, uma foto falsa pode causar o mesmo estímulo visual que uma fotografia verdadeira. Por essa razão, o juiz deve qualificar como sendo correta determinada representação fática (CAMBI, 2020, p. 432).

A narrativa processual é a reconstrução dos fatos juridicamente relevantes e pertinentes para o julgamento do caso concreto, a ser buscada pelo juiz; deve ser, necessariamente, verdadeira, ainda que não seja boa [...] Como o advogado não tem o dever de buscar a verdade, posto que é contratado para defender os interesses de seu cliente, deve apresentar a narrativa mais persuasiva. Para tanto, precisa ser boa, ainda que não seja verdadeira. Isso pode ser suficiente para se vencer a causa (especialmente, quando se trata de julgamento pelo Tribunal do Júri, onde os jurados [...] não têm o dever de motivar a sua decisão). Por outro lado, o juiz, em razão da sua imparcialidade, tem a função primordial de procurar a narrativa verdadeira, isto é, que reconstrua adequadamente os fatos, ainda que não a transcreva de forma boa. Narrações boas, que incluíssem enunciados falsos e fatos privados de suporte probatório, conduziram a decisões equivocadas, viciadas e injustas. O ideal é que o juiz produza narrações boas e verdadeiras, mas, se não conseguir narrações boas, deve, pelo menos, esforçar-se para que sejam verdadeiras (CAMBI, 2020, p. 432-433).

No momento em que decide a causa, aplicando o direito ao caso concreto, o juiz deve levar em consideração regras, princípios, valores e fatos. Como uma norma pode ter vários significados ao ser interpretada e ao se determinar o significado objetivo de seu texto, o magistrado constrói a decisão. O produto da decisão judicial para o caso concreto é a norma jurídica.

O juiz parte de um problema trazido pelas partes, mas que também encontra no julgador uma “pré-compreensão” tanto da realidade existencial como do texto a ser interpretado (CAMBI, 2020, p. 433-434).

Sustentar que o art. 93, IX, da CF/1988 deva ser entendido como princípio é determinar a sua aplicação na medida do possível. Tal concepção permite contornar o problema do regresso ao infinito, na medida em que não há um fim natural no encadeamento de possíveis argumentos, já que não se pode excluir a possibilidade de novas informações e melhores argumentos a serem aduzidos. Porém, para evitar um processo interminável de argumentação, com a impossibilidade de se obter uma “única decisão correta”, é necessário traçar uma linha-limite (CAMBI, 2020, p. 437).

O juiz deve também motivar a valoração da prova, indicando as razões de apreciar determinada prova daquela forma. Portanto, apesar de a atividade da valoração probatória ser marcada, em regra, pela liberdade, não indicando o ordenamento jurídico como deve se dar esse exercício, o convencimento judicial não é livre a ponto de se admitir qualquer valoração, sujeitando-se a critérios lógicos e racionais de controle decisional. Isso é feito para que os critérios pessoais e íntimos do julgador fiquem reduzidos, devendo ser propostas pautas e diretrizes de caráter objetivo para a valoração lógica e racional da prova (CAMBI, 2020, p. 435).

A motivação adequada é a que contém justificativas suficientes sobre as questões de fato e de direito, sendo fundada em bons argumentos não apenas para o próprio juiz que profere a decisão, mas por todos aqueles que posteriormente possam valorar as razões do convencimento judicial. O bom juiz consegue persuadir a comunidade jurídica, elencando em suas decisões bons fundamentos após considerar os pontos relevantes para a solução do caso concreto, além de observar o mesmo entendimento a casos correlatos (CAMBI, 2020, p. 437-438).

O direito deve ser constantemente interpretado e reinterpretado. A fim de que não haja arbitrariedades, as decisões judiciais devem ser bem fundamentadas, para que os destinatários da justiça tenham a real dimensão do sentido atribuído, pelo Judiciário, aos direitos discu-

tidos no processo. O dever de motivação, pois, exerce uma função endoprocessual, ao buscar convencer as partes das razões que geraram o convencimento do magistrado, o que facilita a impugnação da decisão pela via recursal (a parte sabe as razões que deve combater em recurso). Também tem a função extraprocessual de servir de mecanismo de controle democrático do exercício do poder. A motivação interessa mais ao perdedor do que ao vencedor da causa, porque ele precisa buscar conforto e explicação na decisão judicial. Por fim, a fundamentação é dirigida à sociedade em geral, que tem o direito de conhecer as razões da decisão para poder exercer a cidadania e o controle social do poder jurisdicional (CAMBI, 2020, p. 439).

[...] Não é qualquer decisão que deve ser aceita socialmente como forma de exercício do poder. Deve-se, pois, buscar a legitimação social da decisão judicial, não podendo o juiz se esconder atrás da suposta neutralidade da norma. Concretizar os direitos fundamentais não é o mesmo que transformar juízes em legisladores. Por isso, para além de princípios e regras, deve haver uma teoria da argumentação jurídica, na qual seja possível buscar uma decisão racionalmente fundamentada (CAMBI, 2020, p. 439-440).

Frise-se que, apesar de o juiz ter o dever de motivar as decisões, a argumentação jurídica deve ser seguida por todos os sujeitos do processo (princípio da cooperação processual). Isso permite uma tutela jurisdicional mais adequada, célere e efetiva, com distribuição da justiça e diminuição de processos e recursos que sejam meramente protelatórios.

A argumentação correta conduz à fundamentação adequada, na medida em que contribui para a segurança jurídica, para a promoção da economia processual e do acionamento da máquina judiciária apenas nos casos em que realmente seja necessário um pronunciamento.

3. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO EXIGÊNCIA RACIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Quanto à racionalidade e correção das decisões judiciais, a teoria da argumentação jurídica é uma grande ferramenta do neoconstitucionalismo, que é uma metodologia, inspirada em uma concepção pós-positivista, que tem como base a qualificação das regras e a sua distinção com relação aos princípios. Conforme essa teoria, o Direito não pode ser estudado como um produto acabado, criado pela ação legislativa, devendo ser visto como um processo no qual se chega à decisão judicial. Isso é feito não apenas através da análise dos aspectos jurídicos tradicionais, mas também das informações de outras ciências, como a Filosofia Política, Sociologia, Teoria da Linguagem, etc. Os princípios ocupam lugar de destaque, sendo considerados como normas fundamentais de todo o ordenamento, efetuando a concretização da norma constitucional (DORICO, 2013).

[...] Tanto regra quanto princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio de expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2011, p. 87).

A existência e a eficácia dos fatos depende da argumentação jurídica, já que não são encontrados prontos. O juiz deve decidir quais argumentos são relevantes e pertinentes para a solução do conflito. Para tanto, deve se basear em parâmetros axiológicos oferecidos pelos princípios e regras jurídicas, ao selecionar os eventos que estejam nas esferas de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico (CAMBI, 2020, p. 422).

Na argumentação jurídica, os discursos jurídicos se relacionam com a justificação interna e com a justificação externa. Na justificação interna, que implica o controle lógico da decisão, o que se busca saber é se foram observadas as formas predeterminadas. A lógica interna procura mostrar as premissas que devem ser externamente justificadas, evitando-se que fiquem escondidas as razões nas quais a decisão se baseia e que podem ser objeto de impugnação e críticas pelos interessados. De fato, a justificação interna exige que o intérprete recorra às regras gerais, contribuindo para a uniformização, a segurança jurídica e a justiça da decisão. A justificação externa, por outro lado, preocupa-se com a dimensão social da decisão, e se fundamenta na argumentação empírica, na interpretação, na dogmática, no uso dos precedentes judiciais e na argumentação geral prática (CAMBI, 2020, p. 440-441).

Em síntese, na argumentação jurídica, pode-se fazer distinção entre a justificação interna e externa. A primeira se preocupa com a disciplina das regras e a autoridade (competência) da autoridade interpretativa [...] A justificação externa, por sua vez, não diz respeito aos princípios lógico-dedutivos, preocupando-se com a aceitabilidade racional, que é a aceitabilidade das premissas da justificação interna. Logo, está voltada ao problema da correção ou da justiça da decisão; a partir de pontos de vista teleológicos, morais, políticos ou outros, os quais compõem a aceitabilidade racional do ato decisório (CAMBI, 2020, p. 441).

A propósito de que a argumentação jurídica deve-se mostrar como uma *argumentação prática*, Neil MacCormick ressalta que a primeira é uma ramificação da segunda e que consiste na aplicação da *razão* por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportarem em situações onde haja escolha (MACCORMICK, 2006, p. 07, grifo nosso)⁴. E prossegue:

Um sistema de direito positivo, em especial, o direito de um Estado moderno, engloba uma tentativa de consolidar amplos princípios de conduta na forma de normas relativamente estáveis, claras, detalhadas e objetivamente compreensíveis, bem como de fornecer um processo aceitável e inspirador de confiança interpessoal para fazer vigorar essas normas [...] Consequentemente, a lógica de aplicação da norma é a lógica central do direito dentro do moderno paradigma da racionalidade jurídica sob o manto do “Estado de direito”. Talvez, para decepção de importantes teóricos, essa lógica seja na realidade relativamente simples e direta. A fórmula simples, porém muito criticada “N+F=C” ou “Norma mais fatos geram conclusão” é a verdade essencial (MACCORMICK, 2006, p. 08).

Conforme Alexy (2011, p. 292), todo enunciado dogmático colocado em dúvida deve ser fundamentado, pelo emprego de pelo menos um argumento prático do tipo geral. Para ele,

4 Referido autor, já no preâmbulo da obra *Argumentação jurídica e teoria do direito*, vai além e afirma que apesar de constantes negativas de eruditos, que sustentam que o direito concede espaço ao raciocínio dedutivo, ou até mesmo à lógica, está convicto e tem o posicionamento de que uma forma de raciocínio dedutivo é essencial para a argumentação jurídica, não querendo dizer, com isso, que a argumentação jurídica é exclusivamente dedutiva, tanto que cuida, na obra, de repensar os elementos da argumentação jurídica que não são dedutivos.

todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, em sentido estrito e em sentido amplo. Se os argumentos dogmáticos são possíveis, eles devem ser utilizados.

Primitivamente, a garantia da aplicação do Direito era a força das armas. Modernamente, essa segurança advém dos recursos puramente linguísticos, de modo que os argumentos jurídicos são instrumentos de persuasão para convencer o julgador na obtenção da decisão. Por essa razão, a segurança jurídica é tida como um valor irrenunciável das sociedades contemporâneas, por gerar estabilidade (as decisões não podem ser alteradas de forma arbitrária), e também previsibilidade (por exigir certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, aos efeitos jurídicos dos atos normativos, dando confiança ao ordenamento) (CAMBI, 2020, p. 441-442).

A segurança jurídica é um instrumento de realização dos valores da liberdade, da igualdade e da dignidade: i) da liberdade, pois quanto maior é o acesso material e intelectual do cidadão às normas que deve obedecer, maior serão as condições para que possa conceber o seu presente e planejar o seu futuro; ii) de igualdade, pois quanto mais gerais e abstratas forem as normas, e mais uniformemente forem aplicadas, tanto maior será o tratamento isonômico entre os cidadãos; iii) de dignidade, porque quanto mais acessíveis e estáveis forem as normas, bem como mais justificadamente forem aplicadas, melhor será o tratamento do cidadão como ser capaz de definir-se autonomamente. A insegurança jurídica gerada pela instabilidade nas decisões judiciais é um estímulo às aventuras processuais e até mesmo ao abuso do direito processual, além de significar um fator que inibe à observância do cumprimento espontâneo das obrigações no plano do direito material (CAMBI, 2020, p. 442).

Assegurar a segurança jurídica por meio da emissão de juízos racionais de correção sobre as decisões que se interpreta é uma pré-condição da própria legitimidade do exercício do poder. A decisão judicial deve ser corretamente motivada, decorrendo de uma ordem jurídica formalmente válida, que deve também ser racional e justa. Uma decisão fundada em uma lei incorreta ou irracional, mesmo que seja válida no plano formal, é falha, porque nega a racionalidade e a justiça. Por exemplo, se uma pessoa, vítima do desemprego, é condenada à prisão pela contravenção penal de vadiagem (art. 59 do Decreto-lei 3.688/1941), ainda que a decisão esteja baseada em lei formalmente válida, não é correta, pois a lei é injusta, contrariando a dignidade humana. Assim, há valores éticos, políticos e jurídicos que estão além das regras do Direito e que lhe conferem legitimidade, os quais devem ser respeitados pelos julgadores (CAMBI, 2020, p. 442-443).

Com efeito, a norma jurídica deve ser compreendida no texto e no ato. O “direito vivente” resulta mais da argumentação jurídica, da interpretação do ordenamento necessária à efetivação dos direitos, do que das normas em si consideradas. Saliente-se, nesse sentido, que a tradição é um mero ponto de partida para que as decisões judiciais sejam legitimadas. De fato, um argumento até então aceito pela comunidade não pode ser deixado de lado sem que haja uma justificativa, um argumento melhor para lhe dar lugar (CAMBI, 2020, p. 443-444).

Na teoria da argumentação jurídica, a fundamentação das regras do discurso (teoria do discurso) é uma teoria processual de correção prática. Uma norma será correta e, destarte, válida, quando possa ser o resultado de um procedimento, ou seja, de um discurso prático racional. O ponto comum do discurso jurídico e do discurso prático geral é que as duas formas do discurso se preocupam com a correção de afirmações normativas. O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, porque a fundamentação jurídica recai sobre as questões práticas, as quais concernem aquilo que

está ordenado, proibido e permitido. Trata-se de um caso especial, porque a argumentação jurídica está restringida por uma série de condições restritivas, sintetizadas na sujeição às leis, aos precedentes judiciais, à dogmática jurídica e às limitações impostas pelas regras de ordem processual (CAMBI, 2020, p. 444-445).

Nesse sentido, por exemplo, é discutível a validade da juntada de cartas psicografadas por médiuns no processo. A justificativa de negar essa prova porque o Estado é laico é inválida, já que, se não há uma religião oficial, todas elas são admitidas. O problema, na verdade, está na ausência de argumentos lógicos para controlar a racionalidade discursiva da prova, que inviabiliza o exercício do contraditório e da ampla defesa. A credibilidade dessas cartas deve ser analisada pela autenticidade e veracidade: a autenticidade pode ser provada pela assinatura da pessoa morta, cujo espírito se comunica com o médium; a veracidade é mais difícil de ser provada, pois depende da crença de cada um, da idoneidade e confiabilidade do médium. Por depender unicamente da fé, a carta psicografada não pode ser usada como único meio de prova, já que a convicção precisa ser racionalmente motivada, conforme o art. 93, inc. IX, da CF/88, e o art. 371 do CPC/2015. Tal documento, contudo, pode ser usado no Tribunal do Júri (os jurados não precisam fundamentar o seu convencimento, que pode ser íntimo). Todavia, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença pode ser anulada se ficar evidente que a convicção dos jurados contrariou de forma manifesta a prova dos autos, nos termos do art. 593 do Código de Processo Penal. Disso, verifica-se que uma condenação baseada apenas na carta psicografada e que destoe do conjunto probatório, não pode produzir efeitos jurídicos válidos. Portanto, a convicção judicial deve se pautar em dados da vida real, e não unicamente na fé (CAMBI, 2020, p. 445-446).

Frise-se, por fim, que a colisão de direitos fundamentais torna mais complexa a motivação das decisões judiciais, uma vez que exige a harmonização de princípios para a solução do caso concreto. Conforme o art. 489, § 2º, do CPC/2015, caso haja colisão entre normas jurídicas, o magistrado deve motivar o objeto e os critérios do sopesamento realizado, indicando as razões de afastar determinada norma e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (CAMBI, 2020, p. 446).

A teoria do discurso jurídico estabelece critérios de discussão e julgamento, mas não é infalível. Ela apenas mostra que é possível a dedução de argumentos racionais sobre os direitos. Com efeito, a argumentação jurídica é condicionada ao auditório a que se dirige, de modo que depende da época e do lugar, dos níveis e ambientes de compreensão, ao envolver a comunicação e o entendimento da mensagem. Desse modo, não se argumenta de forma permanente, não havendo soluções infalíveis para problemas práticos (CAMBI, 2020, p. 446-447).

Os juízes devem levar a sério a Constituição, não permitindo que os direitos fundamentais se tornem promessas constitucionais não cumpridas [...] devem fundamentar suas decisões em standards jurídicos objetivos, sem que, destarte, ajam arbitrariamente ou possam vir a se colocar no lugar dos legisladores [...] o órgão judicial, especialmente na imposição de políticas públicas, deve avaliar as consequências de sua decisão para o Estado Democrático de Direito, para a ordem pública, para a economia, para o exercício da cidadania e, enfim, para o bem-estar social (CAMBI, 2020, p. 447).

Dessa forma, os problemas jurídicos devem ser encarados de acordo com os efeitos das soluções propostas, a curto ou longo prazo, para os indivíduos ou o sistema. Interpretar é

considerar as consequências das soluções alternativas, e escolher aquela que confira maior efetividade aos preceitos constitucionais, especialmente o ligado à dignidade humana, o que é corroborado pelo art. 8º do CPC/2015, que determina que o juiz promova esse valor na aplicação do ordenamento jurídico (CAMBI, 2020, p. 447-448).

O trabalho do juiz é o de concretizar o dever constitucional a uma adequada e legítima fundamentação das decisões judiciais, que deve ser racional, previsível, acessível e controlável, em contraposição a uma fundamentação livre, arbitrária, discricionária, solipsista, subjetiva, superficial e imprevisível. Para que isso, entretanto, seja efetivado, a decisão judicial deve se pautar em uma ótica racional, com a ponderação de princípios para a solução dos casos difíceis, o que é defendido pela teoria da argumentação jurídica.

4. AS PROVAS ESTATÍSTICAS E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA COMO COROLÁRIOS DO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO

Uma crítica dirigida aos juízes, quando efetivam direitos fundamentais e sociais ou controlam políticas públicas, é o da credibilidade das fontes de informação que usam para julgar. Sabe-se que as teorias normativas dos direitos fundamentais têm falta de rigor e de saber, por abordarem problemas complexos, fazendo uso de termos vagos e imprecisos. Para que as decisões sejam motivadas de forma correta, são necessárias informações e provas científicas capazes de esclarecer as consequências que envolvam os direitos econômicos, sociais e culturais. E essas informações, para serem confiáveis, devem indicar o contexto em que a decisão vai influir (CAMBI, 2020, p. 448-449).

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, no caput do art. 12, assevera serem “admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem”. Tais provas, ainda que não estejam legalmente regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro, são admissíveis, devendo ser consideradas provas atípicas, por força do art. 369 do NCPC. A sua admissibilidade também decorre do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, da CF/1998), do qual decorre a necessidade da construção de técnicas processuais capazes de proteger os direitos materiais violados (CAMBI, 2020, p. 449).

A prova estatística, que possui uso ainda bastante controverso, indica de forma probabilística os dados científicos que sejam relevantes de um enunciado referente a fatos específicos que precisam ser provados. Isso não significa que a baixa probabilidade retire a credibilidade de certos dados e a validade de informações para determinados contextos: tudo depende da exatidão científica das informações. O grande perigo está ligado ao uso de dados não justificados, não verificados ou que sejam infundados. Quantificações estatísticas sem critérios científicos, erradas ou inventadas, influem na generalização de premissas falsas, vagas e enganosas que encobrem preconceitos de raça, gênero, origem, tendência sexual etc., impedindo que se descubra a verdade e que se promova a justiça, contrariamente ao que propõe o Estado Democrático de Direito (CAMBI, 2020, p. 449-451).

Ainda assim, a prova estatística pode ser muito útil para a proteção dos direitos fundamentais sociais da comunidade, especialmente a proteção do mínimo existencial, uma vez que tais direitos possuem custos que variam de acordo com a condição pessoal de cada um, sendo necessário um planejamento estatístico para a prestação do serviço. Por exemplo, a partir de listas elaboradas pelo Conselho Tutelar, pode-se verificar qual é o número de mães que possuem filhos pequenos e que necessitam trabalhar, e qual é a região da cidade que precisa de maiores investimentos na construção de creches (CAMBI, 2020, p. 453-454).

[...] A prova estatística é de grande utilidade no monitoramento da aplicação do postulado do desenvolvimento progressivo dos direitos fundamentais. A realização de estatísticas é indispensável para medir o sentido e a eficácia da política pública [...] Tal controle permite saber se as políticas públicas, voltadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais, são adequadas, suficientes e capazes de realizar integralmente os direitos previstos na Constituição. Também possibilitam a comparação dos percentuais orçamentários destinados à efetivação dos direitos fundamentais sociais com outros gastos públicos, considerados socialmente menos relevantes. Além disso, o uso probatório dos dados estatísticos pode ser o ponto de partida para o desenvolvimento de técnicas de distribuição do ônus da prova que promovam o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, evitando o perecimento de direitos que exigem maior complexidade probatória (CAMBI, 2020, p. 454).

Ou seja, se usada de forma correta e suficientemente motivada, a prova estatística pode ter grande valor na promoção dos direitos fundamentais, especialmente àqueles ligados à dignidade da pessoa humana. Ao juiz, cabe fazer uso desse tipo de prova quando julgar necessário ao caso concreto, para a prestação de uma tutela jurisdicional cada vez mais adequada e efetiva.

Além disso, uma decisão correta não é aquela centrada unicamente na figura do juiz, devendo haver a participação das partes, que tem de provar os fatos que embasam as suas alegações. Esse exercício, além de ser um direito fundamental, é também um ônus.

O ônus consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito. Ou seja, prescreve-se ao onerado uma conduta a adotar, pela qual ele poderá obter uma vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável. Ônus e dever são figuras jurídicas distintas em pelo menos dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor (TALAMINI, 2016).

Conceitualmente, o ônus da prova é a atribuição, à parte, da incumbência de comprovar os fatos que lhe são favoráveis no processo, caso as provas existentes nos autos não sejam suficientes para tanto. Ou seja, o ônus da prova é imprescindível quando não há provas de determinada alegação nos autos. Se essas provas já estão no processo, independentemente de quem a produziu, as regras do ônus da prova são desnecessárias, devendo o juiz reconhecer os efeitos que ela produz, adequando os fatos às normas jurídicas pertinentes (TALAMINI, 2016).

Assim, se não há prova nos autos, deve ser aplicado o instituto do ônus da prova para que o magistrado possa solucionar a demanda, aplicando o direito ao caso concreto. Isso porque o processo não pode durar indefinidamente na busca da verdade. Pelo contrário, é preciso que

haja a mais rápida resolução do processo, sob pena de grave afronta ao direito fundamental à razoável duração do processo, às garantias da celeridade e efetividade processuais. Por outro lado, o juiz não pode deixar de decidir sob o argumento de que não conseguiu formar convencimento sobre os fatos da causa (vedação ao *non liquet*). É, para essas hipóteses em que o magistrado ainda não formou o seu convencimento, que a lei fixa as regras sobre distribuição do ônus da prova (TALAMINI, 2016).

Com relação à distribuição do ônus da prova entre as partes, o CPC de 1973 adotou a teoria estática. Referido diploma, pautado na concepção liberal-individualista, levava em consideração a posição das partes, o interesse no fato a ser provado e a natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos). Não havia uma preocupação com as peculiaridades do direito material a ser protegido ou com as circunstâncias do caso em análise, o que era incompatível com a promoção de um processo coletivo e democrático, e com os próprios preceitos constitucionais (CAMBI, 2020, p. 454-455).

O art. 333 do CPC-1973 distribuía o ônus da prova, sem levar em consideração o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXV, CF/1988), além de partir da premissa de que ambos os litigantes estariam, formalmente, em paridade de armas e, por isto, tinham iguais condições de produzir a prova [...] a regra do art. 333 do CPC-1973 era materialmente incompatível com a produção da prova nos processos coletivos, porque colocava em risco a efetividade da tutela do direito material coletivo (CAMBI, 2020, p. 455).

Esse panorama, contudo, foi alterado pelo CPC/2015 no seu art. 373, § 1º, que adotou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, superando o modelo liberal-patrimonialista do Código anterior. Tal teoria harmonizou-se com o microssistema do processo coletivo e se tornou materialmente compatível com a produção das provas nos processos que envolvam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (CAMBI, 2020, p. 455-456).

Nesse sentido, o art. 373 do CPC/2015 estabelece que o ônus da prova caberá ao autor, “quanto ao fato constitutivo de seu direito”, e ao réu, “quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (incisos I e II). Já o §1º dispõe que o juiz poderá “atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”, o que ocorrerá tanto quando houver “peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário” quanto nas demais hipóteses previstas em lei (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Saliente-se, pois, que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova depende de decisão rigorosamente fundamentada que justifique as razões de fato e de direito, o que deverá ser feito no saneamento do processo e jamais na sentença, conforme o art. 357, inc. III, do CPC/2015, para que nenhuma das partes seja surpreendida. Afinal, a surpresa prejudica o exercício das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CAMBI, 2020, p. 468-469).

O ônus da prova está intimamente ligado à formação do convencimento judicial. Se o magistrado, para decidir, passa por um contexto de descoberta, é preciso que ele tenha conhecimento não apenas do objeto pretendido na ação, mas também qual dos litigantes têm

reais condições de esclarecê-lo. A exigência do convencimento varia conforme a situação do direito material, não havendo um único convencimento para todas as situações concretas. Consequentemente, o ônus da prova não pode ser encarado do mesmo modo, sem que se considere a dificuldade de convicção própria do caso que se analisa (CAMBI, 2020, p. 461).

Desse modo, conforme o novo sistema de distribuição, a prova incumbe a quem possua maior facilidade para a sua realização (seja pelo conhecimento técnico ou por informações específicas). Não se pode exigir do Ministério Público, por exemplo, ao ajuizar uma ação civil pública ambiental, o ônus de provar que a parte ré, empresa que explora os serviços de telefonia, gera risco à saúde da população ao construir estações rádio-base próximas às creches, escolas, hospitais, asilos e residências. A empresa exploradora é quem deve assumir esse ônus. Por essa razão, a ACP não pode ser julgada improcedente por falta de provas se não houver um consenso científico quanto aos males que a saúde ou o meio ambiente podem sofrer com a radiação oriunda das antenas de telefone. Verifica-se, destarte, que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se coaduna com o princípio ambiental da precaução (CAMBI, 2020, p. 457).

Na busca pela verdade real, a problemática da distribuição do ônus probatório às partes se dá conforme as particularidades do caso concreto. O ônus da prova “estará em desacordo com os postulados do processo sob a égide do Estado Democrático de Direito” quando se tornar “impossível ou de extrema dificuldade o exercício da faculdade probatória” (DIAS, 2016, p. 521).

O Novo Código de Processo Civil [...] revoluciona o tratamento probatório, porque rompe com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova, não vinculando o magistrado aos critérios da posição das partes em juízo e das espécies de fatos controvertidos, preconizada pela técnica contida no art. 333 do CPC-1973. Ao contrário, possibilita que a repartição dos encargos probatórios leve em consideração a real condição das partes demonstrar os fatos necessários a tutela do direito material que, diante de suas peculiaridades, pode exigir uma técnica processual diferenciada para adequar o ônus da prova à natureza do direito substancial pretendido. Assim, o NCPC reforça a utilização do senso comum e das máximas da experiência, ao reconhecer, à luz do direito material discutido, que quem deve provar é quem está em melhores condições de demonstrar o fato controvertido, para evitar que uma das partes se mantenha inerte na relação processual, já que a dificuldade da prova a beneficia (CAMBI, 2020, p. 459).

A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em detrimento da anterior teoria estática, permite a facilitação da prova para a proteção do bem jurídico sem a prévia apreciação do juiz de critérios preestabelecidos de inversão do ônus (como ocorre no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor). No entanto, cabe ao juiz, além dos casos previstos em lei, atribuir o ônus probatório de forma diferente quando, diante das peculiaridades do caso concreto, houver impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumpri-lo, havendo, em contrapartida, maior facilidade de obtenção da prova pela parte contrária. Com a distribuição dinâmica, pois, o julgador deve se atentar ao caso concreto, sendo gestor da prova, atribuindo o ônus de sua produção a quem tenha melhores condições para tanto (CAMBI, 2020, p. 458-459).

A distribuição da carga probatória, assim, não está mais ligada a critérios prévios, abstratos, rígidos e imutáveis que antes existia. A atual repartição do ônus considera a dinâmica fática, axiológica e normativa presente no caso concreto, a ser explorada pelos juízes (CAMBI, 2020, p. 459).

Frise-se, contudo, uma diferença importante entre a regra contida no art. 373, § 1º, do CPC/2015, e aquela contida no art. 6º, inc. VIII, do CDC. Este último diploma legal, alicerçado no direito fundamental segundo o qual o Estado deve promover a defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, da CF/88), estabelece como sendo um direito básico de todo consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a *inversão do ônus da prova*, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, conforme as regras ordinárias de experiências” (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Disso se denota que a especificidade de se inverter o ônus da prova, inserida no microsistema de defesa e proteção ao consumidor, é justificado pela sua vulnerabilidade frente à cadeia de fornecedores, tendo em vista que nem sempre dispõe dos conhecimentos técnicos ou das informações necessárias para realizar a própria prova. Por essa razão, e para garantir que as partes estejam em condições paritárias de participação no processo de influir no convencimento do juiz, a inversão do ônus da prova, deferida por meio de adequada fundamentação, gera o equilíbrio das partes, evitando prejuízo àquele que não consiga provar o fato constitutivo de seu direito, especialmente quando se constata que o adversário possui melhores condições de provar o fato negativo (DIAS, 2016, p. 522).

No entanto, o art. 6º, inc. VIII, do CDC somente pode ser aplicado se ficar caracterizada a relação de consumo (CAMBI, 2020, p. 461). A dinamização do ônus da prova, ao contrário, pode ser aplicada em qualquer caso, não se restringindo ao procedimento comum, estendendo-se de forma supletiva inclusive aos procedimentos especiais. Pode, por exemplo, ser usada a dinamização do ônus probatório na Lei de Alimentos, de forma que seja dado ao alimentante o ônus de provar as suas condições econômico-financeiras, ao mesmo tempo em que protege a pessoa mais vulnerável da relação jurídica (alimentado). Isso demonstra que a dinamização do ônus da prova se aplica para além das hipóteses de relação de consumo, concretizando os princípios da boa-fé e da cooperação processual, ao garantir maior igualdade às partes hipossuficientes (CAMBI, 2020, p. 460).

As técnicas de inversão do ônus da prova não se limitam ao art. 6º, VIII, do CDC. O desequilíbrio entre as partes não é uma exclusividade do direito do consumidor. As desigualdades tampouco precisam ser econômicas ou financeiras [...] dentro da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, basta que uma das partes tenha melhores condições de provar os fatos juridicamente relevantes e pertinentes que o adversário (CAMBI, 2020, p. 468).

Não é suficiente, contudo, a mera condição de vulnerabilidade ou de hipossuficiência para que seja invertido ou amenizado o ônus probatório, devendo ser respeitados os limites impostos pela lei processual. A dinamização, assim, não é automática, dependendo da análise judicial das circunstâncias do caso concreto. Ela também não pode ser usada como forma de prejulgamento da causa (prova diabólica reversa), uma vez que não se pode exigir da parte contrária o ônus da prova quando isso for impossível ou quando for extremamente difícil de dele se desincumbir, nos termos do art. 373, § 2º, do CPC/2015 (CAMBI, 2020, p. 460).

Não se pode exigir de alguém provar além do que esteja ao seu alcance demonstrar, porque isso gera um ônus probatório diabólico, ou seja, a extrema dificuldade de provar impede a realização dos direitos materiais. Como o processo é mero instrumento para a realização dos direitos materiais, haverá negação ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada

(art. 5º, XXXV, da CF/1998) se, pela não formulação das técnicas processuais, não existirem mecanismos de facilitação da prova (CAMBI, 2020, p. 468).

Nesse sentido, é importante ressaltar que, a despeito de o art. 77, inc. I, do CPC/2015 estabelecer o dever de todos os sujeitos processuais em expor os fatos em juízo conforme a verdade, isso não obriga a produção da prova em favor da parte contrária. É autoritário impor que o advogado sacrifique o interesse de seu cliente na busca da justiça ou da obtenção da verdade real, da mesma forma que é totalitário exigir à parte o dever de afirmar tudo o que conhece ou de apresentar meios de prova que lhe sejam prejudiciais (CAMBI, 2020, p. 464).

Não se pode exigir que o advogado diga toda a verdade, a ponto de prejudicar o seu cliente, contribuindo com argumentos e provas favoráveis à parte contrária. Mas a ética profissional determina que a defesa se dê nos limites do ordenamento jurídico, sendo exigível que a sua atuação se circunscreva a padrões morais razoáveis e às limitações legais, não sendo tolerável a destruição de provas, deturpar ou manipular, arditosamente, os fatos, ou ainda coagir ou subornar testemunhas, uma vez que o processo como conquista civilizatória de promoção da justiça, não pode admitir que os fins (obtenção da vitória) justifiquem os meios (CAMBI, 2020, p. 466).

Com efeito, o processo não se reduz a um jogo de esperteza, em que as partes e seus advogados podem tudo, de modo que se perca o seu caráter publicístico, sendo o julgador reduzido a um mero mediador de conflitos, fantoche das partes a serviço da dissimulação e da fraude. Isso retira a confiança da sociedade na justiça (CAMBI, 2020, p. 466).

A busca impessoal da verdade, pelo órgão judicial (art. 370 do NCPC), permite que o Judiciário exerça seu papel de guardião da Constituição, não se limitando o processo a um jogo de sofismas e de artimanhas, pois, se as limitações do conhecimento humano impedem o completo acesso à verdade dos fatos, esses obstáculos não implicam concluir que a verdade não deva ser perseguida ou que se possam considerar justas as decisões baseadas em fatos inteiramente dissociados da realidade da vida ou para legitimar qualquer reconstrução dos fatos juridicamente relevantes [...] O magistrado não se pode contentar com uma igualdade puramente formal, entre os litigantes, tendo o dever de, ao dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça [...] A boa-fé deve nortear a relação entre o juiz e as partes, impondo o dever recíproco de atuar dentro dos parâmetros éticos indispensáveis à resolução racional e pacífica dos conflitos (CAMBI, 2020, p. 466-467).

Logo, ainda que se afirme, em razão da liberdade, que a parte contrária não pode ser obrigada a colaborar com o Judiciário na descoberta da verdade, é possível que sejam desenvolvidas técnicas de distribuição dinâmica e de inversão do ônus da prova a fim de facilitar a proteção do direito material. A súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, estabelece que a recusa do suposto pai em se submeter a exame de DNA induz presunção de paternidade, a qual é relativa (*juris tantum*), admitindo prova em contrário posteriormente. Referido instituto assegura, pois, o direito ao silêncio do demandado, ao mesmo tempo em que evita que ele seja beneficiado da sua inércia, uma vez que isso acarretaria a perda da ação pelo demandante, impossibilitado de produzir a prova do fato constitutivo de seu direito (CAMBI, 2020, p. 467-468).

Saliente-se, por fim, que apesar dos grandes avanços da teoria da distribuição dinâmica, ela pode ainda ser aperfeiçoada pela jurisprudência, a fim de que a inversão do ônus da prova

seja integral, de forma que nisso se incluam os encargos financeiros, uma vez que não é razoável que a parte beneficiada pelo instituto tenha de arcar com a antecipação dos honorários periciais (CAMBI, 2020, p. 463).

Cabe ao juiz potencializar o diálogo processual, observado o contraditório, não podendo aplicar a teoria da dinamização para surpreender as partes, ainda que a sua decisão seja justa no caso concreto. Superando-se o modelo estático de distribuição da carga probatória, é possível que o processo seja um instrumento ético, a favor da igualdade material (CAMBI, 2020, p. 460). Verifica-se, assim, que a facilitação do ônus da prova, através de sua dinamização a partir do CPC/2015, é uma forma de proteção do direito material, estando diretamente ligada à tutela jurisdicional adequada e efetiva (CAMBI, 2020, p. 462).

O exercício do direito fundamental à prova e a distribuição do ônus, por meio da sua dinamização e inversão, e desde que respeitadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, influem diretamente na busca por um processo constitucionalmente mais justo, conforme o almejado pelo Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

Tratou-se da sistemática decisória advinda do CPC/2015 e dos mecanismos que viabilizaram a discussão acerca da produtividade, celeridade, economia processual e proatividade do Estado-Juiz e das partes integrantes do processo, em nome de uma prestação jurisdicional cada vez mais adequada e efetiva. O processo civil contemporâneo, pautado nos ditames constitucionais, precisa estar aberto à democratização e inclusão, a partir da boa-fé, da cooperação entre os sujeitos processuais, da paridade de tratamento, do pleno e efetivo contraditório, da ampla defesa, dentre outros preceitos.

Foi analisado o dever constitucional de motivação das decisões, que deve ser observado pelo juiz, para que as partes saibam as razões pelas quais determinado direito foi declarado, quais os motivos devem debater em eventual impugnação, e para que a sociedade como um todo tenha conhecimento e segurança jurídica quanto à interpretação e aplicação do direito.

Uma decisão corretamente motivada é aquela previsível, acessível e controlável, pautada em uma ótica racional, com a ponderação de princípios para a solução dos casos difíceis, o que é defendido pela teoria da argumentação jurídica. Uma decisão suficientemente motivada, a que se tenha dado prévia oportunidade de contraditório pelas partes, é uma forma de assegurar o Estado Democrático de Direito, no âmbito do processo civil. Por outro lado, se o juiz não observa o dever de motivação inculcado na Carta Magna e no CPC/2015, isso pode gerar nulidade processual, o que, por sua vez, caracteriza desperdício de tempo e dinheiro na solução de conflitos levados a sua apreciação, além do descrédito no Poder Judiciário pela sociedade.

Um juiz aberto ao diálogo com o jurisdicionado, mas que não se exima de resolver a causa com respeito aos ditames da política e do Legislativo, por meio de decisões devidamente fundamentadas, segundo as leis e a Constituição, é o perfil que deve ser seguido pelo juiz constitucional contemporâneo. Isso não significa que o processo deve se pautar no pro-

tagonismo judicial: as partes e os demais sujeitos processuais são chamados a dialogar junto do Estado-Juiz, na construção de um procedimento colaborativo e participativo.

O processo trazido pelo CPC/2015 se baseia cada vez mais na cooperação e democratização no deslinde das controvérsias. Quanto maior a integração entre os participantes do processo e quanto mais fundamentada uma decisão, maior será o grau de resignação dos jurisdicionados ao direito aplicado, o que contribui na desjudicialização de demandas, que podem ser melhor resolvidas com diálogo, inclusão e promoção da paz.

Diante desse novo cenário, o papel do Judiciário na condução do processo se afasta do tradicional paradigma triangular, das partes subordinadas ao juiz, para dar lugar a um modelo cooperativo, com paridade de armas aos litigantes. Cabe ao julgador o sopesamento dos interesses, esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio, concedendo-se, em razoável período de tempo, uma justa e efetiva decisão. Além disso, pela análise do caso concreto e das partes nele envolvidas, o magistrado deve verificar se os meios de prova escolhidos são capazes de resolver a questão posta em juízo.

Portanto, compete ao juiz a atividade de verificar a suficiência da prova, não importando quem a produziu (princípio da comunhão das provas). No caso de insuficiência, todavia, a regra do ônus ganha relevo, pois é a partir da ausência que é determinado quem deve arcar com a falta da prova. O juiz pode, a depender de cada caso, atender aos requerimentos das partes ou determinar de ofício a produção de provas, para tornar o processo eficiente.

Pode-se valer do instituto da inversão do ônus da prova, seja em um conflito consumerista (quando houver verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência técnica do consumidor), seja nas demandas cíveis, pela distribuição dinâmica do ônus da prova (quando for impossível ou de extrema dificuldade o cumprimento do encargo probatório pelo autor ou pelo réu, e mais fácil a obtenção de prova pelo adversário, ou quando assim a lei o determinar). Isso somente terá lugar se houver a fundamentação da decisão judicial, conforme as imposições casuísticas, a fim de se buscar a verdade real.

Deve-se, pois, conferir isonomia material aos litigantes, com o estímulo ao contraditório e à cooperação processual, para que as controvérsias levadas à apreciação do Judiciário sejam resolvidas. O processo civil deve ser um instrumento de consolidação e efetivação dos princípios e valores constitucionais, a fim de não apenas ser concedida uma tutela jurisdicional efetiva, célere, adequada e justa, mas também de ser atendida a finalidade social da jurisdição, que é a justa pacificação dos conflitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schikd Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVES, Fernando de Brito. *Democracia à portuguesa: retórica democrática na tradição jurídica lusófona*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ASSAF FILHO, Alexandre. A vedação à decisão surpresa e a democratização do contraditório. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 24, n. 5789, 8 maio 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73774/a-vedacao-a-decisao-surpresa-e-a-democratizacao-do-contraditorio>. Acesso em: 26 out. 2020.

BIANCO, Paolo Roberto de Angelis; MARQUES, Victória Santos. O papel do juiz contemporâneo no processo civil: da fundamentalidade das decisões à gestão do Judiciário. In: IX SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO (SIACRID), 2019. **Anais Novos Rumos do Processo Civil**. Jacarezinho: UENP, 2019. p. 284-301. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2019/novos-rumos-do-processo-civil.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941**. *Lei das Contravenções Penais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 29 out. 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: 26 out. 2020.

BRITO, Jaime Domingues; BIANCO, Paolo Roberto de Angelis; MARQUES, Victória Santos. Direito fundamental à prova e ônus das partes: aspectos constitucionais e implicações a partir do CPC/2015. **Index Law Journals Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Encontro Virtual, v. 6, n. 2, p. 36-56, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/7172>. Acesso em: 18 mar. 2021.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira**, Salvador/BA, v. 2008-2, n. 17, p.93-130, 11 dez. 2008. Disponível em: https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf. Acesso em: 26 out. 2020.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CRUZ, Danilo Nascimento; CRUZ, Karine Rodrigues Piauilino. **Processo Civil contemporâneo: aspectos conceituais, constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva**. 2010. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL%20CONTEMPORANEO%20-%20ASPECTOS%20CONCEITUAIS.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

DIAS, Patrícia Mendanha. O ônus da prova no processo constitucional sob a égide do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP - Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, Rio de Janeiro*, ano 10, v. 17, p. 515-530, 2 jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/25989/18977>. Acesso em: 29 out. 2020.

DORICO, Eliane Aparecida. **A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-116/a-teoria-da-argumentacao-juridica-como-instrumento-para-a-solucao-justa-dos-casos/>. Acesso em: 29 out. 2020.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*. Disponível em: <http://www.politicaeprocessos.ufpr.br/wp-content/uploads/2017/02/CodigoModelo.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. Revisão da tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 19.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. 15. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODAS, Sérgio. *Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-26/fundamentacao-decisoes-gera-confronto-entre-advogado-juiz>. Acesso em: 27 out. 2020.

SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. Processo Civil Democrático: ativismo judicial frente às provas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 215, p. 97-115, jul./set. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p97. Acesso em: 26 out. 2020.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, volume 1. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TALAMINI, Eduardo. **Ônus da prova**. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/235364/onus-da-prova>. Acesso em: 29 out. 2020.

TRIGUEIRO, Victor Guedes; BORGES, João Paulo Resende. Análise econômica da litigância - pressupostos básicos e o Código de Processo Civil de 2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636. Rio de Janeiro, ano 13, v. 20, n. 2, p. 313-338, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44561/30281>. Acesso em: 26 out. 2020.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Curitiba, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007803.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

Recebido/Received: 27.03.2021.

Aprovado/Approved: 06.05.2021.

TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

TARIFF OF EXTRAPATRIMONIAL DAMAGE
AND HUMAN DIGNITY VIOLATION

VANESSA ROCHA FERREIRA¹

FABIANA SABINO DE OLIVEIRA CEBOLÃO²

RESUMO

O presente artigo científico busca analisar se a tarifação do dano extrapatrimonial, à luz da Lei nº 13.467/17, é inconstitucional frente aos princípios fundamentais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, consubstanciados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para se alcançar essa finalidade, organizou-se o trabalho em três itens e utilizou-se de instrumentos como livros, artigos, leis e jurisprudências, para demonstrar como se dava a indenização por dano extrapatrimonial antes da nova lei, bem como para se exemplificar as discussões acerca do tema. O primeiro item realiza uma retrospectiva histórica sobre a origem do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, bem como se faz uma análise minuciosa de determinadas espécies de dano, além de realizar citações doutrinárias e jurisprudenciais para corroborar com o pensamento ali exposto. O segundo item, por outro viés, visa delimitar o dano extrapatrimonial a partir do regramento exposto no Título II-A da Consolidação das Leis do Trabalho. Ademais, foram realizadas críticas quanto à forma em que se dá a reparação. Por fim, no terceiro item, realizou-se uma análise acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6069, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de declarar inconstitucional essa tarifação por dano extrapatrimonial, bem como se observou, detalhadamente, as afrontas aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, consubstanciados na CRFB/88. Ao final do presente artigo, será demonstrado se o novo regramento do art. 223-G, da CLT, fere princípios e garantias fundamentais e individuais.

Palavras-chave: tarifação do dano extrapatrimonial; dignidade humana; inconstitucionalidade.

1 Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Professora da Graduação e Pós-Graduação strictu sensu do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa: Trabalho Decente (CESUPA-CNPq). Auditora do Tribunal de Contas do Estado do Pará (TCE/PA). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-5997-3198>.

2 Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (PPGD/CESUPA). Membro do Grupo de Pesquisa em Trabalho Decente do CESUPA, com registro no diretório do CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8199520684491608>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-6645-1408>.

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

FERREIRA, Vanessa Rocha; CEBOLÃO, Fabiana Sabino de Oliveira. Tarifação do dano extrapatrimonial e violação à dignidade humana. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 30-51, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8356>.

ABSTRACT

This scientific article seeks to analyze whether the pricing of off-balance sheet damage, under Law No. 13.467/17, is unconstitutional in view of the fundamental principles of equality and human dignity, embodied in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. To achieve this goal, the work was organized into three items and used instruments such as books, articles, laws and jurisprudence, to demonstrate how compensation was paid for off-balance sheet damages before the new law, as well as to exemplify discussions about the theme. The first item provides a historical retrospective on the origin of moral damage in the Brazilian legal system, as well as a thorough analysis of certain types of damage, by making doctrinal and jurisprudential citations to corroborate the thinking exposed there. The second item aims to delimit off-balance sheet damage based on the rules set forth in Title II-A of the Consolidation of Labor Laws. In addition, criticisms were made as to the manner in which reparation takes place. Finally, in the third item, an analysis was made about the Direct Unconstitutionality Action No. 6069, filed by the Federal Council of the Brazilian Bar Association, in order to declare unconstitutional this charge for off-balance sheet damages, as well as to observe the offenses against the fundamental principles of human dignity and equality, embodied in CRFB/88. At the end of this article, it will be demonstrated if the new rule of art. 223-G of the CLT violates fundamental and individual principles and guarantees.

Keywords: *tariff of extrapatrimonial damag; human dignity; unconstitutionality.*

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/17, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, trouxe em seu bojo diversas discussões, dentre as quais várias já foram alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a exemplo do novo art. 223-G da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), constante no Título II-A da CLT, que regulamenta a forma como se dará a indenização por dano extrapatrimonial na seara trabalhista (BRASIL, 2017).

Tamanha a relevância constitucional acerca desse tema que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a ADI nº 6069, a fim de questionar os parâmetros de reparação. A referida ADI encontra-se pendente de julgamento.

Diante do exposto, a Lei nº 13.467/2017 instituiu uma “tarifação” do pagamento dessas indenizações de forma a não reproduzir mais o cenário de cifras altíssimas a título de pagamento de dano extrapatrimonial, já que, a partir de agora, pelo novo art. 223-G, §1º e seus respectivos incisos, considera-se o último salário contratual do ofendido para mensurar a indenização da ofensa sofrida (BRASIL, 2017).

Destarte, se dois empregados sofrerem uma mesma ofensa, em uma mesma situação, e recorrerem ambos a Justiça Trabalhista a fim de buscar a digna reparação pelo dano extrapatrimonial sofrido, receberão valores distintos, caso ganhem salários distintos. Observa-se, nesse contexto, que se passa a valorar a dignidade do trabalhador a partir do valor que consta no seu contracheque.

No que tange a indenização por danos extrapatrimoniais, cumpre salientar que a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), antes de sofrer essas modificações, recorria ao Código Civil (CC/02) para tal fixação. Dessa forma, era com base na análise individual de cada caso, somado ao livre convencimento do juiz, que se chegava a um valor de indenização.

No entanto, essa discricionariedade não se repete com o novo texto legal, já que há uma vinculação expressa do juiz ao que está positivado no art. 223-G da CLT, pois somente é possível chegar ao valor de indenização por meio da tarificação do dano extrapatrimonial, que analisa a gravidade do dano e o valor do último salário contratual da vítima.

Essa percepção de desigualdade, que o art. 223-G da CLT trouxe ao mundo jurídico, reproduz uma série de questionamentos acerca das possíveis inconstitucionalidades, desigualdades e violações a direitos e garantias fundamentais que o texto legal vem positivando, pois se permite tratar desigualmente vidas humanas pelo valor de seu salário.

Dessa forma, o presente artigo pretende analisar a inconstitucionalidade da nova redação do art. 223-G, que trouxe em seu bojo diversas violações a dispositivos e princípios constitucionais, tais como o princípio fundamental da igualdade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que essa regulamentação pode, a partir da análise dos seus parâmetros objetivos de indenização, favorecer tratamentos distintos, ao ponto de uma mesma ofensa, em uma mesma situação, a dois empregados que percebam salários diametralmente diferentes, sejam indenizados de formas distintas (BRASIL, 2017).

Quanto à metodologia utilizada, nota-se que foram utilizadas técnicas de investigação pura, sendo esta teórica, pela qual se utilizou como fontes secundárias de pesquisa livros, artigos, leis e jurisprudência. Ademais, fora utilizado o método hipotético-dedutivo, já que se constrói a hipótese de que a tarificação do dano extrapatrimonial, advinda da Reforma Trabalhista, viola o princípio da igualdade e da dignidade humana.

Para melhor análise do tema, dividiu-se o presente trabalho em três partes: a primeira parte conceitua e caracteriza o dano extrapatrimonial, além de ser realizada uma retrospectiva histórica do dano no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o início de sua efetiva aplicação; a segunda parte busca delimitar o dano extrapatrimonial, além de analisar os princípios fundamentais da isonomia e da dignidade, a fim de se averiguar possíveis lesões aos referidos princípios, e por fim, a terceira parte trata da inconstitucionalidade da taxatividade do dano extrapatrimonial, bem como quais são as consequências, na prática, da aplicação do art. 223-G, da CLT.

2. O DANO EXTRAPATRIMONIAL: RETROSPECTIVA HISTÓRICA, CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO

Antes de adentrar nas disposições advindas da Lei nº 13.467/17, faz-se mister lembrar como era a aplicação do dano moral na Consolidação das Leis Trabalhistas antes da Reforma Trabalhista, bem como seu surgimento e incidência inicial no Brasil (BRASIL, 2017).

Preleciona Oliveira que era considerado constrangedor a postulação por dano moral. No entanto, a necessidade de autenticar as dores emocionais e a repercussão desse dano na vida do sujeito, o que em diversos cenários se torna mais prejudicial do que o dano patrimonial em si, gerou um discurso muito positivo de transformar o dano moral em algo justo e indenizável, desmitificando todo o preconceito em requerer o reparo pelo dano sofrido pela vítima. (OLIVEIRA, 2019, p. 260).

Em sendo assim, dispõe Oliveira que:

O primeiro pensamento que surge, quando se fala em indenização, está ligado a efeitos patrimoniais, mensuráveis financeiramente. Atualmente, porém, o Direito avança para proteger não somente os nossos bens, mas os valores imateriais da personalidade, ou seja, além de proteger o que temos, resguarda e valoriza o que somos (OLIVEIRA, 2019, p. 261).

Infelizmente, o ordenamento jurídico brasileiro ainda demorou a reconhecer a indenização por dano moral. O Código Civil de 1916, em seu art. 159, tornava obrigatória a sua reparação, muito embora não houvesse distinção entre o dano moral e o material. Naquele momento, referia-se apenas ao dano em si, sem as diferenças jurídicas que atualmente se observa.

Em 1988, com a proclamação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), passou-se, finalmente, a prever de forma expressa a indenização por dano moral, conforme se verifica no art. 5º, incisos V e X (BRASIL, 1988). Logo a seguir, com o advento do Código Civil de 2002, o art. 186 passou a prever expressamente o dano moral (BRASIL, 2002). Dessa forma, restou consubstanciada a indenização por dano moral na legislação brasileira.

Muito embora o fato do dano moral fazer parte do dia a dia do operador do direito, bem como de toda a sociedade, sendo amplamente discutido e aplicado todos os dias, ainda assim há de se concordar com os dizeres de André Gustavo Andrade, ao afirmar que “O dano moral é, em verdade, um conceito em construção”. (ANDRADE, 2003, p. 139).

Nesse sentido, não é sábio limitar o campo de abrangência do dano moral, tampouco estipular o que cabe nesse contexto de dano e o que não cabe, já que a constante evolução do direito ainda não acompanhou o dano que pré existe no futuro. Não é possível prever, efetivamente, o que será dano moral e o que não será, porque podem ser que futuros danos sejam enxergados lá na frente.

Finalizada essa pequena introdução ao dano moral no Brasil, retorna-se ao foco do dano extrapatrimonial, bem como seu conceito e caracterização.

O termo “dano extrapatrimonial” fora o utilizado pelo legislador e é considerado inconveniente para alguns doutrinadores. Oliveira argumenta que a denominação “dano extrapatrimonial” é inoportuna, pois o termo “dano moral” possui uma precedência já consolidada no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, a Reforma Trabalhista, ao utilizar de um novo termo, acaba por gerar estranheza e confusão, além de acabar legitimando a criação de um dano moral atenuado nas leis trabalhistas (OLIVEIRA, 2017, p. 2).

Além disso, verifica-se no próprio texto constitucional, consoante dispõe o art. 5º, inciso V da Carta Magna, que é assegurado o direito de resposta por dano moral, não dano extrapatrimonial. Sendo assim, pode-se afirmar que o legislador buscou inovar um termo já amplamente consolidado no nosso ordenamento jurídico.

O art. 223-B, da CLT, vem conceituar o dano extrapatrimonial, já que preleciona: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.” (BRASIL, 2017).

Verifica-se que se utiliza a expressão “dano extrapatrimonial” como forma de abarcar as demais espécies de dano, quais sejam: o dano estético, o moral, o dano à personalidade, entre outros.

O dano estético ocorre quando há uma lesão, decorrente da relação laboral que acabou por gerar um acidente de trabalho, passando a comprometer a integridade moral da vítima, pois houve uma alteração morfológica em seu corpo, podendo ser ou não uma deformidade, uma marca, uma cicatriz, bem como qualquer mudança que cause choque ou impacto, implicando numa sensação de inferioridade, de baixa autoestima, violando a dignidade da pessoa humana daquele trabalhador (OLIVEIRA, 2019, p. 311).

Nesse contexto, observa-se que o dano estético é ainda mais delicado, pois não se encontra em plano abstrato, tal como o dano moral ou o dano à personalidade, mas é exposto ao trabalhador e a todos ao seu redor, tornando inevitável o difícil e doloroso enfrentamento à lesão. O empregado será obrigado a encarar, diariamente, o resultado daquele acidente de trabalho, bem como terá que lidar com os olhares repulsivos e depreciativos sob si, implicando num nível baixíssimo de autoestima.

Já o dano moral, por outro viés, nos ditames de Oliveira (2019, p. 313), pode-se elucidar que “o dano estético, o corpo mostra; o dano moral, a alma sente”. Sendo assim, o dano moral está estritamente ligado ao abalo psíquico da vítima, ao sofrimento, ao desgaste mental diante do que lhe ocorreu e suas consequências, bem como doenças psicológicas, tais como depressão ou transtorno de ansiedade. É mais difícil de mensurar, estando no plano abstrato e só é sensível a quem sente.

O dano existencial, por outro lado, compromete a própria existência do indivíduo. Como o próprio nome diz, é o dano a existência do ser, no que poderia ser intitulado de “trauma”. O dano a existência do sujeito afeta a sua vida como um todo, pois há o rompimento de um projeto, um plano, um sonho. Não só o indivíduo em si sofre com o dano existencial, mas todo o seu ciclo familiar e de amizade, já que passam a encarar uma nova realidade em conjunto com a vítima.

Exige-se, para tanto, uma reparação integral do referido dano, o que se verifica ser praticamente impossível, na medida em que a qualidade de vida da vítima é diminuída ao ponto de constantemente se ver prejudicada em seus níveis de bem-estar, de se deparar com a impossibilidade de retomar antigos projetos e sonhos. O que o trabalhador antes entendia como “vida”, já não se é mais possível obter na prática, restando, para sempre, o sentimento de impotência diante dos novos fatos que agora o acometem.

Dessa forma, ainda que a Justiça Trabalhista venha a impor uma cifra justa e razoável de reparação a título de indenização pelo dano existencial ora sofrido, ainda assim, o trabalhador não será amplamente reparado, já que é muito difícil retornar ao status quo anterior a lesão.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem firmado o mesmo entendimento:

O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. (TST, 2018)

Ademais, Feliciano e Pasqualetto sinalizam que o legislador buscou clarificar a aplicação do dano existencial, como espécie do dano extrapatrimonial, na medida em que impõe na

redação do art. 223-B, da CLT, que “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica” (2018, p. 2).

Após essas considerações acerca das espécies de danos que se incluem no conceito amplo de dano extrapatrimonial, faz-se mister assinalar que todas as espécies supramencionadas possuem em seu seio um denominador comum, já que se fundam, necessariamente, conforme dispõe Feliciano e Pasqualetto (2018, p. 2), no “princípio da centralidade da pessoa humana na ordem social, econômica e jurídica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana”.

Sendo assim, se faz necessário delimitar o dano extrapatrimonial advindo da Reforma Trabalhista.

3. A DELIMITAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

O dano extrapatrimonial começa a ser regulamentado no art. 223-A da CLT, mas a celeuma se instaura em outro dispositivo mais a frente, qual seja, o art. 223-G da referida Consolidação (BRASIL, 2017). Esse artigo estabelece, inicialmente, o que o juiz deve considerar ao apreciar o pedido de dano extrapatrimonial.

O referido artigo torna a reparação pelo dano extrapatrimonial objetiva, estática e taxativa, na medida em que impõe critérios legais e limitações no tocante ao *quantum* indenizatório.

Apesar de o dano não patrimonial ter particularidades, na medida em que cada um o sente de maneira diferente, o que acarreta, necessariamente, em consequências jurídicas distintas, já que o magistrado deve possuir a sensibilidade de analisar caso a caso, ainda assim, o legislador, à luz da Reforma Trabalhista, rompeu com esse entendimento, ao tratar a indenização pelo dano de maneira igualitária para todos.

É importante ressaltar que a reparação pelo dano sofrido é justa e legítima, apesar de hoje se verificar fortemente diversas discussões em torno do que seria a “indústria do dano moral”, termo este que vem retratar uma realidade na qual o sujeito movimentando a máquina judiciária com intuito de auferir lucro pelo “mero aborrecimento”, o qual, por outro lado, busca descaracterizar o dano psíquico sentido pela vítima.

No entanto, questiona-se se, na verdade, as relações humanas não têm evoluído de fato, acarretando em novas formas de violações a direitos e garantias fundamentais, os quais são passíveis de indenização, ou se busca, por outro viés, silenciar os danos extrapatrimoniais com o discurso do mero aborrecimento, intimidando o lesado a recorrer ao Poder Judiciário e buscar a digna reparação pelo prejuízo ora sofrido.

Dessa forma, é fundamental que o magistrado, diante do caso concreto, esteja investido da devida sensibilidade para prosseguir com a análise do dano extrapatrimonial. Finalizadas essas ressalvas, acompanhe o que dispõe o art. 223-G, da CLT:

Art. 223-G: Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da

ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa. (BRASIL, 2017)

Feliciano e Pasqualeto (2018, p. 3) assinalam que essa forma de delimitar o dano extrapatrimonial é motivada pela segurança jurídica que, certamente, ocorre com esse tipo de regramento. A Justiça do Trabalho, costumeiramente, foi alvo de críticas pela forma que os magistrados analisavam e decidiam acerca da indenização por danos extrapatrimoniais.

O antigo cenário de jurisprudências que corroborava com indenizações de danos extrapatrimoniais com cifras altíssimas e, muitas vezes, desproporcionais com o dano sofrido pelo trabalhador, motivou também o legislador, cessando muitas reclamações e pleitos de empregadores acerca do tema.

No entanto, a mudança legislativa advinda da Lei n. 13.467/2017 não observou o disposto no art. 7º da CRFB/88, que ao elencar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dispôs acerca do seguro contra acidentes do trabalho a cargo do empregador, conforme se verifica no inciso XXVIII (BRASIL, 1988).

Dessa forma, é dever constitucional do empregador a indenização ampla do dano extrapatrimonial ocorrido, o que não se vislumbra no caso concreto, na medida em que, há uma tarifação do valor a ser recebido a título de dano extrapatrimonial no art. 223-G, da CLT (BRASIL, 2017).

Cumprе ressaltar que haverá situações em que o valor tabelado em lei não servirá de reparo ao trabalhador, pois não conseguirá alcançar uma reparação minimamente razoável, tampouco integral, devido à impossibilidade de alcançar todas as ocasiões possíveis.

Ademais, observa-se, também, que o princípio do livre convencimento do juiz não é mais respeitado, na medida em que se retira a margem discricionária do magistrado. Cumprе salientar que a fixação de indenização por dano extrapatrimonial é mais delicada que uma indenização por dano patrimonial. É na análise minuciosa e cautelosa que se aúfere um valor digno de reparação, sendo imprescindível que o juiz, ao analisar as circunstâncias do caso, consiga ponderar um valor justo.

Nota-se uma divergência doutrinária quanto às circunstâncias trazidas pelo caput do art. 223-G (BRASIL, 2017). Segundo Silva e Lima (2017, p. 8), o referido artigo, em seu caput, só será aplicável ao dano extrapatrimonial, que para os referidos autores seria a soma do dano moral com o dano existencial, não cabendo, assim, ao dano estético ou o biológico.

Por outro viés, Feliciano e Pasqualeto (2018, p. 2) já defendem a ideia de que dano extrapatrimonial é gênero, sendo dano moral, à pessoa, estético e existencial considerado espécies. Dessa forma, os referidos autores assinalam que o dano estético é visto como um gênero apartado que não sofre tarifação, não estando, portanto, incluso no rol do art. 223-G, da CLT (BRASIL, 2017).

A partir disso, parte-se para os parágrafos do art. 223-G, os quais são alvo de maior discussão entre os juristas. A Reforma Trabalhista passou a estabelecer, no §1º do referido artigo, que em uma eventual procedência do pedido de indenização por dano extrapatrimonial,

o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. (BRASIL, 2017)

A partir da leitura do regramento acima, verifica-se que o critério para auferir o quantum indenizatório a título de reparação pelo dano extrapatrimonial é o valor do último salário contratual do ofendido. A fixação de um limite, nesses casos, já é motivo de discussão entre os operadores do direito. Todavia, constatar que a Reforma Trabalhista trouxe em seu bojo uma tarifação a partir valor do salário do obreiro, é de gerar espanto e diversos questionamentos.

Inicialmente, cabe demonstrar que Oliveira discorda do termo “tarifação do dano extrapatrimonial”, na medida em que a expressão “tarifa” possui regramento próprio. Veja:

Cabe mencionar que a doutrina e até os julgados utilizam a expressão “tarifação do dano moral”, mas preferimos a denominação de “tabelamento dos danos morais”, porque o vocábulo tarifa tem significado próprio na ciência jurídica e ostenta natureza de preço público, tratado no campo do direito administrativo (OLIVEIRA, 2017, p. 11).

A Medida Provisória (MP) nº 808/2017 modificou essa base de cálculo prevista no art. 223-G, advindo da Lei nº 13.467/17 (BRASIL, 2017). De acordo com a MP, o parâmetro seria consoante o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, além de excluir dessa tarifação o resultado morte. No entanto, a referida Medida Provisória permaneceu somente na provisoriedade, não sendo convertida em lei, tampouco tendo seus efeitos regulados por decreto legislativo. Dessa forma, a MP 808/2017 caducou.

Feliciano e Pasqualetto ponderam que embora a MP nº 808/2017 tenha apresentado uma base de cálculo divergente da atual disposta na CLT, o que proporcionava um cenário melhor ao obreiro que possui uma renda inferior, além de solucionar o aspecto discriminatório – o qual ainda será abordado no presente artigo –, por outro viés, a tarifação persistiu, nas palavras dos autores, “sem considerar a diversidade de danos extrapatrimoniais e sua extensão existentes” (FELICIANO; PASQUALETO, 2018, p. 4).

Embora a doutrina majoritária venha firmando entendimento de que essa tarifação, ou melhor, tabelamento dos danos extrapatrimoniais seja um retrocesso na legislação trabalhista, Santos argumenta que estabelecer parâmetros de fixação, bem como critérios objetivos, gera uma previsibilidade das decisões judiciais, além de assegurar a isonomia, princípio consubstanciado na Constituição Federal:

[...] em nome dos princípios mais elevados emanados da Constituição Federal de 1988, entre eles a isonomia, a segurança jurídica, bem como a previsibilidade das decisões judiciais, de modo a se evitar decisões colidentes, conflitantes ou contraditórias, consideramos de bom alvitre estabelecer critérios, de modo a parametrizar os valores das reparações por dano extrapatrimonial [...] (SANTOS, 2017, p. 2).

No entanto, o que se sustenta como discriminatório e passível de violações a direitos e garantias fundamentais não é tão somente o caráter taxativo e limitante do art. 223-G, da CLT, mas justamente a forma em que se ocorre o tabelamento do dano extrapatrimonial. Dispor que a indenização se dará de acordo com o último salário contratual do ofendido é, em linhas gerais, afirmar para o trabalhador que o dano que ele sofreu é mensurado a partir de sua renda.

Desse modo, diversos princípios constitucionais restam incongruentes com o regramento exposto pelo legislador, bem como o livre convencimento do magistrado e a análise discricionária de cada caso, essenciais para se auferir um valor justo, digno e capaz de reparar o dano sofrido. Ora, reputa-se um valor de indenização justamente com o propósito de reparação, de possibilitar um retorno, na medida do possível, ao status quo anterior à lesão, o que se verifica ser complexo quando o dano é extrapatrimonial, já que é de difícil mensuração.

Dessa forma, observa-se que, devido ao fato de um mesmo empregador possuir trabalhadores de diversos cargos e funções, ocorre que cada um recebe uma contraprestação pecuniária pelo trabalho de maneira diferente. Assim, como o parâmetro estabelecido pelo novo dispositivo legal é objetivo, a reparação baseia-se tão somente no aspecto financeiro daquele empregado.

Cumprido salientar que na dinâmica das relações de emprego, é óbvio que um mesmo empregador terá, sob seu comando, empregados que percebam salários de valores distintos. Se dois empregados sofrerem uma mesma ofensa, em uma mesma situação, e recorrerem ambos a Justiça do Trabalho a fim de buscar a digna reparação pelo dano extrapatrimonial sofrido, receberão valores distintos.

Analisando a legislação, percebe-se de imediato que há uma clara discriminação, já que se permite, diante do exposto em lei, que empregados sejam tratados de maneiras diferentes a partir do valor que recebem a título de salário. Além de isso violar uma série de princípios e dispositivos constitucionais, tal como o próprio caput do art. 5º da CF/88, como será minuciosamente explanado neste artigo, pode-se afirmar que esse dispositivo trabalhista consegue regredir a anos de evoluções no que tange a direitos trabalhistas.

Ademais, a legislação ainda falha em cumprir com o disposto no art. 944 do CC/02, que dispõe que a indenização se mede pela extensão do dano (BRASIL, 2002). Dessa forma, não há como tarifar ou tabelar a indenização pelo dano extrapatrimonial com base no salário do ofendido. Ao revés, o valor do contracheque do obreiro pode tanto ser desproporcional no sentido de ser menos do que deveria, acarretando em prejuízos e na manutenção dos efeitos do dano, bem como ser desproporcional a ponto de gerar enriquecimento sem causa pela parte ofendida.

Além disso, o magistrado deve levar em consideração a gravidade do dano, a dimensão dos prejuízos sofridos e a capacidade patrimonial dos ofensores, a fim de encontrar um valor digno de reparação. A indenização por dano extrapatrimonial deve almejar, sobremaneira, o maior grau de reparabilidade da ofensa possível. O retorno ao status anterior à lesão, na maioria dos casos, é muito difícil. No entanto, a reparação deve ser justa na maior medida admis-

sível, para que se alcance um nível de reestruturação positivo e justo ao trabalhador, que não tem culpa pelo dano causado e faz jus a uma vida equilibrada, digna e pacífica.

Diante do exposto, pergunta-se qual seria a melhor forma de auferir um valor digno de reparação para um empregado que percebe um salário mínimo ao mês, diante de um dano causado pelo empregador, sendo esse uma multinacional multimilionária, com base tão somente no último salário contratual do ofendido? A indenização deve atender, também, ao caráter pedagógico da condenação, bem como ao caráter punitivo, para que aquela condenação a indenização por dano extrapatrimonial seja um fator capaz de inibir e desencorajar futuras práticas ensejadoras de dano.

A 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, já se pronunciou acerca do tema:

No que tange ao valor arbitrado a título de indenização, há que se ressaltar o caráter pedagógico da condenação por dano moral. Uma vez que o art. 5º, V, da Constituição Federal cogita de um critério de proporcionalidade entre a reparação e o agravo infligido à vítima, parece apropriado afirmar-se que a reparação, além de cumprir uma finalidade de compensação, também ostenta um nítido caráter punitivo ao ofensor, destinado a inibir ou desencorajar, pelo efeito intimidativo do valor econômico, a reincidência de ofensa a bens imateriais preciosos objeto de tutela jurídica. [...] Em suma: cabe ao órgão judiciante, em face do sistema aberto de fixação do valor mediante arbitramento judicial, pautar-se pela razoabilidade e pela equitatividade na estipulação, evitando-se: de um lado, um valor exagerado e exorbitante, a ponto de levar a uma situação de enriquecimento sem causa ou conduzir à ruína financeira o ofensor; de outro, um valor tão baixo que seja irrisório e desprezível, a ponto de não cumprir sua função pedagógica e inibitória. (TST, 2015)

Dessa forma, faz-se mister ressaltar que o tabelamento imposto pela Reforma Trabalhista não alcança, em todos os níveis, um valor digno e justo de reparação. A segurança jurídica que o art. 223-G, da CLT, traz ao ordenamento jurídico brasileiro certamente não corrobora com o caráter pedagógico da indenização. Destarte, é difícil auferir um valor capaz de indenizar o obreiro acidentado apenas com base no seu último salário contratual, muito embora esse critério seja, por si só, discriminatório e limitante, mesmo que não houvesse discussão alguma quanto a esse aspecto, ainda assim, cabe afirmar que a resposta se torna insuficiente diante do caso concreto, devido as particularidades que cada um possui.

Assim, o magistrado, ao realizar a análise minuciosa da gravidade do dano, a dimensão dos prejuízos sofridos (o que se verifica inviável averiguar por meio de uma tarifação legal, devido a infinidade de possibilidades e circunstâncias que podem vir a acontecer), a capacidade patrimonial dos ofensores (que varia, de igual modo, de caso em caso) e o princípio da razoabilidade (na medida em que não se pode auferir um valor superior, tampouco inferior, como já explicitado no presente artigo), além de inibir futuros atos danosos, o que resulta no atendimento ao caráter pedagógico da condenação (esse aspecto é, ainda, mais delicado que os demais, pois é necessário impor ao sujeito um quantum para indenizar a fim de se prevenir futuros atos danosos), para indenização do dano extrapatrimonial.

Portanto, é imperioso destacar tais fatos, bem como levantar esses questionamentos, diante da forma que a nova legislação trabalhista impôs ao trabalhador brasileiro a regulamentação acerca do dano não patrimonial. É mister que o legislador abra uma margem, mesmo que mínima, de discricionariedade para o magistrado, já que o livre convencimento do juiz o

permite analisar o caso com a sensibilidade e delicadeza que são necessárias para a aplicação da lei, ainda mais tratando-se de direitos indisponíveis e que podem vir a violar direitos e garantias fundamentais se não forem aplicados corretamente e da forma necessária.

Nesse sentido, inibir a discricionariedade do aplicador da lei faz com que todos os indivíduos fiquem numa mesma balança, sem a devida averiguação das particularidades e individualidades de cada situação. À vista disso, esse tratamento igualitário, fechado e taxativo pode reproduzir uma série de cenários de desigualdades e de inconstitucionalidades, sendo que o último será visto no tópico a seguir.

No entanto, no que tange ao cenário de desigualdades que podem vir a se instalar no cenário laboral, pode-se citar um exemplo hipotético para melhor compreensão. Imagine que A, auxiliar de produção de uma empresa, percebe como salário o valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) mensal, ao mesmo tempo em que B, serviços gerais da mesma empresa, percebe como salário o valor de R\$1.000,00 (um mil reais) mensal. Num dia comum de trabalho hipotético, imagine que ambos se acidentam da mesma forma, pelo mesmo jeito, com os mesmos resultados psíquicos e físicos.

De acordo com a leitura do art. 223-G, §1º e seus respectivos incisos, da CLT, o magistrado deverá realizar a análise para assinalar qual é a natureza da ofensa (BRASIL, 2017). De acordo com o caso, o juízo do caso sentenciou no sentido de que a ofensa fora de natureza grave, devendo calcular a indenização até vinte vezes o último salário contratual do ofendido. Portanto, A receberá o equitativo de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) a título de indenização por dano extrapatrimonial, enquanto B receberá o quantum indenizatório de R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Note-se que ambos os funcionários foram lesionados da mesma forma, com os mesmos resultados psíquicos e físicos, resultando numa grave lesão à sua esfera moral, tornando o retorno ao status quo anterior a lesão praticamente impossível, tendo sido violados seus direitos e garantias fundamentais, e ainda assim, receberão valores de indenização diferentes. O único fundamento para chegar ao montante indenizatório fora o último salário contratual do ofendido.

Diante do exposto, se positivou no texto legal que está permitido tratar desigualmente vidas humanas a partir do seu salário. O magistrado, ao analisar o caso, não irá investigar todos os aspectos que já citamos no presente trabalho. Em cenário pior a este, o juízo valora o dano extrapatrimonial pelo critério da renda do obreiro. Não bastasse o absurdo, faz-se mister discutir a situação das famílias desses empregados em contextos que geram indenização de dano extrapatrimonial decorrente de morte do obreiro. Novamente, quantifica-se a vida do trabalhador brasileiro a partir do seu salário, gerando indenizações distintas.

Cumprе salientar que já há uma solução extralegal, de grande repercussão nacional, no tocante a essas indenizações por dano extrapatrimonial. Em 25 de janeiro de 2019, o Brasil fora palco de mais um crime ambiental devido ao rompimento de uma barragem em Brumadinho, município de Minas Gerais, que resultou na morte de – até o momento de conclusão do presente artigo – 270 vítimas, sendo que o Corpo de Bombeiros ainda faz buscas em 11 desaparecidos. (CONNECTAS, 2020).

Na ocasião, as vítimas fatais dessa tragédia eram, em grande maioria, funcionários da Vale, cada um com as mais diversas funções, que percebiam salários de valores distintos. De acordo com a leitura do art. 223-G, da CLT, o qual não exclui o resultado morte daquele

tabelamento, cada funcionário receberia, em tese, um valor diferente a título de indenização por dano extrapatrimonial, já que será mensurado de acordo com o último salário contratual (BRASIL, 2017).

Além de revoltante e desumano tal tratamento, diante de uma situação de notoriedade nacional e de calamidade pública, aqueles obreiros, vítimas fatais de uma negligência e imprudência do empregador, perderam suas vidas, o seu bem maior, dos quais todos os direitos e garantias fundamentais visam proteger e resguardar, deixando para trás projetos, sonhos, familiares. Ocorre o desmembramento irreversível do seio familiar, o qual nunca viverá novamente o mesmo plano que considerava como o ideal. Laços de amizade são rompidos eternamente. Resta, apenas, a dor em quem fica e há de se sustentar, tanto emocionalmente quando economicamente, diante de tamanha perda.

Dessa forma, além da irreparável dor de perder um membro familiar, a família ainda há de se deparar com o tratamento desigual que recebe na Justiça Trabalhista, decorrente da tarifação que os incisos do art. 223-G trazem, na medida em que não se exclui mais dessa tarifação o resultado morte, como se vislumbrou na Medida Provisória nº 808/2017, que perdeu a sua eficácia sem ser convertida em lei. No entanto, o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Vale firmaram acordo, a fim de obter uma reparação justa e digna pelos danos materiais e morais ocorridos.

Em 15 de julho de 2019, o referido acordo fora homologado na 5ª Vara do Trabalho em Betim, com previsão de R\$1.600.000.000 (um bilhão e seiscentos milhões reais). Fora decidido que cônjuge ou companheiro, filho, mãe e pai daquelas vítimas fatais, ora empregados da Vale, receberão, individualmente, R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), sendo que R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) será no tocante a dano extrapatrimonial, R\$200.000,00 (duzentos mil reais) a título de seguro adicional por acidente do trabalho e os irmãos dessas vítimas receberão R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) decorrente de dano extrapatrimonial. (G1, 2019).

O Ministério Público do Trabalho ainda exemplificou o seguinte contexto familiar: se o obreiro, vítima dessa tragédia, era casado, possuía dois filhos e tinha pai, mãe e dois irmãos, essa família formada por 07 (sete) pessoas receberá R\$ 3.800.000 (três milhões e oitocentos mil reais), (G1, 2019).

Portanto, esse foi o primeiro grande caso que pôs em cheque o disposto na Reforma Trabalhista acerca da temática envolvendo a indenização por dano extrapatrimonial, e que graças a um acordo extralegal entre o MPT e a empresa ofensora, fora possível obter um valor muito além do que seria disposto a título de reparação, pois se havia algum trabalhador que recebia um salário mínimo, ou seja, R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), o máximo que aquela família poderia vir a receber seria R\$ 49.900,00, de acordo com o art. 223-G, parágrafo 1º, inciso IV, da CLT.

Entretanto, embora haja esse precedente extralegal, o STF ainda não opinou pela inconstitucionalidade do dispositivo constante no Título II-A da CLT, portanto, resta em vigor e produzindo sua eficácia, motivo pelo qual se continua com as considerações acerca dessa mudança advinda da Lei 13.467/17 (BRASIL, 2017). Faz-se fundamental questionar o motivo pelo qual a categoria dos trabalhadores, o qual se sabe, por óbvio, que é a parte hipossuficiente e a mais prejudicada da relação de emprego, deve arcar com esse tabelamento

imposto pelo art. 223-G, da CLT? A legislação trabalhista deve impor ao empregador e ao empregado direitos e deveres, a fim de se buscar, na maior medida possível, um tratamento justo e equânime entre as partes.

Dessa forma, estabelecer parâmetros de indenização que serão incapazes de atingir o seu propósito, qual seja, a de reparação dos danos, além de colocar em patamares mais distintos trabalhadores e empregadores, acaba por gerar um cenário de discriminações no ordenamento jurídico, já que serão proferidas sentenças no sentido de se promover a desigualdade entre trabalhadores pelo valor correspondente aos seus salários.

À vista disso, torna-se necessário analisar se essa discriminação e essa promoção da desigualdade se torna inconstitucional à luz da Constituição Federal de 1988, o que se passa a fazer a seguir.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O presente artigo vem expondo como o novo art. 223-G, da CLT, proporcionou um cenário de desigualdades e discriminações (BRASIL, 2017). Ressaltou-se, ainda, que as indenizações decorrentes de dano extrapatrimonial, diante do regramento exposto em lei, não atingem o objetivo de reparar, tampouco de buscar uma indenização justa e razoável ao obreiro lesado. No entanto, cabe, agora, questionar se tais discriminações e desigualdades são passíveis de inconstitucionalidades perante o disposto na Constituição Federal de 1988.

Sob as margens da Reforma Trabalhista, diversos questionamentos e discussões surgiram entre doutrinadores, juristas, operadores do direito, magistrados, entre outros que vivem e se utilizam do direito no dia a dia. Nesse exato contexto, foram impetradas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), a exemplo da qual faz parte do presente estudo, qual seja, a ADI nº 6069, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), com pedido cautelar, a fim de questionar os artigos 223-A e 223-G, §1º e §2º, da CLT. (STF, 2019).

Cumprido ressaltar que, com o mesmo fulcro de que fosse declarado inconstitucional o regramento acima referenciado, na época sobre a égide da Medida Provisória 808/2017, a qual remetia a base de cálculo ao teto do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) impetrou a ADI nº 5870. Por esse motivo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, relator da ADI nº 6069, impetrada pelo CFOAB, determinou o apensamento dos processos, para que tramitem em conjunto. (STF, 2019).

Ao analisar a petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6069, o CFOAB argumenta no sentido de que:

Tem-se, portanto, que as normas em vigor são deveras prejudiciais ao trabalhador e não sintetizam o dever constitucional de reparação integral do dano, consubstanciado no art. 5º, incisos V e X, bem como ferem a independência funcional dos magistrados na ótica do livre convencimento (art. 93, inciso IX), violam a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), entre outros, razão pela qual é manifesta sua inconstitucionalidade, conforme será demonstrado (STF, 2019).

Além disso, exemplifica-se, ainda, que sob a égide da MP 808/2017, o regramento de se estipular o valor da indenização por dano extrapatrimonial a partir do teto do INSS era, em comparação com o atual art. 223-G, da CLT, mais benéfico ao obreiro, no entanto, em ambos os casos há conflitos e violações a princípios e garantias fundamentais, “basilares do Estado de Direito, pois limitam a indenização, quando a regra é a reparação integral do dano, a teor do disposto no art. 5º, incisos V e X, da Carta Cidadã.” (STF, 2019)

Até o presente momento, a referida ADI encontra-se pendente de julgamento, constando como “conclusos ao relator” desde o dia 28 de agosto de 2019, conforme se extrai do sistema eletrônico de consulta processual público do Supremo Tribunal Federal.

Avançando no tocante a inconstitucionalidade do dispositivo, é possível encontrar diversos fundamentos que consubstanciem esse entendimento. A 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, a qual teve como tema central a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), aprovou o Enunciado nº 18, que dispõe ser inconstitucional a aplicação exclusiva do regramento disposto no Título II-A, da CLT, bem como declarou que há tratamento discriminatório.

DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS Aplicação exclusiva dos novos dispositivos do título II-a da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho: inconstitucionalidade. A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CF) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do Estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CF). A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos v e x e 7º, caput, todas da Constituição Federal (AMATRA, 2018).

Diante do exposto, verifica-se que restringir o âmbito de aplicação da indenização por dano extrapatrimonial, como se observa tentar o legislador no art. 223-A, da CLT, resta incongruente com o que propõe a Constituição Federal. No item anterior do presente trabalho, demonstrou-se que ao aplicar a legislação, o magistrado deixa de percorrer acerca dos pontos-chaves que mensuram o valor a ser indenizado a título de dano extrapatrimonial, tal como gravidade do dano, a dimensão dos prejuízos sofridos, a capacidade patrimonial dos ofensores, o princípio da razoabilidade e o atendimento ao caráter pedagógico da condenação.

Dessa forma, não há como se esperar que o trabalhador brasileiro seja reparado, ainda que minimamente, diante das atuais circunstâncias ofertadas pelo Título II-A da CLT (BRASIL, 2017). Tal afirmação esbarra em diversos princípios e garantias constitucionais, como o princípio da reparação integral do dano, disposto no art. 5º, inciso V e X, da CF/88, sendo

que o primeiro dispõe “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, portanto, não há como realizar esse juízo de valor dispondo de normas estáticas, na medida em que se incumbe ao magistrado uma análise particular e individual de cada caso.

Assim sendo, tão cristalina a discriminação do art. 223-G, da CLT (BRASIL, 2017), que se pode relacionar com o exposto na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual aprovou o Enunciado nº 588, que dispõe: “O patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial” (BRASIL, 2015). À vista disso, chegou-se ao entendimento de que a renda do sujeito pode ser objeto de mensuração, desde que não seja a única fonte, tampouco o critério mais importante na hora da análise do magistrado, sob pena de se violar o supracitado princípio da reparação integral do dano.

De modo a corroborar com esse entendimento, Oliveira argumenta:

A inclusão na Constituição da República de 1988 do direito à reparação dos danos morais indicou que as lesões desta natureza devem ser indenizadas em sua plenitude, sem as amarras de tetos limitadores. Segundo prevê o art. 5º, V, a indenização deverá ser proporcional ao agravo; como não é possível limitar a intensidade da ofensa, também não se pode limitar o valor da indenização, sob pena de criar em determinados casos uma reparação desproporcional, em benefício do agressor [...] (OLIVEIRA, 2017, p. 12).

Ademais, expõe o supracitado art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Cumpre salientar que o novo regramento advindo da Reforma Trabalhista, a partir do Título II-A, não nega que é devida a indenização por dano extrapatrimonial, todavia, resta impraticável a aplicação concreta de uma reparação que corrobore com o disposto na Carta Magna, à vista de que o obreiro além de ter a forma de reparação limitada somente pelo disposto naquele Título, ainda sofre com a tarifação do art. 223-G, calculando o valor a título de indenização mediante o seu último salário contratual (BRASIL, 2017).

Dessa forma, faz-se necessário afirmar que há clara violação ao princípio da reparação integral do dano, na medida em que resta impossível, se não impraticável, que se reestabeça ao trabalhador o retorno ao status quo anterior à lesão.

Mais adiante, o art. 7º, caput, da CF/88, dispõe que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, inciso XXVIII “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (BRASIL, 1988). Portanto, é direito do trabalhador obter a justa e digna indenização pelo prejuízo ora sofrido.

Faz-se necessário ressaltar que ao fazer referência à “justa indenização”, isso implica dizer que o valor recebido a título de reparação por dano extrapatrimonial não visa um acréscimo monetário ao obreiro. Ao revés, se busca uma restituição ao que se era antes da ofensa que, se não plena e total, há de ser na maior medida possível, possibilitando ao trabalhador que busque mecanismos para tanto, como tratamento médico-psiquiátrico, psicoterapia, entre outros.

O art. 223-G, da CLT (BRASIL, 2017), não possui a capacidade de respeitar a Constituição Federal, que prevê essa indenização, com o regramento que atualmente possui. O direito ao trabalho é um direito social, conforme prevê o art. 6º da CF/88, o que implica em dizer que se trata de um direito fundamental. Portanto, não basta tão somente uma legislação que traga em seu bojo um texto de proteção, resguardo e direito a uma indenização, ou seja, a lei não deve se limitar a positivação, mas há de se preocupar com mecanismos de efetiva concretização, no sentido de se viabilizar essa reparação.

O direito ao trabalho possui uma investidura de direito fundamental, bem como de direitos humanos. Desse modo, há expressa regulamentação na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) no sentido de que todas as pessoas, sem qualquer distinção, possuem o direito a condições dignas e justas de trabalho. Tais condições também esbarram ao discutido no presente artigo, pois em nada se sustenta um meio ambiente laboral que falhe em permitir ao obreiro que se busque uma reparação por eventuais danos que venham a se proceder. Nesse sentido, vejamos o art. 23 da DUDH:

1. Toda a pessoa tem **direito ao trabalho**, à livre escolha do trabalho, a **condições equitativas e satisfatórias de trabalho** e à proteção contra o desemprego.XXXTodos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.XXXQuem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.XXXToda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, grifo do autor).

Consoante o exposto, é necessário averiguar a situação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana frente aos indícios de violação à CRFB/88. Conforme já explicitado exaustivamente no presente trabalho, as chances de haver uma sentença judicial que conceda indenização por dano extrapatrimonial de maneira diferente a trabalhadores que possuam rendas divergentes, não só é altamente provável, como possível.

Desse modo, como não verificar uma expressa discriminação, legitimada pelo próprio Poder Judiciário e corroborada por uma legislação trabalhista que paute as reparações por dano extrapatrimonial no último salário contratual do ofendido? É uma afronta direta, explícita e cristalina ao princípio da igualdade, consubstanciado no caput do art. 5º da CRFB/88, "**todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito [...] à igualdade.**" (BRASIL, 1988, grifo do autor)

Ora, se a Carta Maior, guardiã de todos os direitos e garantias fundamentais, expressamente proíbe a inviolabilidade do direito ao tratamento isonômico entre todos, restaria frustrada uma tentativa advinda de lei ordinária, no caso, a CLT, de permitir um tratamento discriminatório e desigual motivado pela renda do obreiro. É imperioso destacar que não há possibilidade de não haver um tratamento discriminatório, pois sempre haverá, em determinado caso, uma parte prejudicada pela decisão do magistrado que conceda um valor, a título de reparação por dano não patrimonial, diferente de outro, tão somente pelo valor de seu salário.

Resta lembrar, ainda, que o contrassenso da nova legislação obteve êxito em agenciar uma regressão a direitos e garantias fundamentais que não há precedentes, e sequer há exageros em comparar essa forma de mensurar o valor a ser pago a título de indenização a um

tratamento degradante e desumano. Pode-se pautar a referida afirmação na compreensão de que, primeiro, ninguém é melhor, maior ou superior, de qualquer modo ou jeito, a ninguém, pelo valor de sua renda.

Feliciano e Pasqualetto possuem o mesmo entendimento, ao dispor: “Nesse sentido, não há como entender avançada ou modernizante, uma legislação que tarifa e limita danos não mensuráveis, que despreza os princípios da igualdade e da proporcionalidade e que faz a legislação trabalhista retroceder por séculos” (FELICIANO; PASQUALETO, 2018, p. 8).

Ademais, a renda do trabalhador, sob hipótese alguma, deve ser critério para análise do magistrado no que tange a indenização por dano extrapatrimonial. Nos sábios ditames de Oliveira (2017, p. 12), “Ora, por que estabelecer indenizações diversas, de acordo com a renda da vítima, para ofensas extrapatrimoniais da mesma intensidade e com o mesmo grau de gravidade?”.

Faz-se necessário ressaltar que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme expõe o art. 3º da CRFB/88, inciso III, é, justamente, a redução das desigualdades sociais (BRASIL, 1988). No entanto, o novo art. 223-G propõe, em século XXI, mais uma nova forma de desigualdade social.

Diante do exposto, com tão somente o que fora explicitado seria possível uma discussão acerca da inconstitucionalidade do dispositivo em comento, haja vista que o princípio fundamental da igualdade fora posto em cheque, violando garantias e direitos fundamentais, tal como o direito a ampla e plena indenização.

A forma de indenização por dano extrapatrimonial deve considerar o dano em si e suas circunstâncias. A análise do magistrado deve ser focada no fato, no caso, no que ocorreu e como ocorreu, e sob hipótese alguma deve-se levar em questão, como base de cálculo para se chegar a um valor a ser pago a título de reparação, o salário do ofendido.

Miranda e Lima defendem esta mesma perspectiva ao afirmar:

[...] é possível que o dispositivo seja considerado inconstitucional no momento da sua vigência, pois os danos extrapatrimoniais devem ser fixados com base no próprio dano, não pelo salário do trabalhador, sob pena de perderem sua natureza extrapatrimonial, pois dizem respeito ao dano à moral sofrido pelo trabalhador, sob pena de violação ao princípio da isonomia (MIRANDA; LIMA, 2017, p. 9).

Além do princípio da igualdade, há de se afirmar, também, que o princípio da dignidade da pessoa humana entra em conflito com esses ditames da nova legislação trabalhista. Primeiramente, ressalta-se que o art. 1º da CRFB/88, em seu inciso III, dispõe que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é, justamente, a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Cumprir ratificar que a dignidade de um ser é indisponível, insubstituível e irredutível. Não pode ser objeto de venda, tampouco há possibilidade de alguém desistir da sua dignidade, justamente por ser inerente ao ser, pois todos nascem investidos deste princípio fundamental. Nesse sentido, todas as legislações devem primar por dispositivos que respeitem e estimulem o constante respeito, progresso e cumprimento dessa dignidade.

Destarte, caso haja alguma alteração legislativa, ainda mais se tratar de relevante mudança, como a Reforma Trabalhista, que proporcionou uma série de drásticas modificações no texto da CLT, há de ser observada a coerência temática da nova lei com a Constituição

Federal, o que não se vislumbra no caso concreto. Questiona-se o objetivo do legislador em tariffar o dano extrapatrimonial com base no ultimo salario contratual do ofendido.

Além de falhar em não atender aos propósitos básicos da indenização, tais como a gravidade do dano, a dimensão dos prejuízos sofridos e a capacidade patrimonial dos ofensores, se positiva, de maneira expressa, que a renda do trabalhador brasileiro servirá como base para se chegar a um valor de indenização por dano extrapatrimonial, que ocorre, justamente, quando a dignidade daquele obreiro é violada.

Faz-se necessário exemplificar que a dignidade do ser engloba todos os fatores essenciais a uma vida equilibrada, justa e que se vislumbre respeito a garantias e direitos individuais. Dessa forma, a dignidade humana é desrespeitada quando ocorrem situações em que há abalo no equilíbrio psíquico do trabalhador, ensejando, assim, uma indenização por dano extrapatrimonial. Já fora explicitado no presente trabalho, preferencialmente no item 02, que esse desgaste mental pode ocasionar diversas doenças, tais como depressão, transtorno de ansiedade e/ou síndrome do pânico, sendo essas patologias de difícil tratamento, sensíveis apenas a quem sente e que podem destruir toda uma vida, romper com antigos projetos e desmembrar um seio familiar que antes era harmônico.

Portanto, incabível uma legislação que busque tariffar uma indenização por dano extrapatrimonial justamente pelo seu caráter subjetivo e divergente, já que cada ser sente de maneira diferente, bem como possui consequências individuais. Não é possível estatizar, tampouco estabelecer uma única mensuração possível, para um dano que não possui uma exatidão tão precisa. Aliás, essa espécie de ofensa psíquica pouco se resolve com cálculos matemáticos. O valor atribuído ao obreiro a titulo de reparação deve tentar proporcionar uma vida digna, harmônica e justa na maior medida possível, em respeito a dignidade da pessoa humana e ao princípio fundamental da igualdade.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se acerca dessa tariffação na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130, a qual fazia menção a Lei de Imprensa nº 5.250/1967, que em seu Capítulo VI “Da Responsabilidade Civil”, em especial os arts. 51, 52 e 56, buscavam tariffar a ofensa moral que porventura viesse a ser cometida pela imprensa. Ao proferir a decisão, a Suprema Corte assinalou a necessidade de se observar os princípios fundamentais da igualdade e da razoabilidade na hora de fixar a indenização por dano moral.

Vejamos o que dispõe o art. 51 da referida Lei:

Art. 51. **A responsabilidade civil** do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, **é limitada**, em cada escrito, transmissão ou notícia: I - a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV). II - a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém; III - a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV - a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). (original sem grifo).

Analisando a ADPF nº 130, é preciso exemplificar que embora se trate de tema diferente do discutido no presente trabalho, pois se tratava, na época, de tarifação por dano moral em virtude de danos cometidos pela imprensa, faz-se possível realizar uma analogia com o tema ora estudado, na medida em que, aqui, se discute uma tarifação por dano extrapatrimonial, a qual culmina nas mesmas consequências – violação a princípios fundamentais, tal como o da igualdade, dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, bem como ofende o princípio da reparação integral do dano – e, ainda, proporciona um cenário de desigualdades e discriminações.

Realizadas essas considerações, destaca-se, do voto do Min. Ricardo Lewandowski proferido na referida ADPF, o seguinte:

[...] o princípio da proporcionalidade, tal com explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. [...]

.....
[...] Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia-a-dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos (STF, 2009).

Extraí-se, pela leitura dos trechos em comento, que a efetiva concretização do princípio da proporcionalidade, o qual evita exageros ou insuficiências na lei, somente se dá de acordo com as particularidades de cada caso, logo, faz-se necessário que o magistrado, diante de uma situação concreta, vislumbre o valor mais justo e digno a título de reparação por lesão extrapatrimonial, na medida em que qualquer tentativa de limitação por parte da legislação trabalhista não é capaz de abarcar todos os casos que existem ou que podem vir a existir.

Portanto, analisar abstratamente a indenização por dano, como se todos os casos presentes e futuros estivessem plenamente abarcados pela tarifação da legislação obreira, e ainda, obter a crença de que o disposto no art. 223-G, da CLT, é capaz de culminar com uma reparação digna e justa, é mais uma tentativa esdrúxula do legislador de colocar todas as situações imagináveis e inimagináveis sob o mesmo peso, o que não só é impossível, incompreensível e impraticável, como inconstitucional, pois se viola uma série de direitos e garantias individuais ao estabelecer que um ser será indenizado de acordo com seu último salário, permitindo infinitas hipóteses de afrontas a direitos humanos e fundamentais.

Dessa forma, a dinamicidade das relações não permite que qualquer arcabouço legislativo defina de forma limitante como se dará uma indenização, já que é possível que, em determinado momento, algum caso seja julgado de maneira inferior ao que deveria ter sido, reproduzindo desigualdades e discriminações.

Ademais, essa discussão em torno da Lei de Imprensa culminou na Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça, a qual afirma: "A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.". Assim, mais uma vez se vislumbra o entendimento dos Tribunais Superiores acerca da temática em torno da tarifação por dano extrapatrimonial, não restando dúvidas que esse tabelamento imposto pela CLT é prejudicial e temerário aos direitos trabalhistas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalhador encontra-se em posição desfavorável frente ao empregador, que se não em todos, mas na imensa maioria dos casos, possui maior habilidade técnica, jurídica e financeira para enfrentar as judicializações trabalhistas. Não se pode permitir que, em nome de um suposto avanço econômico para o Estado Brasileiro, seja viável existir menos direitos trabalhistas, logo, menos direitos fundamentais e, conseqüentemente, afronta a princípios constitucionais.

Ora, se a Lei Maior estipula a igualdade entre todos, não poderia a CLT, lei ordinária, tratar o assunto de maneira diferente, como fora exaustivamente exemplificado no presente trabalho. É necessário que haja modificações no texto da Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), a fim de se promover, de maneira constante, evoluções a direitos e garantias fundamentais e individuais.

Ademais, observou-se no presente trabalho que há diversos posicionamentos jurisprudenciais quanto ao tema, em especial a ADPF nº 130, que julgou ser inconstitucional a tarifação do dano moral na Lei de Imprensa nº 5.250/1967, bem como se constata que diversos enunciados foram aprovados, a fim de combater o disposto no art. 223-G, da CLT e evitar tamanha regressão a direitos e garantias fundamentais. Além disso, cumpre ressaltar a solução extralegal promovida entre o Ministério Público do Trabalho e a Vale, a fim de indenizar, de maneira mais justa e digna possível, os familiares das vítimas da tragédia de Brumadinho.

Portanto, uma legislação que traga em seu bojo a possibilidade de sentenças judiciais capazes de proporcionar um cenário de desigualdades entre trabalhadores, não viola tão somente a Carta Magna Brasileira – o que, por si só, já bastaria –, como também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, fonte primordial de verificação se determinado regramento respeita direitos e garantias individuais. A luta em favor dos direitos trabalhistas não pode cessar, tampouco se deve permitir que determinadas legislações corroborem com o atual cenário brasileiro de descaso e estímulo ao desrespeito para com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Diante do exposto no presente artigo, constata-se uma violação expressa a diversos princípios fundamentais, tais como o consagrado princípio da isonomia, conforme dispõe o art. 5º da Constituição Federal, que é assertivo ao declarar a igualdade incondicional perante a lei, sem qualquer distinção, bem como a dignidade da pessoa humana, sendo este um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB/88.

REFERÊNCIAS

AMATRA. *Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho*. 2018. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>. Acesso em: 11 nov. 2020.

ANDRADE, Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. XXX, n. 92, dez. 2003.

BRASIL. *Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), de 13 de julho de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130*. Partido Democrático Trabalhista – PDT. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Processo nº 0017176-39.2019.1.00.0000. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6069*. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5626228>. Acesso em: 6 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *OAB questiona limitação de valores de indenizações por danos morais nas relações de trabalho*. In: NOTÍCIAS do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403531>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Supremo julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal*. In: NOTÍCIAS do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=107402>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo De Instrumento Em Recurso De Revista nº: 12389-62.2015.5.15.0094*. Relator: Roberto Nobrega de Almeida Filho. Data de Julgamento: 12.12.2018, 1ª Turma. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661789379/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-123896220155150094/inteiro-teor-661789399?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 104200-52.2010.5.13.0024*. Relator: João Oreste Dalazen. Data de Julgamento: 18/03/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178794857/recurso-de-revista-rr-1042005220105130024/inteiro-teor-178794876?ref=serp>. Acesso em: 23 out. 2020.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. *Dados: o número da Tragédia de Brumadinho*. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/fact-sheets-o-numeros-da-tragedia-de-brumadinho>. Acesso em: janeiro 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *VII Jornada de Direito Civil*. 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. *Danos extrapatrimoniais no Direito do Trabalho e sua reparação*. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juizo-de-valor/danos-extrapatrimoniais-no-direito-do-trabalho-e-sua-reparacao-24092018. Acesso em: 20 out. 2020.

G1 (Minas Gerais). *Brumadinho: MPT e Vale assinam acordo para indenizar familiares de funcionários mortos na tragédia*. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/07/15/brumadinho-mpt-e-vale-assinam-acordo-para-indenizar-familiares-de-funcionarios-mortos-na-tragedia.ghtml>. Acesso em: 26 nov. 2020.

MIRANDA, Aarão Miranda da Silva; LIMA, Amarílis Gonzalez Lima. Análise do regramento do dano extrapatrimonial na legislação trabalhista. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 22, n. 5269, 4 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61931/analise-do-regramento-do-dano-extrapatrimonial-na-legislacao-trabalhista>. Acesso em: 20 ago. 2020.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional – De acordo com a reforma trabalhista Lei n. 13.467/17*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2019.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017, modificada pela MP n. 808, de 14 de novembro de 2017. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, MG, n. especial, p. 333-368, nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS . *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano extrapatrimonial na Lei n. 13.467/2017, da Reforma Trabalhista. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 7, n. 62, p. 62-69, set./out. 2017.

Recebido/Received: 05.02.2021.

Aprovado/Approved: 25.04.2021.

A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR ASSÉDIO MORAL NOS AMBIENTES SOCIAIS E VIRTUAIS

THE RIGHTS VIOLATION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS BY PSYCHOLOGICAL HARASSMENT IN SOCIAL AND VIRTUAL ENVIRONMENTS

ANDRÉ VIANA CUSTÓDIO¹

JOHANA CABRAL²

RESUMO

O presente artigo realiza um estudo da violação de direitos de crianças e adolescentes por assédio moral nos ambientes sociais e virtuais. Tem por objetivo geral, analisar o enfrentamento das práticas de intimidação sistemática, nos ambientes sociais e virtuais, à luz da teoria da proteção integral. Os objetivos específicos são: contextualizar a violação de direitos de crianças e adolescentes por assédio moral nos ambientes sociais e virtuais, diferenciando o *bullying* do *cyberbullying*; verificar o tratamento jurídico da matéria, a partir da Lei nº 13.185/2015 e do Programa de Combate à Intimidação Sistemática; e demonstrar o enfrentamento das práticas de intimidação sistemáticas, à luz do princípio da proteção integral, identificando ações de prevenção à ocorrência das referidas práticas. O problema de pesquisa foi o seguinte: Como se dá o enfrentamento, no Brasil, à prática de intimidação sistemática, para a realização da proteção integral de crianças e adolescentes? Partiu-se da hipótese de que o enfrentamento à prática de intimidação sistemática, requer, à luz da teoria da proteção integral, medidas que vão além da identificação e/ou responsabilização do autor da violência, demandando ações preventivas e de sensibilização, por parte dos atores do Sistema de Garantias de Direitos, bem como, a atuação por meio de políticas públicas, visando a diminuição dos índices de violência e a promoção efetiva da proteção integral. O método de abordagem foi o dedutivo e o de procedimento, o monográfico, utilizando-se as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Dentre os principais resul-

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com Pós-doutorado pela Universidade de Sevilha/Espanha, Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul, Líder do Grupo Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens da UNISC, Consultor em Políticas Públicas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7166046428154967>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-2618-0156>.

2 Doutoranda no Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa Prosuc Capes Modalidade I. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/UNESC). Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Especialista em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas pela UNESCO. Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante-voluntária nos projetos de extensão: Programa de Ensino-Aprendizagem Português como Língua de Acolhimento e Escola de Migrantes, da UNESCO. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3804436873098063>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-5609-6898>.

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

CUSTÓDIO, André Viana; CABRAL, Johana. A violação de direitos de crianças e adolescentes por assédio moral nos ambientes sociais e virtuais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 52-76, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8190>.

tados alcançados, obteve-se a confirmação da hipótese, além da identificação da importância de algumas ações, como a realização de um diagnóstico preciso da violência, a gestão da prevenção a partir das causas identificadas, a realização da prevenção desde a educação infantil, a abordagem intersectorial, bem como a escuta e consideração às falas das crianças e dos adolescentes ao longo de todo o processo de enfrentamento à intimidação sistemática.

Palavras-chave: direitos humanos; criança; adolescente; assédio moral; ambiente virtual.

ABSTRACT

This article presents a study of the rights violation of the children and adolescents by psychological harassment in social and virtual environments. The main objective is to analyze the confrontation of the practice of systematic intimidation according to the theory of the integral protection. The specific objectives are: contextualizing the rights violation of children and adolescents by psychological harassment in social and virtual environments, considering both bullying and cyberbullying; verifying the legal treatment of the subject since the adoption of Law n. 13.185/2015 and the beginning of the Systematic Intimidation Prevention Program; and demonstrating the confrontation of systematic intimidation practices in the light of the principle of the integral protection, by identifying actions of prevention to the occurrence of such practices. The research problem was: How the practices of systematic intimidation are confronted in Brazil in order to implement the integral protection of children and adolescents?. The main hypothesis was that the confrontation of systematic intimidation practices, demand, according to theory of integral protection, procedures such as, besides identification and/or criminal liability of the authors of violence, preventive and awareness-raising measures by the actors of the System of Rights Assurance as well as public policies aiming at diminishing violence rates and promoting the effective integral protection. The approach used was the deductive method, and the procedure was monographic, with the use of bibliographic and documental research techniques. The main results achieved have suggested the confirmation of the hypothesis, besides the identification of the importance of some actions such as the implementation of a precise diagnosis of criminal violence, prevention by identification of causes, by children education, the inter sector approach, as well as attention to the voices of children and adolescents throughout the process of confrontation of systematic intimidation.

Keywords: human rights; child; adolescent; bullying; virtual environment.

1. INTRODUÇÃO

As normas de proteção aos direitos da criança e do adolescente buscam, essencialmente, garantir a proteção integral às crianças e aos adolescentes no Brasil. De acordo com a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 que aprovou o Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e devem, consoante o disposto do artigo 3º, *caput*, ter asseguradas todas as oportunidades e facilidades que lhes possibilitem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. O ECA dispõe, ainda, no artigo 5º, que nenhuma criança ou adolescente pode sofrer qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão, e estabelece a punição (na forma da lei), para qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Embora recebam proteção especializada, crianças e adolescentes são vítimas, no Brasil, das mais variadas formas de violências: violência estrutural, física, sexual, psicológica, urbana, institucional, moral, dentre outras. Por vezes, essas violências acontecem no âmbito escolar e, mais recentemente, ocorrem também no chamado ciberespaço.

Considerando o assédio moral, é possível inferir que, com a globalização e o incremento da utilização das redes sociais, as ações de intimidação que, até então, limitavam-se ao ambiente escolar ou aos espaços comunitários onde a criança e o adolescente socializam, agora ganha outra dimensão, que é o espaço virtual, das tecnologias digitais: mídias sociais, celular, jogos *online*, etc.

Assim, o assédio moral contra crianças e adolescentes se verifica tanto nos ambientes sociais quanto nos virtuais. Pesquisa realizada pelas Nações Unidas em 2016, com mais de cem mil crianças e jovens em todo o mundo mostrou que dois terços deles (portanto, mais da metade) já havia sofrido algum tipo de *bullying*, relacionado à aparência física, orientação sexual, gênero, etnia ou país de origem. Já outra pesquisa, desta vez mais recente, efetuada em junho de 2019 pelo UNICEF e seus parceiros, a partir do U-Report (uma ferramenta gratuita de mensagens sociais), contemplando a resposta de mais de 170 mil participantes em 30 países, revelou que mais de um terço dos jovens dos 30 países relataram ser vítimas do *cyberbullying*. De acordo com a pesquisa, um em cada três jovens foram vítimas de *bullying online* e um em cada cinco jovens saíram da escola em razão do *cyberbullying* e da violência.

O assédio moral, nas formas sociais ou virtuais, representa uma violência, a qual, por sua vez, corresponde à uma violação de direito. A vida da criança ou do adolescente será impactada pela intimidação sofrida.

O expressivo número de casos de intimidação sistemática no Brasil motivou, portanto, a delimitação do presente tema. O objetivo geral da pesquisa foi o de analisar o enfrentamento das práticas de intimidação sistemática, nos ambientes sociais e virtuais, à luz da teoria da proteção integral. Além deste objetivo, o trabalho objetivou também: contextualizar a violação de direitos de crianças e adolescentes por assédio moral nos ambientes sociais e virtuais, diferenciando o *bullying* e o *cyberbullying*; verificar o tratamento jurídico da matéria a partir da Lei nº 13.185/2015 e do Programa de Combate à Intimidação Sistemática; e demonstrar o enfrentamento das práticas de intimidação sistemáticas, à luz da teoria da proteção integral, identificando ações de prevenção à ocorrência das referidas práticas.

Esta pesquisa buscou responder ao seguinte problema: como se dá o enfrentamento, no Brasil, à prática de intimidação sistemática, para a realização da proteção integral de crianças e adolescentes?

Partiu-se da hipótese de que o enfrentamento das práticas de intimidação sistemática, consubstanciadas pelo assédio moral nos ambientes sociais e virtuais, em especial *bullying* e *cyberbullying* respectivamente, demanda, à luz da teoria da proteção integral, medidas que vão além da identificação e responsabilização do autor da violência. Por isso, requer ações preventivas e de sensibilização, por parte dos atores do Sistema de Garantias de Direitos, bem como a atuação, por meio de políticas públicas, visando a diminuição dos índices de violência e a promoção efetiva da proteção integral.

A abordagem teórica do presente tema se justifica, uma vez que a prática de intimidação sistemática afeta a criança e/ou o adolescente de formas física e psicológica. De igual modo, o tema possui relevância social, pois, assim como a violência ocorre no meio social e gera diversas consequências à criança e ao adolescente, a sua solução perpassa também por uma prevenção e por medidas que devem ser de conhecimento de toda a sociedade, eis que integrante da tríplice responsabilidade compartilhada. Além do mais, o trabalho apresenta

sua importância acadêmica, na medida em que contribui com a temática, promovendo novas reflexões e estudos para a abordagem do tema, tendo por base a promoção dos direitos de crianças e adolescentes.

Para a realização da pesquisa, foram utilizados o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico. No que tange às técnicas de pesquisa, foram utilizadas a bibliográfica e documental.

Os principais resultados alcançados, foram os de que o enfrentamento às práticas de intimidação sistemática, no Brasil, ocorre a partir da ação governamental, não-governamental, dos estabelecimentos de ensino, das associações civis e dos órgãos internacionais de proteção, bem como de que é preciso, visando à efetivação da proteção integral, o diagnóstico detalhado da violência e, essencialmente, a gestão da prevenção a partir das causas identificadas.

2. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR ASSÉDIO MORAL NOS AMBIENTES SOCIAIS E VIRTUAIS

Para analisar a violação aos direitos de crianças e adolescentes por assédio moral nos ambientes sociais e virtuais, é preciso primeiro formular o conceito, a delimitação das ações de intimidação sistemáticas, diferenciando o *bullying* do *cyberbullying*. De plano, a compreensão inicial que se precisa fazer é que a ação de intimidação sistemática, em qualquer modalidade, corresponde à uma violência. Trata-se de um ato não tolerado, que precisa ser desestimulado socialmente. Outra reflexão inicial que cabe nesse primeiro momento, feita oportunamente por Antunes (2008, p. 14), é a de que “nomear algo não é controlar esse algo”. Portanto, a ação aqui pretendida vai muito além da conceituação, caracterização ou diferenciação entre os institutos: busca o enfrentamento da questão de forma preventiva e ampla.

O assédio moral contra crianças e adolescentes, refletido aqui nas ações de intimidações sistemáticas, pode se dar em qualquer lugar: na rua, na família, no condomínio, na escola, nas redes virtuais. Onde houver pessoas se relacionando, existe a possibilidade de sua ocorrência. O *bullying* escolar, por exemplo, remonta ao surgimento da própria escola. Contudo, só passou a ser pesquisado a partir de 1970, com o pioneirismo do sueco Dan Olweus (SANTANA, 2013).

No Brasil, os estudos sobre a violência escolar remontam aos anos de 1980, inicialmente focando as depredações nas escolas, para então inclinar-se ao âmbito das relações interpessoais, com a análise das agressões verbais, físicas ou de ameaças. Discussões sobre o *bullying* foram introduzidas, então, a partir do final do século XX e início do século XXI (ANTUNES, 2008).

A palavra *bullying*, da língua inglesa, é derivada do substantivo *bully*, que significa, nesse contexto, agressor, e do verbo *to bully*, que significa maltratar alguém, principalmente quem é mais fraco. Em português, a palavra que mais se aproxima dessas é o verbo “bulir”, que significa aborrecer, incomodar. Portanto, por não haver uma tradução precisa, usa-se o termo *bullying* no Brasil, bem como em quase todos os outros países preocupados com esse tipo de violência. (SANTANA, 2013, p. 15)

Buscando a conceituação do *bullying* em seu pesquisador precursor, Dan Olweus, tem-se que ele consiste em um comportamento agressivo, com algumas características especiais: uma relação de poder assimétrica e alguma repetitividade. Em sua maioria, o *bullying* ocorre sem provocação aparente por parte da criança ou do adolescente visados (OLWEUS, 2013). A definição do autor, portanto, é baseada em três aspectos ou critérios essenciais: a intenção de prejudicar, a repetitividade e o desequilíbrio de poder (THORNBERG; HUNTER; HONG; RÖNNBERG, 2020).

Diversos outros pesquisadores propõem definições assemelhadas. Para Santana (2013, p. 14), *bullying* “[...] é um conjunto de ações presenciais, agressivas, intencionais e repetitivas praticadas por uma ou mais pessoas contra alguém, sem motivação aparente, causando-lhe sofrimento.” Já Fante (2005, p. 28-29), o define como “[...] um conjunto de atitudes agressivas, intencionais e repetitivas que ocorrem sem motivação evidente, adotado por um ou mais alunos contra outro(s), causando dor, angústia e sofrimento.” O *bullying* é concebido, ainda, como “[...] uma atitude violenta, sádica e eletiva, determinada pelo preconceito dos agressores.” (WASCHECK, 2016, p. 9).

A partir das definições dos autores acima mencionados, portanto, pode-se considerar que o *bullying* compreende ações. A prática de um *bullying* requer que se faça algo. Essas ações são intencionais. Ou seja, não há *bullying* sem querer ou por descuido: o agressor está decidido a praticá-lo. Ainda, tem-se que a ação, ou as ações, requerem uma constância: são repetitivas. Outra característica importante é que o *bullying* se dá em uma desigualdade de poder. Há uma assimetria de poder entre quem pratica e quem é intimidado, de modo que o aluno que é exposto às ações tem dificuldade em se defender. Por fim, importa que se tenha sempre presente que as ações de *bullying* visam prejudicar alguém, causar-lhe sofrimento.

Visto o conceito do *bullying*, importante saber identificar as ações que não se enquadram no instituto. Isso porque é próprio das crianças e dos adolescentes, situações pontuais de estresse ou desentendimentos, os quais fazem parte do processo de desenvolvimento de qualquer ser humano. Nesse sentido, “[...] não é *bullying*, como também não o são: ato de violência pontual, brigas ocasionais, brincadeiras de mau gosto, brincadeiras próprias da idade, brincadeiras sem intenção de magoar, insulto ocasional e troca de ofensas no calor de uma discussão.” (SANTANA, 2013, p. 12). De igual modo, não configura *bullying* quando a provocação é feita de forma amigável e divertida, ou quando dois estudantes, com a mesma força ou poder, brigam ou discutem (OLWEUS, 2013).

As ações repetitivas que configuram o *bullying* são: dizer coisas maldosas e ofensivas sobre a pessoa; tirar sarro; chamar a pessoa de nomes maldosos e ofensivos; ignorar ou excluir completamente a pessoa do seu grupo de amigos; deixá-la fora, propositalmente, dos eventos; empurrar; bater; chutar; tranca-la dentro de uma sala; contar mentiras ou espalhar falsos boatos sobre a pessoa; tentar fazer os outros colegas e/ou alunos não gostarem dele/dela, dentre outros (OLWEUS, 2013).

O *bullying* revela um comportamento cruel, em que os mais fortes tornam os mais fracos em objetos de sua diversão e prazer. Perseguições, humilhações, rejeição, apelidos pejorativos e ameaças são ações constantes. Tais comportamentos podem, portanto, ocorrer de duas formas: direta, que inclui as agressões físicas e verbais; e indireta, possivelmente a pior dentre as duas formas (em razão da possibilidade de criar traumas irreversíveis para a pessoa

intimidada), que consiste na disseminação de rumores, com o intuito de promover a discriminação e exclusão social da vítima (FANTE, 2005).

Boa parte dos pesquisadores argumentam serem três os sujeitos envolvidos no *bullying*: o agressor, a vítima e o espectador (FANTE, 2005; SANTANA, 2013; WASCHECK, 2016). Considerando o *bullying* escolar, o espectador é o aluno que presencia a ação, mas não a sofre e nem a pratica. Representa a grande maioria dos alunos que convive com o problema e teme ser o próximo alvo do agressor (FANTE, 2005). Há quatro tipos de espectadores: o espectador passivo, o qual se silencia diante do ato de agressão, ainda que não concorde com as ações dos agressores; o espectador neutro, que sofre certa “anestesia” emocional, como se nada sentisse; o espectador ativo, que incentiva o agressor por meio de risadas ou gritos, mas não se envolve diretamente na ação; e, por fim, o espectador agente, que se dispõe a tomar uma atitude em prol do fim do *bullying*. Este último, é o espectador que se sente incomodado com a ação e sai de sua posição estática para repreender o agressor, orientar a vítima a promover a denúncia ou realizar, anônima ou nominalmente, a denúncia da situação presenciada (SANTANA, 2013).

Antunes (2008) pontua que a delimitação do comportamento de *bullying* não pode ser tida como natural ou imutável, como se fosse uma fórmula exata, com variáveis congeladas e distantes, próprias de uma ciência que visa a neutralidade. É preciso, segundo a autora, fazer um exercício crítico, para desconstruir tal configuração enquanto um dado pronto e acabado, com uma fundamentação a-histórica e um conceito “independentizado”. Um conceito nesses modos, faz parte de uma ciência instrumentalizada, que se presta à manutenção de uma ordem social desigual.

Deve-se pensar até que ponto a classificação possibilitada pela adoção desta tipologia da violência não mascara os processos sociais inerentes aos comportamentos classificados como *bullying* ou, mesmo admitindo a existência de tais processos, os trata como naturais. Este é um passo fundamental que uma ciência deve dar se o seu objetivo é de fato contribuir para o desenvolvimento da humanidade e não para a adaptação dos indivíduos a uma ordem social desigual como a existente. (ANTUNES, 2008, p. 40)

A autora convida a pensar o conceito de *bullying*, à luz da crítica à razão instrumental. Assim, não basta mais apenas quantificar a ocorrência dos comportamentos, ou vinculá-los aos fatores sociais, ideológicos, culturais ou individuais presentes na realidade social. A crítica à razão instrumental demanda que tais comportamentos sejam problematizados e questionados, pensados para além da configuração ou intenção classificatória.

Feita a conceituação do *bullying*, cabe agora delimitar o *cyberbullying* que, de maneira geral, é o *bullying* realizado por meio das tecnologias digitais.

As novas tecnologias, de acesso a um número cada vez maior de pessoas, mostram que as relações digitais vêm modificando as dinâmicas sociais na atualidade. As pessoas estão conectadas umas às outras, sendo uma característica marcante dessa nova era tecnológica, a hipervisibilidade, ou seja, a exposição constante e voluntária de atos e fatos da vida cotidiana (FERREIRA; DESLANDES, 2018). No entanto, para além das facilidades e sociabilidades que foram possíveis com as novas tecnologias, o mundo virtual também se revelou um espaço para a prática de crimes e de atos de intimidação sistemática e, do mesmo modo, um espaço para a violação dos direitos de crianças e adolescentes.

O *cyberbullying* consiste, então, na agressão perpetrada através das tecnologias digitais (*online* ou móveis), contra crianças e adolescentes. Assim como no *bullying*, no *cyberbullying* o agressor age com a intenção de machucar, causar danos ao seu alvo. Outra característica semelhante é que o *cyberbullying* ocorre em locais pouco monitorados por adultos: mensagens de textos de um telefone celular pessoal, por meio dos jogos *online* ou mesmo em sites de redes sociais. O acesso às tecnologias digitais permite a obtenção de muitas informações, mas torna as crianças e os adolescentes vulneráveis aos assédios *online* (LIVINGSTONE; STOILOVA; KELLY, 2016; NEVES, 2015).

No *cyberbullying*, o agressor pode operar por meio do uso da escrita ou da imagem. A escrita, muito recorrente pelo uso das mensagens de texto e e-mail, pode visar a divulgação de fofocas, rumores maliciosos, mentiras a respeito do intimidado, difamação ou notícias falsas. O agressor pode, inclusive, se passar pela vítima, postando mensagens ofensivas em seu nome. Já no uso da imagem, visa o constrangimento visual do alvo, por meio de fotos constrangedoras, montagens ou postagem de vídeos (SANTANA, 2013).

Verifica-se, portanto, que *bullying* e *cyberbullying* andam lado a lado. Contudo, há uma diferença fundamental: o *cyberbullying* deixa um rastro digital. Além dessa diferença, algumas outras são apontadas pelos autores: enquanto o *bullying* demanda a co-localização do agressor e da vítima, o *cyberbullying* não precisa ser presencial, o que contribui para o incremento no número de registros nessa modalidade de agressão. O *cyberbullying* acaba por encorajar aquelas pessoas que não teriam a mesma bravura face a face. Ou seja, o *cyberbullying* confere o ilusório manto do anonimato (LIVINGSTONE; STOILOVA; KELLY, 2016).

Outra questão pontual do assédio *online* é que ele pode ocorrer o tempo todo e atingir o alvo a qualquer momento. No *cyberbullying*, a violência chega a lugares privados e até então seguros para a vítima, como a própria casa.

No ambiente escolar, por exemplo, as ofensas têm começo, meio e fim. A vítima sabe que a agressão se perpetua em um local e horário específico. Quando estas ocorrem por meio da Internet ou são disponibilizadas virtualmente, a acessibilidade é ilimitada.

As vítimas são perseguidas como que por um “fantasma”, o qual chega sem previsão para ir embora, causando muito sofrimento também para familiares e pessoas próximas. (NEVES, 2015, p. 31)

Por ganhar uma dimensão ilimitada, é que se tem a última diferenciação entre o *bullying* e o *cyberbullying*: no *cyberbullying* basta uma única ação. Não há necessidade da presença da repetitividade da ação. Não é preciso constância da agressão. Portanto, basta uma postagem ou a publicação de um único vídeo para que a agressão esteja configurada. As mensagens são fácil e amplamente compartilhadas e visualizadas, de modo a multiplicar o número de espectadores. Na Internet, perde-se o controle do que foi veiculado. Os materiais se espalham de forma mais rápida, atingindo um público maior e acentuando o sofrimento da vítima (NEVES, 2015; LIVINGSTONE; STOILOVA; KELLY, 2016).

A violência é um mal que precisa ser compreendido a partir de um olhar multifatorial (MATA DIZ; PENIDO MARTINS, 2017). Muitas são as causas que estão por trás das práticas de *bullying*. Como mencionado anteriormente, muitas vezes o aluno se converte em agressor em razão do medo de se transformar no próximo alvo da intimidação, como uma estratégia de defesa. Ou pelo desejo de atingir certa popularidade entre os pares. Os estudiosos

elencam, também, outras causas, como: carência afetiva, ausência de limites ou excesso de controle e poder dos pais sobre os filhos. Maus-tratos físicos e explosões emocionais violentas sofridos em razão das “práticas educativas” dos pais, podem gerar na criança ou no adolescente a necessidade de reproduzi-los contra os outros, sempre que se depararem com uma insegurança pessoal, buscando, através da prática do *bullying*, o reconhecimento social ou a autoafirmação (FANTE, 2005). Além destas, são citados: as mudanças e desigualdades sociais; o fácil acesso às ferramentas dos meios de comunicação; a exposição a cenas de violências apresentadas em programas de televisão; o apelo ao consumismo; a intolerância religiosa, étnica e racial; a homofobia; a agressividade socialmente aprendida; a alta competitividade nos mais variados setores da vida humana; a ausência de exemplos positivos e de modelos educativos humanistas (SANTANA, 2013; FANTE, 2005; ANTUNES, 2008).

É preciso compreender a violência como fenômeno social, identificando os elementos culturais que produzem uma sociedade propensa à barbárie. Há que se destacar as exigências culturais que são impostas para que o sujeito seja aceito socialmente, o que faz com que a violência não seja apenas instintiva, mas cultural. A contextualização sócio-histórica da violência permite a compreensão do *bullying* escolar. Embora a característica mais latente do *bullying* seja a violência (física, psicológica ou moral), o ato caracteriza-se como um tipo de “violência traumática”, que retira da vítima a capacidade de absorver toda a dor e angústia sentidas. Além disso, considerando a assimetria de forças, o *bullying* revela o sadismo seletivo daquele que o pratica. Ou seja, o agressor seleciona racionalmente o seu alvo. Por fim, na base das ações de *bullying* está o preconceito (WASCHECK, 2016). Preconceito, discriminação e estigmatização são palavras próximas, que revelam a repulsa pelo diferente. Não é por outro motivo que, frequentemente, o alvo do agressor possui alguma característica que o diferencie dos demais: muito alto, muito baixo, gordo, magro, inteligente demais, tímido demais, com problemas de visão, alguma limitação física, ou então, por não se enquadrar no “padrão” social, seja pela etnia, herança cultural, orientação sexual ou opção religiosa (FELIZARDO, 2017).

Há dois possíveis impactos sobre as pessoas assim estigmatizadas por aqueles que lhes atribuem, com consentimento público, o estigma. O primeiro é um golpe doloroso sobre o autorrespeito da pessoa estigmatizada (ou que compartilha a suposta falha genérica de um grupo), resultando nas agonias da humilhação e da vergonha; o que leva, por seu turno, a uma autodepreciação e a um autodesprezo insuportáveis, e – se o estigmatizado aceita o veredicto da “sociedade mais ampla” – termina na depressão e muitas vezes na impotência. (BAUMAN, 2017, p. 44-45)

As ações de intimidação sistemáticas violam a integridade e a dignidade das crianças e dos adolescentes. São ações que lhes afetam nos diferentes estágios de desenvolvimento, com implicações não só nos âmbitos da saúde e do bem-estar emocional, mas também escolar. Como consequências de tais violências, os autores apontam: depressão, falta de apetite, fadiga, dores no estômago e de cabeça, distúrbios do sono, mal humor, sentimentos de raiva, sudorese, enurese noturna, pesadelos, tristeza, medo, impotência, baixa autoestima, ansiedade, vergonha e, nas situações mais graves, pensamentos suicidas, suicídio ou até homicídio. São cicatrizes emocionais, psicológicas, que podem acompanhar a criança ou o adolescente até a fase adulta (NOTAR; PADGETT; RODEN, 2013; PAIS, 2016; FELIZARDO, 2017). “A especificidade do *bullying* está em seu poder de causar traumas ao psiquismo de suas vítimas, destruindo sua autoestima, sua saúde física e mental, fatores que dificultam ainda mais uma defesa.” (NEVES, 2016, p. 34)

Trata-se, portanto, de um complexo problema de saúde pública, o qual viola fortemente os direitos das crianças e dos adolescentes, a demandar proteção jurídica, política, bem como o apoio da sociedade, da família, do Sistema de Garantias de Direitos, para que sejam possíveis a rápida e adequada gestão desta forma de violência. Para a extinção das práticas de intimidação sistemáticas, é preciso promover uma modificação cultural, social, visto que “[o] comportamento violento dos alunos reproduz a barbárie da sociedade, a falência da autoridade e a desumanização do princípio civilizatório.” (WASCHECK, 2016, p. 36-37).

3. A REGULAÇÃO DO PROGRAMA DE COMBATE À INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA

A análise dos índices de intimidação sistemática contra crianças e adolescentes no Brasil (assédio moral, comumente conceituado de *bullying* e *cyberbullying*), demonstra que a temática ainda é fragilmente diagnosticada no país. São tidos por amostragem, em tempos espaçados, a partir de pesquisas fragmentadas, feitas por iniciativas de organismos internacionais, órgãos governamentais, bem como por pesquisadores independentes que se dedicam, individualmente, ao estudo da vivência escolar e das formas de violências contra crianças e adolescentes. Assim, cabe apresentar, primeiramente, a pesquisa realizada pelo Programa de Prevenção de Violência nas Escolas, da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO), o qual promoveu, em 2015, um trabalho de campo de 8 meses, em um conjunto de escolas, estaduais e municipais, nas capitais: Belém, Fortaleza, Maceió, São Luiz, Belo Horizonte, Vitória e Salvador, intitulado “Diagnóstico participativo das violências nas escolas: falam os jovens”.

A pesquisa contemplou 6.500 alunos, na faixa dos 12 aos 29 anos, de um total de 129 escolas das sete capitais mencionadas e, a partir da percepção dos próprios adolescentes sobre as violências e violações que acontecem em suas escolas, apontou que 69,7% dos alunos considera que já ocorreu algum tipo de violência em sua escola, nos doze meses anteriores à pesquisa. Ao analisar as ocorrências nas escolas, apontadas pelos entrevistados, verifica-se que o *cyberbullying* responde por 7,8% do total das situações (ABRAMOVAY; CASTRO; SILVA; CERQUEIRA, 2016). Consideradas as ocorrências mais expressivas, tem-se a seguinte tabela :

Distribuição das ocorrências	(%)
Brigas	15,1
Xingamentos	14,4
Pichação	11,0
Roubos/furtos	10,1
Ameaças	7,8
Cyberbullying (zoar, ameaçar ou xingar pela internet)	7,8
Discriminação	6,5

Fonte: ABRAMOVAY; CASTRO; SILVA; CERQUEIRA, 2016.

Além disso, a pesquisa revela que 42% dos entrevistados alegou já ter sido agredido na escola e 27,4% revelou ter sofrido algum tipo de discriminação (ABRAMOVAY; CASTRO; SILVA; CERQUEIRA, 2016). Portanto, do levantamento feito pela FLACSO, depreende-se que o ambiente escolar representa um local de violências para as crianças e os adolescentes. Não obstante o expressivo indicativo de *cyberbullying*, ocorrências como: brigas, xingamentos, ameaças e discriminação, podem revelar situações de intimidação sistemática na escola. Nessa pesquisa não houve, exatamente, a categorização do termo *bullying*, mas é provável que muitas dessas violências tenham ocorrido em um contexto de intimidação sistemática: com frequência, em uma relação desigual de poder e causando grande sofrimento àquela ou àquele que sofreram a ação.

Na análise das ações discriminatórias, foram identificados como tipos de discriminação (os quais representam, na verdade, os motivos da discriminação), os seguintes :

Tipos de discriminação sofrida	(%)
Pelo lugar onde mora	19,2
Por outro motivo	18,1
Por sua cor ou raça	17,9
Por sua religião	17,3
Por sua classe social	7,3
Por sua orientação sexual	6,0
Por deficiência física	5,6
Por sua preferência política	4,2
Por ser homem/mulher	4,1

Fonte: ABRAMOVAY; CASTRO; SILVA; CERQUEIRA, 2016.

Na base dos atos de discriminação ocorridos nestas escolas que integraram a pesquisa, estão, essencialmente, os marcadores de classe, raça, religião e orientação sexual. A pesquisa da FLACSO indica, ainda, que 15,0% dos adolescentes entrevistados afirmaram ter cometido algum tipo de violência em sua escola, nos últimos doze meses (ABRAMOVAY; CASTRO; SILVA; CERQUEIRA, 2016). Trata-se, portanto, de um importante indicativo das violências nos espaços escolares, dentre as quais está o *cyberbullying*. Tais dados apontam, também, as temáticas que deverão ser contempladas pelas políticas e ações de prevenção, nos processos de planejamento e execução das medidas contra o *bullying* e o *cyberbullying*.

Outro dado relevante é encontrado no relatório Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar - PENSE, realizado também no ano de 2015, através de convênio formalizado entre o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE e o Ministério da Saúde, juntamente com o apoio do Ministério da Educação. A pesquisa avalia a situação de saúde dos adolescentes na escola, contemplando variadas temáticas, como: contexto familiar, hábitos alimentares, saúde sexual e reprodutiva, violência, utilização dos serviços de saúde, dentre outros. O PENSE 2015, terceira edição da pesquisa, foi feito a partir de dois planos amostrais: um com escolares do 9º ano do ensino fundamental (Amostra 1 – configuração etária já adotada nas pesquisas anteriores) e outro, com estudantes de 13 a 17 anos, frequentando as etapas de ensino de

interesse, mais especificamente, do 6º ao 9º ano do ensino fundamental e da 1ª à 3ª série do ensino médio, correspondendo à Amostra 2 – a qual se enquadra nos indicadores da *Global School-based Student Health Survey* – GSHS, realizado pela Organização Mundial da Saúde.

Assim, o relatório PENSE 2015, o qual contempla alunos de escolas brasileiras, públicas e privadas, de zonas urbanas e rurais de todo o território nacional, apresenta a análise, somando as duas amostras, de 112.998 questionários, aplicados em um total de 4.812 turmas, no ano letivo de 2015. Com um erro amostral aproximado em 3% e nível de confiança em 95%, cada, as amostras apontam, quanto às violências sofridas nos âmbitos familiar e escolar, que as ações de *bullying* fazem parte da rotina escolar (IBGE, 2016).

Quando questionados sobre a frequência com que os colegas da escola os trataram bem ou foram prestativos, considerando os 30 dias que antecederam à pesquisa, 61,9% dos alunos participantes responderam que sim, foram bem-tratados pelos colegas. Em seguida, indagados quanto à frequência com que os colegas da escola esculacharam, intimidaram, zoaram ou caçoaram ao ponto de ficar magoado, aborrecido, incomodado, ofendido ou mesmo humilhado, nos 30 dias anteriores à pesquisa, 7,4% dos alunos responderam afirmativamente. Ou seja, quase 8% dos estudantes sentiram-se humilhados pelas provocações recebidas. Este percentual é aproximado, se for considerada a categoria gênero: 7,6% dos meninos se sentiram ofendidos, ao passo que 7,2% das meninas se incomodaram com os atos dos colegas. Contudo, ao analisar a ocorrência da prática, nas escolas públicas e privadas, verifica-se que as ações de intimidação sistemáticas atingem mais os alunos de escolas públicas, 7,6%, enquanto nas escolas particulares, corresponde a 6,5%. Analisadas as regiões objeto da pesquisa, a Região Sudeste e o Estado de São Paulo apresentaram o maior percentual de alunos que afirmaram sofrer constrangimento ou humilhação, sendo 8,3% e 9,0%, respectivamente (IBGE, 2016).

Por sua vez, quando questionados se já haviam esculachado, zombado, mangado, intimidado ou caçoado seus colegas, nos 30 dias que antecederam a pesquisa, 19,8% dos alunos responderam que sim. O relatório ainda destaca que os principais motivos das provocações sofridas são a aparência do corpo (15,6%) e a aparência do rosto (10,9%), motivos que reforçam os estigmas e preconceitos presentes nos mais variados contextos sociais (IBGE, 2016).

A quarta edição do PENSE, realizada em 2019, trará uma amostragem única. Foi feita com aproximadamente 188.000 estudantes, de 13 a 17 anos, em 4.361 escolas, pertencentes a 1.288 municípios brasileiros, conforme consta no site do Ministério da Saúde (BRASIL, 2019a). Será uma forma importante de avaliar a situação recente do *bullying* nas escolas brasileiras, bem como de comparar com os índices da pesquisa realizada em 2015. Contudo, a pesquisa de 2019 ainda não foi publicada.

Outra pesquisa, agora realizada na cidade de São Paulo, no ano de 2017, deu-se a partir do Projeto São Paulo para o Desenvolvimento Social de Crianças e Adolescentes (SP-PROSO), coordenado por Maria Fernanda Tourinho Peres e Manuel Eisner, o qual contou com o apoio e a parceria de variadas instituições e pessoas, a exemplo da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, da Secretaria Municipal de Educação da Prefeitura do município de São Paulo, do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP), do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSO), da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FM-USP), do Instituto de Criminologia da Universidade de Cambridge (Reino Unido), da *British Academy/Newton Foundation* e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

A pesquisa partiu de uma amostra de 2.702 alunos do 9º ano do ensino fundamental II, de 119 escolas, públicas e particulares, da capital paulista e aponta, no relatório “Violência, *bullying* e repercussões na saúde: resultados do Projeto São Paulo para o desenvolvimento social de crianças e adolescentes (SP-PROSO)”, que 28,7% dos adolescentes entrevistados, dos sexos masculino e feminino, relataram ter sofrido *bullying* em 2017 (PERES; EISNER, 2018). As ações sofridas foram :

Bullying sofrido pelos adolescentes	(%)
Riram/tiraram sarro/ofenderam	17,5
Pegaram/destruíram/esconderam objetos	11,5
Ignoraram/excluíram	9,7
Assediaram sexualmente	6
Bateram/morderam/chutaram/puxaram cabelo	3,7

Fonte: PERES; EISNER, 2018.

Verifica-se que a gozação, ofensa, destruição de objetos pessoais atingem os alunos das escolas objeto da pesquisa. Quanto à perpetração autorreferida, a pesquisa aponta que 15,3% assumiu ter cometido *bullying* com os colegas. Analisados os marcadores sociais da cor da pele, orientação sexual, peso corporal e deficiência, verificou-se a prevalência de vitimização entre adolescentes que se declararam não heterossexuais e os que alegaram viver com algum tipo de deficiência. O relatório demonstra, ainda, que a perpetração de *bullying* e violência foi maior entre os adolescentes que relataram realizar o consumo de drogas, e que tanto os adolescentes que sofreram, quanto os que perpetraram violência severa nos últimos 12 meses, apontaram piora em sua saúde. Essencialmente, o documento revela: que os casos de *bullying* e violência entre adolescentes nas escolas não são eventos raros; que eles resultam de causas claramente identificáveis; e que podem ser evitados (PERES; EISNER, 2018).

Por fim, o dado mais recente é o apresentado pelo Programa Internacional de Avaliação de Estudantes 2018, em inglês, *The Programme for International Student Assessment – PISA*, o qual conta com a colaboração e o esforço dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, em inglês, *Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD*, além de especialistas e instituições internacionais. O PISA tornou-se o principal indicador, no mundo, da qualidade, equidade e eficiência nos resultados relativos à aprendizagem nos países, possibilitando a reforma na educação, bem como a elaboração de políticas públicas de educação. Em 2018, aproximadamente 600.000 estudantes realizaram a avaliação, representando cerca de 32 milhões de adolescentes, na faixa dos 15 anos, nas escolas dos 79 países e economias participantes do OCDE (SCHLEICHER, 2019; OECD, 2019).

O relatório PISA 2018 apontou que os alunos apreciam um ambiente escolar em que o assédio moral não existe, em que eles não se sentem deslocados, bem como onde é possível o estabelecimento de relações genuínas e respeitadas com os professores. Quanto ao *bullying*, o documento indica o aumento em cerca de quatro pontos percentuais, desde 2015, na parcela de estudantes que relataram serem frequentemente intimidados. Ou seja, nos países integrantes da pesquisa, mais de um, a cada cinco alunos, afirmou ter sofrido *bullying* na

escola, pelo menos algumas vezes por mês, no ano de 2018, o que representa 23% dos participantes. Esse aumento, no Brasil, foi de dez pontos percentuais, o que corresponde a mais que o dobro, em comparação com a média geral dos demais países, revelando que o ambiente escolar brasileiro apresenta maior suscetibilidade às práticas de *bullying*. A pesquisa aponta, ainda, que 8% dos estudantes foram classificados como frequentemente intimidados, e que os *bullyings* verbal e relacional, foram os mais frequentes. Um dado positivo foi o de que 90% dos estudantes concordaram que gostam quando alguém defende outros estudantes que estão sendo intimidados (SCHLEICHER, 2019; OECD, 2019).

Feito um panorama geral dos principais índices de intimidação sistemáticas no Brasil, cumpre, agora, analisar o Programa de Combate à Intimidação Sistemática, e a regulamentação da temática pela Lei nº 13.185, de 06 de novembro de 2015, que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*) em todo o território nacional. Trata-se de uma legislação que visa à atuação preventiva, buscando inibir a intimidação sistemática através do estabelecimento de ações, políticas e práticas orientativas, informativas e educativas sobre o tema. Portanto, a Lei não prevê qualquer tipo de punição para o autor da violência, tampouco aponta responsabilização aos agressores ou mesmo aos pais dos autores de *bullying* e/ou *cyberbullying*.

Logo no § 1º do artigo 1º, apresenta o conceito de intimidação sistemática:

[...] considera-se intimidação sistemática (**bullying**) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas. (BRASIL, 2015, grifo do autor)

Verifica-se que a conceituação legislativa contém todos os requisitos já apresentados anteriormente: representa uma violência, física ou psicológica, que ocorre de forma repetitiva, intencional, praticada por uma pessoa ou por um grupo de pessoas, contra uma ou mais pessoas, em uma relação de desigualdade de poder, que causa dor e angústia à vítima. Neves (2016, p. 50), faz uma importante crítica quanto à expressão “sem motivação evidente”, contida na Lei: “havendo ou não uma razão que tenha levado o agressor a violentar a vítima, nada pode justificar, muito menos tornar aceitável a intimidação sistemática.”. Nesse sentido, pouco importa se a motivação é evidente ou não, para a configuração da prática do *bullying*.

No artigo 2º, tem-se a caracterização legal da intimidação sistemática, a qual ocorre quando há violência física ou psicológica, em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda: ataques físicos (inciso I); insultos pessoais (inciso II); comentários sistemáticos e apelidos pejorativos (inciso III); ameaças por quaisquer meios (inciso IV); grafites depreciativos (inciso V); expressões preconceituosas (inciso VI); isolamento social consciente e premeditado (inciso VII) e pilhérias (inciso VIII). No parágrafo único do artigo 2º, a Lei apresenta a conceituação do *cyberbullying*, afirmando haver intimidação sistemática na rede mundial de computadores “[...] quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.” (BRASIL, 2015). Ou seja, para além do assédio social, integra o âmbito de proteção da Lei o assédio virtual contra crianças e adolescentes.

Além de conceituar e caracterizar a intimidação sistemática, a legislação traz, no artigo 3º, a sua classificação, conforme a ação praticada. Assim, a intimidação pode ser verbal, moral, sexual, social, psicológica, física, material e virtual (BRASIL, 2015).

Após conceituar, caracterizar e classificar a intimidação sistemática, a Lei apresenta os objetivos do Programa de Combate à Intimidação Sistemática (artigo 4º), que compreendem: a prevenção e o combate à prática de intimidação sistemática em toda a sociedade (inciso I); a capacitação dos docentes, bem como das equipes pedagógicas para a implementação de ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema (inciso II); a implementação e a disseminação de campanhas educativas, informativas e de conscientização (inciso III); a instituição de práticas de conduta e orientação aos pais, familiares e responsáveis, diante da identificação de vítimas e agressores (inciso IV); a promoção de assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores (inciso V); a integração dos meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, visando a identificação, a conscientização, a prevenção e o combate ao problema (inciso VI); a promoção, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua, da cidadania, da capacidade empática e do respeito a terceiros (inciso VII); a evitação da punição dos agressores, privilegiando-se os mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a responsabilização e mudança no comportamento hostil (inciso VIII); e a promoção de medidas de conscientização, prevenção e combate a todos os tipos de violência, com ênfase nas práticas recorrentes de intimidação sistemática, cometidas por alunos, professores ou outros profissionais da escola e/ou comunidade escolar (inciso IX). Para a adequada implementação e execução dos objetivos e diretrizes do Programa, os entes federados poderão firmar convênios e estabelecer parcerias (BRASIL, 2015).

A Lei estabelece, ainda, o dever dos estabelecimentos de ensino, clubes e agremiações recreativas, de assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate às ações de intimidação sistemática (*bullying*) e demais violências, bem como, a produção e publicação, pelos Estados e Municípios, de relatórios bimestrais das ocorrências de intimidação sistemática, para o planejamento das ações (BRASIL, 2015).

Depreende-se que a regulação do Programa de Combate à Intimidação Sistemática, no Brasil, não apenas esclarece os contornos da temática no país, no que tange à configuração e delimitação das medidas preventivas e educativas, mas também impõe a Estados e Municípios o devido diagnóstico e acompanhamento das ações de intimidação sistemáticas, para que seja possível o efetivo cumprimento dos objetivos do Programa.

4. O ENFRENTAMENTO DAS PRÁTICAS DE INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA COM BASE NA TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O assédio moral contra crianças e adolescentes é uma violência, uma violação de direitos que não pode ser tolerada. Isso porque o Direito da Criança e do Adolescente, assentado na teoria da proteção integral, estabelece que nenhuma criança e nenhum adolescente pode ser objeto de discriminação ou violência.

“A teoria da proteção integral estabeleceu-se como necessário pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil contemporâneo.” (CUSTÓDIO, 2008). Ela surge no Brasil com a Constituição Federal de 1988, após um processo necessário de redemocratização do país, que iniciou na década de 1980, a partir do movimento da própria sociedade e que contou, inclusive, com a participação de crianças e adolescentes. Para além do realinhamento democrático, a Constituição de 1988 possibilitou um novo modo de conceber e se relacionar com crianças e adolescentes no Brasil, agora concebidos como sujeitos de direitos, conforme disposição do artigo 227, *caput*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

A proteção integral se revela não apenas em razão da proteção aos direitos em todos os âmbitos e espaços de vida da criança e do adolescente, com a disposição de um amplo sistema de garantias, mas também porque o Direito da Criança e do Adolescente, o qual se consolida com a implementação da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), destina-se a todas as crianças e adolescentes, sem qualquer distinção (VERONESE; COSTA, 2006). “Tanto a Constituição Federal, no seu artigo 227, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 1º e 4º, expressaram as garantias aos diversos direitos que passaram a dispor as crianças e os adolescentes, [...]” (MOREIRA; CUSTÓDIO, 2018, p. 185).

Proteger de forma integral implica reconhecer que crianças e adolescentes encontram-se em processo de desenvolvimento e, portanto, devem tutelar direitos próprios e especiais. A proteção precisa ser especializada, diferenciada e integral, privilegiando crianças e adolescentes na satisfação de suas necessidades básicas (SOUZA, 2001; VIEIRA; VERONESE, 2006). Essa é uma responsabilidade tripartida: envolve a família, a sociedade e o Estado, e não pode, jamais, ser negligenciada. Portanto, “uma vez reconhecida a condição de ‘sujeitos de direitos’ em peculiar condição de desenvolvimento, indispensável se torna fornecer os meios e instrumentos para a fruição de tais direitos, bem como garantir a proteção à vida dessas pessoas na sua integralidade.” (CABRAL, 2012).

A intimidação sistemática, seja na modalidade social ou virtual, viola diversos direitos das crianças e dos adolescentes. Em primeiro lugar, viola o direito ao respeito, o direito de ser tratado e respeitado com dignidade, enquanto pessoa humana. A intimidação viola, também, o direito à liberdade, na medida em que constrange e coage o alvo. As vítimas do *bullying* e do *cyberbullying* perdem sua liberdade, o prazer e o desejo de viver e de interagir socialmente. Por fim, tais práticas violam o direito à educação. O *bullying* e o *cyberbullying*, conforme aponta o programa de busca ativa escolar, desenvolvido pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF, em parceria com a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação - UNDIME e o Colegiado Nacional de Gestores Municipais de Assistência Social - CONGEMAS integram as causas da exclusão escolar, na medida em que implicam em preconceito, discriminação e violência (UNICEF, 2019a).

Quando uma criança ou um adolescente ficam expostos à uma ação de intimidação sistemática, significa que a sua proteção não está se dando de forma integral. Portanto, precisam ser protegidos imediatamente e ter todos os seus direitos restabelecidos.

No Brasil, o enfrentamento à intimidação sistemática tem sido feito a partir de ações governamentais, de intervenções das escolas, de campanhas de associações civis, entidades não governamentais e do UNICEF. Os estabelecimentos de ensino, consoante disposição do artigo 12, inciso IX, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, têm a incumbência de “promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática (**bullying**), no âmbito das escolas.” (BRASIL, 1996, grifo do autor).

Dentre as ações do governo federal, destaca-se o protocolo de intenções para a promoção da cultura de paz, o respeito e a tolerância nas escolas, por meio de ações de combate à violência e ao *bullying*, assinado em 20 de novembro de 2019, pelo Ministério da Educação e Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. O documento elenca um rol de direitos para assegurar um ambiente escolar respeitoso, entre alunos e professores, com a promoção da dignidade e a provocação à uma maior participação das famílias nas escolas. Dentre as medidas previstas, estão: a implementação de políticas públicas que promovam o fortalecimento da família e a maior interação de pais e mães no ambiente escolar; a promoção de medidas de incentivo a um ensino plural e respeitoso no ambiente escolar; a divulgação de informações a respeito dos direitos dos alunos (de não sofrer intimidação, de um ensino baseado na liberdade de aprendizado, no pluralismo de ideias); a garantia do não-prejuízo, na escola, por suas crenças e convicções; a proteção à liberdade religiosa, dentre outras (BRASIL, 2019b).

Existem, ainda, projetos e campanhas de iniciativa da sociedade civil, de organizações não-governamentais, de órgãos de proteção e governos, a exemplo do “Programa Educação para a paz”. Este programa é uma iniciativa do Governo do Estado do Amapá, para a promoção da cultura de paz nas escolas. Há também a campanha “É da minha conta” (#édaminhaconta), uma parceria da *Safernet* Brasil e do UNICEF, para a conscientização pelo combate ao *bullying*, com a promoção de reflexão, o estímulo à empatia e o respeito às diferenças entre adolescentes e jovens. Por fim, destaca-se o projeto “Aprender sem medo”, uma ação da Plan International, uma organização humanitária e de desenvolvimento não governamental e sem fins lucrativos, que tem o objetivo de contribuir para a garantia de um ambiente escolar e comunitário livre do *bullying* e da desigualdade de gênero (PLANINTERNATIONAL, 2019; SAFERNET, 2019; AMAPÁ, 2017). Verifica-se, portanto, a existência de ações e políticas, algumas locais e outras de âmbito nacional, para a promoção da cultura de paz nas escolas e a prevenção às práticas do *bullying*, *cyberbullying* e outras violências.

O enfrentamento das práticas de intimidação sistemática, demanda, antes de qualquer coisa, a desmistificação de algumas ideias equivocadas, relacionadas ao *bullying*, como a de que *bullying* é “coisa de moda”, “frescura de psicólogo” ou “brincadeira de criança” (LISBOA; HORTA; WEBER; ALMEIDA, 2014). Não se trata de fenômeno recente ou modismo social. O pioneiro Dan Olweus escreve sobre o tema há mais de 45 anos. No Brasil, tantos autores já pesquisaram e demonstraram a dimensão do *bullying*, estatística e qualitativamente: Lauro Monteiro, Aramis Lopes Neto, Lúcia Helena Saavedra, Patrícia Krieger Grossi, Cleo Fante, além de outros, os quais vêm pesquisando há aproximadamente duas décadas sobre o *bullying*

(FELIZARDO, 2017). Além do mais, não é possível permitir a banalização destes fenômenos. Não se trata de brincadeira de criança. “Em uma brincadeira todos estão se divertindo; quando há sofrimento, não há brincadeira.” (LISBOA; HORTA; WEBER; ALMEIDA, 2014, p. 16).

Há ainda os mitos de que o *bullying* “não dá nada” ou que “todos já passaram por isso” (LISBOA; HORTA; WEBER; ALMEIDA, 2014), quando na verdade, as consequências do *bullying* e do *cyberbullying* podem ser desastrosas, irreversíveis para a criança ou o adolescente que os vivenciam. São consequências psicológicas, relacionais, emocionais, na vida escolar, acadêmica, bem como em várias dimensões do desenvolvimento daquele e daquela que sofre a intimidação sistemática. Não são todos que vivenciam o *bullying* ou o *cyberbullying*, mas quem os vivencia sabe o tamanho da dor, dos traumas e das feridas que ficaram (FLEISCHHAUER, 2013; FELIZARDO, 2017).

Outros equívocos ou mitos, estão presentes nas falas de que o *bullying* é indicativo de “má educação ou falta de castigo”, ou que “só os meninos praticam bullying, meninas não”, ou ainda, que “bullying só acontece entre adolescentes, crianças não fazem bullying” (LISBOA; HORTA; WEBER; ALMEIDA, 2014, p. 17-22). São inverdades que atrapalham o processo de enfrentamento às práticas de intimidação sistemática, e que devem ser analisadas considerando, inclusive, o sexismo presente na sociedade brasileira. Uma sociedade que dita como meninas e meninos devem se comportar e que, portanto, espera que meninas sejam afáveis e não pratiquem a violência, ao passo que dos meninos aguarda certa agressividade, culturalmente tolerada ou mesmo instigada (LISBOA; HORTA; WEBER; ALMEIDA, 2014). Nas pesquisas consignadas na segunda parte deste trabalho, o *bullying* e o *cyberbullying* foram praticados por meninas e meninos. Vale destacar também, que o *bullying* não é exclusividade dos adolescentes. “Ele pode envolver crianças a partir de 3 anos de idade, ainda na educação infantil, e continuar na universidade.” (FELIZARDO, 2017, p. 46). Bem como, não é sinônimo de falta de castigo. Em pesquisa sobre o tema, Lisboa, Horta, Weber e Almeida (2014, p. 22) constataram que: “[a]s mães que mais frequentemente usavam a punição como estratégia educativa apresentaram quatro vezes mais chances de ter um filho que pratica o *bullying* na escola.”

Por isso a importância de romper com estes mitos, de tornar a conceituação e informação sobre o *bullying* e o *cyberbullying* públicas e acessíveis, para que as comunicações destes tipos de violações de direitos sejam efetivadas, quantificadas e utilizadas adequadamente pelo setor público e por toda a rede de proteção, para a estruturação dos protocolos de atendimento e das políticas de enfrentamento à violência.

Quando são analisadas as consequências jurídicas do *bullying* ou do *cyberbullying*, sob o aspecto do dano causado à vítima, tem-se a possibilidade da responsabilização civil e criminal. Então, criminalmente, embora não exista um tipo penal específico para a prática da intimidação sistemática, o Código Penal dispõe de alguns tipos legais que, a depender da forma de realização do *bullying* e/ou do *cyberbullying*, podem se enquadrar dentre os crimes contra a honra, contra a liberdade individual, o patrimônio ou contra a dignidade sexual, especialmente nos assédios virtuais, como: injúria - art. 140, constrangimento ilegal - art. 146, ameaça - art. 147, dano - art. 163, registro não autorizado da intimidade sexual - art. 216-B, divulgação de cena de sexo ou pornografia - art. 218-C, dentre outros (BRASIL, 1940). Aqui vale a diferenciação: quando o autor for adulto, como um professor ou qualquer profissional que esteja no âmbito escolar, pode responder criminalmente. Quando o autor do ato for uma criança ou

adolescente, estarão sujeitos às medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, tem-se o ato infracional, pelo qual: as crianças receberão as medidas específicas de proteção previstas no artigo 101, enquanto os adolescentes, as medidas socioeducativas previstas no artigo 112.

Por sua vez, diante da prática da intimidação sistemática, existe também a possibilidade de busca da reparação civil, por dano moral ou material. A ação de indenização pode ser movida em face: do professor autor da violência; dos pais, quando o autor for criança ou adolescente; do estabelecimento de ensino privado, considerando a relação de consumo; e também da escola pública, pela teoria do risco administrativo (FLEISCHHAUER, 2013; COSTA NETO, 2019).

Contudo, tanto a responsabilização penal quanto a reparação civil, são ações que atinam às consequências de um ato de *bullying* e/ou *cyberbullying*. São medidas que podem até reparar, de alguma forma, a vítima, ou inibir localmente a prática da violência, mas que não contribuem, significativamente e, a longo prazo, para a interrupção da cultura de intimidação, presente nos espaços sociais e virtuais onde a criança e o adolescente interagem. O relatório de *status* global sobre a prevenção da violência contra crianças da Organização Mundial da Saúde, aponta que os países estão falhando em prevenir a violência contra crianças e adolescentes. De acordo com o documento, o número de violências *online* tem aumentado significativamente e resulta, também, do aumento do uso da internet por crianças e adolescentes. Muitos países possuem alguns mecanismos para apoiar os trabalhos de prevenção da violência contra crianças. No entanto, poucos têm planos de ação totalmente financiados e, apenas 21% afirmaram dispor de base de dados e indicadores pelos quais monitorar o efeito de seus esforços de prevenção (WHO, 2020).

Assim, pensar o enfrentamento das práticas de intimidação sistemática, com base na teoria da proteção integral e, sobretudo, com base nos objetivos do Programa de Combate à Intimidação Sistemática, demanda trabalhar sobre as causas da violência, agir preventivamente. É preciso pensar de que forma a família, a escola, a saúde, a assistência social e os demais atores do Sistema de Garantias de Direitos podem contribuir, estrategicamente, para o enfrentamento do *bullying* e do *cyberbullying*, práticas que escancaram um severo problema de saúde pública existente no país.

A prevenção, como entendemos no campo da saúde pública, é a ação que tem como objetivo evitar a ocorrência de um determinado evento ou agravo. Nesse sentido, as ações de prevenção têm como alvo fatores de risco e/ou proteção que, quando presentes, aumentam ou diminuem a chance que esse determinado evento ou agravo ocorra. Esse evento é, para nós, a violência na adolescência, seja a violência que vitima nossos adolescentes e jovens, seja o comportamento violento, a perpetração de violência por parte de adolescentes e jovens. As ações/estratégias de prevenção da violência são múltiplas, sendo que muitas já se mostraram efetivas em outros contextos e podem servir de modelo para o desenho de respostas adaptadas à nossa realidade e cultura. (PERES; EISNER, 2018, p. 22)

Para esquematizar as ações ou estratégias de prevenção, é preciso primeiro saber a real dimensão da violência e de suas múltiplas causas. Um diagnóstico detalhado é primordial nesse processo. Esse diagnóstico deve ser feito de norte a sul do país, contemplando todos

os Estados, todas as escolas, públicas e privadas. Diferentemente das pesquisas que focalizam adolescentes a partir dos treze anos, um bom diagnóstico deve considerar as crianças, já na educação infantil. É necessário saber quem são as crianças e os adolescentes que sofrem a intimidação sistemática, por quais meios, sob quais causas, quem são os agressores, quais as formas de comunicação e acolhimento que elas encontram na escola, na família, e o que o estabelecimento de ensino desenvolve, em atendimento à sobre intimidação sistemática para prevenir, sensibilizar e combater as intimidações identificadas. Essas informações devem ser tomadas pelo governo federal, o qual deverá dar publicidade, para que Estados e Municípios construam, com absoluta prioridade, as diretrizes e políticas públicas adequadas para o combate à intimidação sistemática.

Feito o diagnóstico, é preciso desenhar a prevenção, a partir das causas identificadas, e realizar a prevenção desde a educação infantil. Ou seja: deve-se trabalhar sobre as múltiplas causas da intimidação. A análise dos dados apresentados neste trabalho, já aponta algumas direções, pois revelou como causas das intimidações sistemáticas: a violência intrafamiliar, o uso de drogas na adolescência, o preconceito racial, religioso, de gênero, de orientação sexual, a desigualdade social, dentre outras. Dessa forma, a prevenção ao *bullying* e *cyberbullying* deve contemplar desde o trabalho com as famílias, que envolve atividades de inserção social, de orientação para a promoção de uma educação não-violenta, a criação de espaços de atenção e diálogo no âmbito familiar, a orientação aos pais quanto ao uso seguro e protegido da internet pelos filhos), passando por abordagens da área da saúde (na parte de prevenção às drogas, de orientação sobre os direitos sexuais e reprodutivos, do pleno respeito no exercício da sexualidade), e, por fim, desenvolver debates e espaços para dialogar sobre as diferenças sociais, linguísticas, étnicas, as questões ligadas ao gênero e à orientação sexual. Temas como racismo estrutural, sistema patriarcal, misoginia, homofobia, xenofobia, devem ser refletidos. São diversos os âmbitos que precisam ser desenvolvidos com as crianças, os adolescentes e com a sociedade, de modo geral, para que as múltiplas causas sejam administradas nos múltiplos espaços e por diferentes abordagens. As intervenções devem começar cedo e fornecer suporte para relacionamentos saudáveis.

Pepler e Craig (2014), desenvolveram quatro princípios para a prevenção ao *bullying* e a intervenção. O primeiro princípio é o de que o *bullying* é um problema de relacionamento. Um problema entre a criança que está sofrendo o *bullying* e a criança que está praticando a ação de intimidação. Os autores apontam que problemas de relacionamento requerem soluções de relacionamento. Portanto, ambas as crianças, bem como todas as demais, que testemunham o assédio, devem ser incluídas nas soluções. As intervenções devem focalizar o grupo de pares, modificando a dinâmica de poder ali estabelecida e promovendo relacionamentos positivos. O segundo princípio, é o de que as intervenções de *bullying* requerem abordagens de desenvolvimento. Isso porque o *bullying* muda de acordo com as capacidades e preocupações em desenvolvimento de crianças e adolescentes, de modo que a intervenção deve ser apropriada ao nível de desenvolvimento em que elas se encontram. Por isso a importância de trabalhar as habilidades pessoais, habilidades interpessoais, habilidades sociais, o pensamento crítico, a empatia, a estabilização emocional, e outros.

O terceiro princípio é o de que as intervenções de *bullying* requerem uma abordagem sistêmica. Ou seja, as intervenções bem-sucedidas são as abrangentes e sistêmicas. A mudança

deve se dar nas salas de aula, no clima geral da escola. Deve contemplar os funcionários, a administração, os pais ou responsáveis e a comunidade. Por isso, além da intervenção entre os pares, é preciso da autoconsciência dos próprios adultos, os quais são apoio e modelos para relacionamentos saudáveis entre crianças e adolescentes. Os adultos são responsáveis por promover interações seguras, atenciosas e inclusivas entre pares. Por fim, o quarto princípio é o de que a liderança é a base para a mudança de sistemas. Liderança dos diretores das escolas, dos professores, bem como de todos os adultos, são indispensáveis para o apoio, a ação e a promoção de relacionamentos saudáveis. Assim como as demais formas de aprendizado, as crianças e os adolescentes aprendem as habilidades de relacionamento por tentativa e erro. (PEPLER; CRAIG, 2014).

De forma geral, deve-se conferir maior competência às escolas para o atendimento e a prevenção das práticas de intimidação. Escola é o espaço para a formação democrática, para a formação contra a barbárie, para a inclusão e o empoderamento. Cabe à escola a disposição de práticas educacionais positivas, o estímulo à solução pacífica de conflitos com a mediação escolar, através das práticas restaurativas, a criação do sentimento de pertencimento à escola, a elaboração de um plano de prevenção ao *bullying* na escola, de canais de denúncia e de equipe multidisciplinar – com psicólogo, assistente social e agentes de saúde – para o atendimento e acompanhamento dos casos identificados.

O enfrentamento às práticas de intimidação sistemática deve contar com a abordagem intersetorial. A intersetorialidade no atendimento da criança e do adolescente é diretriz da política de atendimento, prevista no artigo 88, inciso IX, do ECA. Nesse sentido, a educação, a saúde, assistência social, os conselhos gestores e os demais atores do Sistema de Garantia de Direitos precisam, juntos, dialogar e pensar os serviços, programas e as políticas públicas para a intervenção nesse tema.

O fortalecimento das políticas públicas destinadas a criança e ao adolescente no âmbito da municipalidade se coloca num conjunto de desafios que dependem da articulação intersetorial e do fortalecimento da rede de atendimento à criança e ao adolescente com a participação integrada entre organizações governamentais, não-governamentais e comunidade. (SOUZA, 2017, p. 33)

A intersetorialidade possibilita o fortalecimento da rede de atendimento e a participação integrada, especialmente se permanecer até o processo final, de monitoramento e avaliação das ações e políticas. Somente assim é que estará garantida a proteção integral, bem como todos os demais princípios do Direito da Criança e do Adolescente, como: prioridade absoluta, melhor interesse, universalização, humanização, participação popular e desjurisdicionalização.

Por último, mas não menos importante, o enfrentamento às práticas de intimidação sistemática, com base na teoria da proteção integral, requer total atenção à voz das crianças e dos adolescentes. Ou seja, em todo esse processo, é preciso ouvir as crianças e os adolescentes. Escutar o que eles têm para falar sobre o assunto, sobre suas experiências e sobre quais os seus anseios para o enfrentamento a estas temáticas. As crianças e os adolescentes possuem o direito de serem ouvidos, de participarem das ações e de terem suas opiniões consideradas, em toda e qualquer decisão que diga respeito aos seus direitos fundamentais.

5. CONCLUSÃO

Neste estudo, buscou-se analisar como se dá, no Brasil, o enfrentamento das práticas de intimidação sistemática, nos ambientes sociais e virtuais, à luz da teoria da proteção integral. A intimidação sistemática, consubstanciada nas práticas de *bullying* e *cyberbullying*, representa uma violência, que atinge crianças e adolescentes e produz desdobramentos complexos para o processo de desenvolvimento, afetando a saúde física, psíquica e emocional, em total violação à integridade e dignidade humana.

O primeiro capítulo da pesquisa, tratou da violação aos direitos das crianças e dos adolescentes por assédio moral nos ambientes sociais e virtuais. Partindo-se do conceito e da delimitação das ações de intimidação sistemáticas, foi feita a diferenciação entre o *bullying* e o *cyberbullying*, bem como a apresentação das causas e consequências da agressão para as crianças e os adolescentes que sofrem a violência. A despeito de toda a classificação disponível na literatura (ações, agressor, vítima, espectador, tipos, meios e modos), é necessário o cuidado para não simplificar a lógica da violência entre agressor e vítima. Ou seja, a delimitação do *bullying* (e também do *cyberbullying*) não pode ser tida como uma fórmula exata, imutável, engessada, razão pela qual é preciso pensar a intimidação à luz da crítica à razão instrumental. É importante problematizar os comportamentos, compreender a violência como um fenômeno social e pensar a solução a esse problema de saúde pública, a partir de um olhar multifatorial.

Em um segundo momento, foi apresentada a regulação do Programa de Combate à Intimidação Sistemática. Assim, iniciou-se com a exposição dos índices de intimidação sistemática no Brasil, passando pela previsão da Lei nº 13.185/2015, até chegar na análise, em si, do Programa de Combate à Intimidação Sistemática. Nessa parte, restou constatado que a temática ainda é fragilmente diagnosticada no país, embora não restem dúvidas de que crianças e adolescentes são frequentemente vítimas de ações violentas, nas escolas e nas redes virtuais. A Lei nº 13.185/2015, de caráter eminentemente preventivo, instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*), em todo o território nacional. Trata-se de um programa que objetiva a prevenção e o combate à intimidação sistemática em toda a sociedade, mas também: a capacitação dos docentes; a promoção de campanhas educativas; a promoção de assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores; o estímulo à tolerância mútua, da cidadania, da empatia e do respeito, nos marcos de uma cultura da paz, dentre outros. Trata-se de uma legislação importante, que estabelece aos Estados e Municípios a obrigação de realizar o devido diagnóstico, com a divulgação de relatórios bimestrais com as ocorrências de intimidação sistemáticas, visando subsidiar o planejamento das ações.

No terceiro capítulo, passou-se, então, ao estudo do enfrentamento das práticas de intimidação sistemática, com base na teoria da proteção integral. Nessa parte, trabalhou-se a proteção a partir da teoria da proteção integral, basilar do Direito da Criança e do Adolescente. Em seguida, foram apontados alguns mitos relacionados ao *bullying*, como o de que o *bullying* é “coisa de moda”, “brincadeira de criança” ou “falta de castigo”. Por fim, foram tensionadas as estratégias de prevenção e enfrentamento às práticas de intimidação sistemática, destacando-se algumas ações, de iniciativas governamentais, escolares, de associações civis, de entidades não governamentais e do UNICEF.

Para a realização deste trabalho, foi delimitado o seguinte problema de pesquisa: Como se dá o enfrentamento, no Brasil, à prática de intimidação sistemática, para a realização da proteção integral às crianças e adolescentes? Verificou-se, neste estudo, a confirmação da hipótese, de que o enfrentamento, à luz da teoria da proteção integral, demanda medidas que vão além da identificação ou responsabilização do agressor. Requer ações preventivas e de sensibilização, por parte dos atores do Sistema de Garantias de Direitos, bem como a atuação por meio de políticas públicas, visando a diminuição dos índices de violência e a promoção efetiva da proteção integral.

O presente estudo permitiu, ainda, conclusões que foram além da hipótese aventada. Para esquematizar as ações ou estratégias de prevenção, é preciso averiguar a real dimensão da violência e de suas múltiplas causas. É necessário, então: realizar um diagnóstico detalhado, em todos os Estados brasileiros, sobre o tema; desenhar a prevenção a partir das causas identificadas; promover a prevenção desde a educação infantil; conferir maior competência às escolas para o atendimento e a prevenção das práticas de intimidação; promover uma abordagem intersetorial; e ouvir, com atenção, a voz das crianças e dos adolescentes.

Por fim, é oportuno mencionar que esta pesquisa apresenta limitações, especialmente de tempo e de espaço. Ela não exauriu a identificação e análise de todas as iniciativas, sejam as de âmbito escolar, as governamentais ou dos demais âmbitos, existentes no país. Portanto, novos estudos podem contribuir com a ampliação do debate, abordando por exemplo, as iniciativas das escolas. Pode-se, ainda, avaliar a diferença dos motivos de intimidação sistemática nas escolas públicas e privadas, em uma abordagem sociológica. Ou então, averiguar se os Estados e Municípios têm, efetivamente, apresentado os relatórios bimestrais sobre a situação e prestado o devido auxílio aos estabelecimentos escolares, para a gestão dessa questão, além de outras possibilidades de pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Miriam (Coord.); CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Ana Paula da; CERQUEIRA, Luciano. *Diagnóstico participativo das violências nas escolas: falam os jovens*. Rio de Janeiro: FLACSO – Brasil, OEI, MEC, 2016.
- AMAPÁ. *Programa Educação para Paz*. 2017. Disponível em: <http://epaz.seed.ap.gov.br/oprograma.php>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- ANTUNES, Deborah Cristina. *Razão instrumental e preconceito: reflexões sobre o bullying*. 2008. 230 f. Dissertação (Mestrado em educação) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 jul. 2020.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394compilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.185, de 06 de novembro de 2015*. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PeNSE): o que é, para que serve, temas*. 2019a. Disponível em: <https://saude.gov.br/saude-de-a-z/pense>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. *Protocolo de intenções assinado entre MEC e MMFDH visa promover a cultura da paz nas escolas*. 2019b. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/novembro/protocolo-de-intencoes-assinado-entre-mec-e-mmfdh-visa-promover-a-cultura-de-paz-nas-escolas>. Acesso em: 16 jul. 2020.

CABRAL, Johana. *Família, sociedade e Estado na promoção e defesa dos direitos humanos da criança e do adolescente: um estudo da teoria da proteção integral*. Criciúma: UNESC, 2012.

COSTA NETO, Antonio Lourenço da. *Responsabilidade civil nos casos de bullying*. 2019. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário 7 de setembro, Fortaleza, 2019.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan./jul. 2008.

FANTE, Cléo. *Fenômeno bullying: como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz*. Campinas: Verus, 2005.

FELIZARDO, Aloma Ribeiro. *Bullying escolar: prevenção, intervenção e resolução com princípios da justiça restaurativa*. Curitiba: InterSaberes, 2017.

FERREIRA, Taiza Ramos de Souza Costa; DESLANDES, Suely Ferreira. Cyberbullying: concepts, dynamics, characters and health implications. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 10, p. 3369-3379, 2018.

FLEISCHHAUER, Claudia Serpa Costa Ribeiro. *O bullying na escola: determinantes, consequências e mecanismos de abordagem e prevenção*. 2013. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2013.

IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. *Pesquisa nacional de saúde do escolar*: 2015. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

LISBOA, Carolina Saraiva de Macedo; HORTA, Cristina Lessa; WEBER, João Luis Almeida; ALMEIDA, Lisete. Mitos e fatos sobre bullying. In: LISBOA, Carolina Saraiva de Macedo; WENDT, Guilherme Welter; PUREZA, Juliana da Rosa. *Mitos e fatos sobre bullying: orientações para pais e profissionais*. Novo Hamburgo: Sinopsys, 2014. p. 15-27.

LIVINGSTONE, Sonia; STOILOVA, Mariya; KELLY, Anthony. Cyberbullying: incidence, trends and consequences. In: UN. *Ending the torment: tackling bullying from the schoolyard to cyberspace*. New York: United Nations, 2016. p. 115-120.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; PENIDO MARTINS, Thiago. Acoso escolar y la protección de los derechos de los niños y adolescentes. *Educación & Realidade*, Porto Alegre, v. 42, n. 3, p. 1001-1018, jul./sept. 2017.

MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa; CUSTÓDIO, André Viana. A influência do direito internacional no processo de erradicação do trabalho infantil no Brasil. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 23, n. 2, p. 178-197, mai./ago. 2018.

NEVES, Mariana Moreira. Bullying escolar: de acordo com a Lei Nacional de Combate ao Bullying (13.185/2015) e outros aspectos jurídicos. Curitiba: Juruá, 2016.

- NEVES, Mariana Moreira. *Combate ao bullying no Brasil pela responsabilização civil das instituições privadas de ensino*. 2015. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2015.
- NOTAR, Charles E.; SHARON, Padgett; RODEN, Jessica. *Cyberbullying: resources for intervention and prevention*. *Universal Journal of Educational Research*, San José, v. 1, n. 3, p. 133-145. 2013.
- OECD. *PISA 2018 Results (Volume III): what school life means for students' lives*. Paris: OECD, 2019.
- OLWEUS, Dan. *School Bullying: development and some important challenges*. *Annual Review of Clinical Psychology*, Palo Alto, v. 9, p. 751-780. 2013.
- ONUBRASIL. *Pesquisa da ONU mostra que metade das crianças e jovens do mundo já sofreu bullying*. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pesquisa-da-onu-mostra-que-metade-das-criancas-e-jovens-do-mundo-ja-sofreu-bullying/>. Acesso em: 21 abr. 2020.
- PAIS, Marta Santos. *Protecting children from bullying and cyberbullying*. In: UN. *Ending the torment: tackling bullying from the schoolyard to cyberspace*. New York: United Nations, 2016. p. V-VII.
- PERES, Maria Fernanda Tourinho; EISNER, Manuel. *Violência, bullying e repercussões na saúde: resultados do Projeto São Paulo para o desenvolvimento social de crianças e adolescentes (SP-PROSO)*. São Paulo: Departamento de Medicina Preventiva/FMUSP, 2018.
- PLANINTERNATIONAL. *Aprender sem medo*. 2019. Disponível em: <https://plan.org.br/aprender-sem-medo-2/>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- PEPLER, Debra; CRAIG, Wendy. *Bullying prevention and intervention in the school, environment: factsheets and tools*. Kingston: PREVNet Inc, 2014.
- SAFERNET. *Conheça a campanha Acabar com o Bullying #ÉDaMinhaConta*. 2019. Disponível em: <https://new.safer-net.org.br/content/conheca-campanha-acabar-com-o-bullying-edaminhaconta>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- SANTANA, Edésio T. *Bullying e cyberbullying: agressões dentro e fora das escolas – teoria e prática que educadores e pais devem conhecer*. 1. ed. São Paulo: Paulus, 2013.
- SCHLEICHER, Andreas. *PISA 2018: insights and interpretations*. Paris: OECD, 2019.
- SOUZA, Ismael Francisco de. O princípio da subsidiariedade no direito da criança e do adolescente e seu impacto na gestão descentralizada de políticas públicas no Brasil contemporâneo. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 23-39, set./dez. 2017.
- SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- THOMBERG, Robert; HUNTER, Simon C.; HONG, Jun S.; RÖNNBERG, Jerker. *Bullying among children and adolescents*. *Scandinavian Journal of Psychology*, v. 61, p. 1–5. 2020.
- UN. *Ending the torment: tackling bullying from the schoolyard to cyberspace*. New York: United Nations, 2016.
- UNICEF. *Causas da exclusão escolar*. 2019a. Disponível em: <https://biblioteca.buscaativaescolar.org.br/tema/causas-da-exclusao-escolar> Acesso em: 13 jul. 2020.
- UNICEF. *Pesquisa do UNICEF: mais de um terço dos jovens em 30 países relatam ser vítimas de bullying online*. 2019b. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/mais-de-um-terco-dos-jovens-em-30-paises-relatam-ser-vitimas-bullying-online>. Acesso em: 21 abr. 2020.
- VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Violência doméstica: quando a vítima é a criança ou o adolescente – uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- VIEIRA, Cleverton Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Limites na educação: sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

WASCHECK, Murilo de Camargo. *Cultura, preconceito e indivíduo: análise crítica do bullying escolar*. 2016. 101 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2016.

WHO. *Global status report on preventing violence against children*. Geneva: World Health Organization, 2020.

Recebido/Received: 14.08.2020.

Aprovado/Approved: 12.10.2020.

AS TENTATIVAS DE SIMPLIFICAÇÃO DO DIVÓRCIO PELOS TRIBUNAIS E AS ESCOLHAS LEGISLATIVAS: UM LENTO, PERSISTENTE E CONTÍNUO CAMINHAR EM DIREÇÃO AO AFASTAMENTO DO ESTADO

ATTEMPTS TO SIMPLIFY DIVORCE BY THE COURTS AND LEGISLATIVE CHOICES: A SLOW, PERSISTENT AND CONTINUOUS STEP TOWARDS THE REMOVAL OF THE STATE

RENATO HORTA REZENDE¹

RESUMO

A Emenda Constitucional nº 66 de 2010 e as normas infraconstitucionais posteriores trouxeram enormes impactos sobre o instituto do divórcio no Brasil, porém, ainda assim, a dinâmica social exige novas adequações as quais o Legislativo não consegue responder diante de inúmeras circunstâncias dentre as quais a resistência de setores sociais conservadores. Alguns Tribunais de Justiça considerando o direito potestativo ao divórcio e a “autonomia da vontade” editaram provimentos criando o divórcio impositivo ou regulando o divórcio extrajudicial já existente contra expresse texto legal na esteira do movimento direcionada à desjudicialização do instituto. Diante dos fundamentos expostos pelos Tribunais de Justiça a justificarem a edições de Provimentos foram investigadas duas hipóteses a justificar sua edição, o direito potestativo ao divórcio oriundo do texto constitucional e a “autonomia da vontade”. O desenvolvimento teórico e investigativo impresso na pesquisa se deram por meio de método científico hipotético-dedutivo, sendo apresentados conceitos gerais, sobre os quais, em um segundo momento, foram testadas duas hipóteses, a primeira que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não instituiu o direito potestativo ao divórcio no Brasil e a segunda que a “autonomia da vontade” não seria adequada a justificar o divórcio impositivo. A pesquisa possui caráter eminentemente teórico e propositivo apresentando parâmetros a nortear a evolução do divórcio no Brasil. As hipóteses apresentadas foram confirmadas, concluindo-se que o direito potestativo ao divórcio decorre de norma infraconstitucional e de que a autonomia privada não admitiria o divórcio surpresa.

Palavras-chave: divórcio impositivo; desjudicialização; direito potestativo; limites; regulamentação.

1 Professor de disciplinas afins ao Direito no Centro Universitário UNA (2018 até os dias atuais); Professor do Curso de Direito na Faculdade Pitágoras (2018-2019); Professor do Curso de Direito da FACISA/MG (2018); Diretor da Comissão de Direito das Famílias da OAB-Minas (2019-2021); Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Fumec (2016); Especialização em ciência criminais na Faculdade Arnaldo Janssen (2018); graduado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2004); Advogado inscrito na Seccional Minas Gerais há treze anos (2005); Professor do CEB-CECON (2007-2011); Professor no CFDs da APMMG (2014); Professor de arbitragem, mediação e conciliação junto ao Conselho Estadual de Arbitragem de Minas Gerais (2009-2018), Árbitro inscrito no CONFEJAB (2015); escritor de livro e vários artigos. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-4666-6903>.

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

REZENDE, Renato Horta As tentativas de simplificação do divórcio pelos Tribunais e as escolhas legislativas: um lento, persistente e contínuo caminhar em direção ao afastamento do Estado. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 77-92, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.7858>.

ABSTRACT

Constitutional Amendment nº 66 of 2010 and the subsequent infraconstitutional rules brought huge impacts on the divorce in Brazil, however, even so, the social dynamics demands new adaptations and the Legislative has not succeed to respond in the face of uncountable circumstances among which the resistance of conservative social sectors. Some Courts of Justice considering the potestative right to divorce and "autonomy of the will" edited ordenances creating the imposing divorce or regulating the extrajudicial divorce that already existed against the law itself, in the wake of the movement aimed to dejudicialize the divorce. Considering the legal basis used by the Courts of Justice to justify the editions of such ordenances, two hypotheses to justify its edition were investigated, the potestative right to divorce arising from the constitutional text and "autonomy of the will". The research theoretical and investigative development were undertaken through a hypothetical-deductive scientific method, with general concepts being presented, on which in a second moment two hypotheses were tested. The first, that Constitutional Amendment No. 66/2010 did not institute the potestative right to divorce in Brazil, and the second that "autonomy of the will" would not be adequate to justify imposing divorce. The research has an eminently theoretical and purposeful aspect, presenting parameters to guide the evolution of divorce in Brazil. The hypotheses presented were confirmed, concluding that the post-statutory right to divorce derives from an infra-constitutional rule and that private autonomy would not allow a surprise divorce.

Keywords: tax divorce; dejudicialization; potestative right; limits; regulation .

1. INTRODUÇÃO

O divórcio no Brasil é instituto criado há mais de cento e trinta anos, contudo sua natureza jurídica e contornos foram sendo alterados lentamente durante esses mais de um século com maior celeridade principalmente após a promulgação da Constituição da República de 1988.

Mesmo diante das profundas alterações e da mencionada evolução recente, verifica-se a existência da imposição de resistências fomentadas por setores conservadores da sociedade que se reflete na produção legislativa tímida, que muitas vezes deixa de avançar quando mesmo assim poderia.

Diante da dinâmica social muito à frente das legislações, os Tribunais pátrios, por meio da interpretação sistemática do texto constitucional tem concedido maior celeridade, de forma geral, à evolução dos direitos familiaristas, reconhecendo uniões homoafetivas, adoções socioafetivas, paridade entre cônjuges e companheiros, relativização de critérios para adoção simples, entre outros infindáveis temas.

Utilizando de sua função típica de interpretar o ordenamento jurídico e atípica de normatizar atos praticados por serventias extrajudiciais, o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA) e o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) editaram provimentos regulamentando o divórcio, ora criando modalidade não prevista em lei, ora normatizando espécie já prevista em lei de forma diametralmente inversa, considerando em todos os casos o suposto direito potestativo ao divórcio e à "autonomia da vontade".

Ainda que posteriormente à edição dos dois primeiros provimentos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tenha editado recomendação apontando a incompetência dos Tribunais para criar espécies de divórcio resta ainda examinar se este realmente seria atualmente um direito potestativo emanado diretamente do texto constitucional, assim como se a "autono-

mia da vontade” seria suficiente para afastar as normas atualmente vigentes que exigem, em regra, a participação de ambos os cônjuges tanto na forma consensual como litigiosa.

Diante do problema supramencionado, partiu-se da hipótese segunda a qual o divórcio seria um direito potestativo em virtude de norma infraconstitucional não decorrendo, portanto diretamente do texto constitucional.

Outra hipótese investigada consiste na impertinência do princípio da “autonomia da vontade”, pois deve este estar submetido aos limites legais, constituindo assim em autonomia privada limitada pela norma legal, que, atualmente não admite, em regra, a dissolução do casamento surpresa.

O desenvolvimento teórico e investigativo impresso na pesquisa compreendem o método científico hipotético-dedutivo, partindo de concepções gerais e históricas com a finalidade de testar as hipóteses levantadas a solucionarem o problema apresentado e ainda propor opções especulativas a auxiliarem no desenvolvimento adequado ao prosseguimento da evolução do instituto do divórcio no Brasil.

A pesquisa foi construída em quatro partes, na primeira seção foi apresentado o escopo da dificultosa evolução do divórcio no Brasil; enquanto na parte seguinte restou dedicada a análise das tentativas e dos fundamentos utilizados pelos Tribunais de Justiça na regulamentação administrativa de nova espécie de divórcio e a divergência frente às escolhas legislativas; posteriormente foram empenhados esforços a examinar a possibilidade de decretação de divórcio *inaudita altera* parte frente atual legislação; por derradeiro foi examinado o Projeto de Lei Ordinária (PLO) nº 3.457/2019 que pretende regulamentar o divórcio impositivo.

Para o desenvolvimento do trabalho foi realizado levantamento bibliográfico com consultas a livros e artigos científicos, assim como também à legislação nacional e internacional pertinente, com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento do raciocínio jurídico-científico sobre o tema apresentando parâmetros a nortear a evolução do instituto.

2. A DIFICULTOSA EVOLUÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL

A atual regulamentação da dissolução da sociedade e vínculo conjugal no Brasil é resultado de longa evolução cultural, jurídica e legislativa, associada a debates e esforços sociais ainda em desenvolvimento que encontra constante resistência religiosa e conservadora (SENADO NOTÍCIAS, 2017).

No período do Brasil-Império, o casamento era regulado pela Igreja Católica que somente admitia a dissolução pela morte de um dos cônjuges, sendo ainda possível a declaração da nulidade do casamento quando presente impedimentos, defeito de consentimento ou na forma de celebração, não havendo previsão acerca da dissolução de vínculo ou sociedade conjugal por ato volitivo (CARVALHO, 2018, p. 309).

Em 24 de janeiro de 1890, por meio do decreto nº 181, o termo “divórcio” foi inserido no ordenamento jurídico, vindo também a encerrar a regulamentação do casamento civil pela Igreja Católica, instituindo a possibilidade de divórcio consensual ou litigioso unicamente atra-

vés da via judicial que, expressamente, não dissolvia o vínculo matrimonial ainda que autorizasse a separação de corpos e o fim da sociedade conjugal, mantendo-se assim as pessoas unidas pelo vínculo matrimonial, ainda que contra a própria vontade (BRASIL, 1890).

O art. 85 e art. 86 do mencionado decreto exigiam a participação de ambos os cônjuges para decretação do divórcio tanto na modalidade consensual, em que era necessária a manifestação inequívoca das partes como no requerimento unilateral de divórcio que exigia o contraditório diante da prova da culpa.

A Constituição da República de 16 de julho de 1934 colocou fim ao termo “divórcio” que não dissolvia o casamento e inseriu o instituto do desquite, atribuindo a regulamentação ao legislador ordinário que, por sua vez, manteve as mesmas restrições já vigentes, distinguindo, dessa vez, de forma clara a separação de corpos da separação de fato (CARVALHO, 2018, p. 311).

A timidez nas alterações presente no direito material também repercutiu no direito processual, pois o Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, veio a regular o processo de desquite em seus art. 1.120 a art. 1.124, apresentado procedimento específico para a modalidade consensual e ordinário para a litigiosa, exigindo, em todo caso, a indispensável participação das partes nos processos.

A ausência de relevante alteração substancial ou adjetiva direcionada a dissolução do casamento e o crescimento da regulamentação do divórcio em outros países² fez surgir intenso debate entre os que exigiram o reconhecimento e regulamento do instituto e aqueles que eram contra a regulamentação por convicções religiosas ou político-conservadoras (DIAS, 2016, p. 153).

Somente depois de quase um século da alteração efetuada pelo decreto nº 181/1890, foi promovida, novamente, importante e transformadora mudança normativa direcionada ao casamento. Desta vez, por meio da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que possibilitou, pela primeira vez, a dissolução volitiva do casamento, ainda assim condicionada à prévia separação judicial por mais de três anos, ainda também, quando comprovada a separação de fato por período igual ou o divórcio direto quando a separação tivesse ocorrida há pelo menos cinco anos anteriores à referida emenda, nos termos da lei (BRASIL, 1977).

A referida Emenda Constitucional manteve a atribuição expressa ao legislador ordinário para regulamentar o divórcio no Brasil, instituindo, desde logo condições mínimas para a dissolução do casamento como acima declinado.

Neste momento, o Brasil era um dos poucos países da América do Sul³, dentre aqueles integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU), que ainda não permitiam o divórcio, e tanto a influência interna como externa, fizeram intensificar o debate sobre a regulamentação da dissolução do casamento (SENADO NOTÍCIAS, 2017), vindo a Igreja Católica e setores conservadores da sociedade a se posicionar, mais uma vez, veementemente contra (DIAS, 2016, p. 302).

Mesmo diante da grande resistência, em 26 de dezembro de 1977, foi publicada a Lei nº 6.515 que instituiu pela primeira vez no país a possibilidade do fim do vínculo conjugal volitivo

2 Vg: Decreto português de 3 de novembro de 1910 e Decreto-Lei n.º 261, de 27 de maio de 1975; e Lei Uruguai nº 3.245 de 29 de outubro de 1907 e Lei nº 4.845, de 28 de abril de 1914

3 Argentina e Chile foram os últimos países sul-americanos a instituir e regular o divórcio passando a reconhecer, respectivamente, em 03 de junho de 1987, conforme Lei nº 23.515, e, em 22 de abril de 2004, por meio da Lei nº 19.947.

e o sistema dual de dissolução do casamento a ser instaurado junto ao Judiciário conforme diretrizes constitucionalmente fixadas, exigindo, em todos os casos a necessidade da participação de ambos os cônjuges.

A Constituição da República de 1988 manteve a possibilidade de dissolução volitiva do casamento por meio do sistema dual a ser regulado legalmente, reduziu o prazo para o requerimento de conversão de separação em divórcio de três para um ano, além de reduzir também o prazo do divórcio direto em caso de separação de fato, passando de cinco para dois anos não se limitando a fatos pretéritos à norma ápice.

A alteração produzida pelo texto constitucional exigiu a adequação infraconstitucionais sendo por meio da Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, e Lei nº 8.408 modificados dispositivos contidos na Lei nº 6.515/1977, exigindo em todo caso ação judicial e participação dos cônjuges. O Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 passou a regular materialmente o divórcio reproduzindo parcialmente o que disciplinava a Lei de 1977, deixando escapar a oportunidade de promover alterações profundas.

Em 4 de janeiro de 2007, foi publicada a Lei nº 11.441, que pela primeira vez afasta do Judiciário a exclusividade da decretação de separação ou divórcio, facultado aos cônjuges o requerimento consensual por meio de advogado junto ao tabelionato de notas, quando ausentes dependentes incapazes.

A parcial desjudicialização da separação e divórcio introduzida no ordenamento jurídico, além de buscar desafogar o Judiciário⁴ também reconheceu a capacidade e liberdade dos cônjuges em decidir (CARVALHO, 2018, p. 345), sem a necessidade do auxílio estatal, sobre suas próprias vidas por meio do exercício de sua autonomia privada, sendo, segundo Rolf Madaleno (2018, p. 391), a possibilidade de escolha colocada à disposição do casal a principal mudança promovida pela digitada lei.

Antes mesmo da publicação da lei que possibilitou a separação e o divórcio extrajudicial, já haviam sido apresentadas as Propostas de Emenda à Constituição (PEC) nº 33/2007 e 413/2007 que pretendiam unificar no divórcio todas as hipóteses de dissolução da sociedade e vínculo conjugal. O resultado dos projetos de emenda constitucional deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição da República de 1988 (CARVALHO, 2018, p. 315).

Com a aprovação da Emenda Constitucional, foi suprimido do texto constitucional o sistema dual de dissolução do casamento presente na redação original definindo o divórcio como ato suficiente para tanto, não exigindo, também pela primeira vez, aparentemente, regulação infraconstitucional e critérios (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 596).

A ausência de previsão constitucional de critérios ou requisitos para dissolução do casamento por meio do divórcio possibilitou ao legislador infraconstitucional manter a trajetória emancipadora iniciada pela Lei nº 11.441/2007, reduzindo a ação invasiva sobre a privacidade do casal e ampliando o respeito à autonomia privada (LÔBO, 2018, p. 33).

Após a emenda constitucional intensificaram os debates sobre recepção ou não da separação jurídica prevista no Código Civil de 2002 diante da ausência de previsão constitucional para tanto, vindo, segundo Dimas Messias de Carvalho, “a imensa maioria dos juristas

4 Atualmente a taxa de congestionamento do Judiciário estadual é de 74% (CNJ, 2019, p. 36).

em direito de família concluíram que a separação jurídica não foi recepcionada pela EC n. 66/2010” (CARVALHO, 2018, p. 332).

Todavia, a legislação publicada em momento posterior à emenda constitucional, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que substituiu o Código de Processo Civil anterior, manteve a possibilidade processual da separação jurídica autônoma ao processo de divórcio, vindo o Excelsior Superior Tribunal de Justiça proferir, em 14 de março de 2017, decisão no Mandado de Segurança nº 1.247.098 reconhecendo a diversidade da natureza jurídica da separação jurídica e do divórcio assentando entendimento no sentido de que a EC nº 66/2010 recepcionou os artigos do Código Civil e, ainda que não tratados na referida decisão, também são constitucionais os dispositivos processuais sobre o mesmo tema.

Em 29 de outubro de 2019 foi publicada a Lei nº 13.984 que inseriu o art. 14-A na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, ampliando a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para também processar requerimentos de divórcio, estabelecendo preferência ao requerimento, no juízo em que estiver, caso a violência tenha iniciado após a propositura da demanda.

Ainda que seja inegável que o instituto do divórcio no Brasil tenha progredido mesmo diante da resistência setORIZADA, principalmente após o atual marco constitucional, é evidente que o avanço tem se mostrado mais agudo frente ao poder constituinte originário e derivado reformador que junto ao legislador ordinário⁵, fato que repercute no problema proposto nesta pesquisa acerca da possibilidade de regulação do divórcio pelos Tribunais estaduais.

3. A TENTATIVA DOS TRIBUNAIS EM REGULAR ADMINISTRATIVAMENTE NOVA ESPÉCIE DE DIVÓRCIO E A ESCOLHA LEGISLATIVA

A EC nº 66/2010 alterou o texto constitucional suprimindo do §6º do art. 226 o sistema dual e prazos para dissolução do casamento, assim como a determinação expressa dirigida ao legislador ordinário para a sua regulamentação, vindo assim a dispor: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (BRASIL, 1988, s/p).

Diante da ausência de tratativa extensiva concedida pela Emenda ao divórcio (FIUZA, 2019), várias discussões foram e ainda são travadas entre juristas brasileiros, sobre diversos temas correlacionados. Contudo, apesar de variadas divergências sobre inúmeros pontos, a grande maioria dos autores familiaristas⁶ compreendem que a alteração constitucional atribuiu ao divórcio o *status* de direito potestativo.

5 O fato dos representantes do Poder constituinte derivado reformador ser, no Brasil, também responsáveis pela produção da legislação ordinária poderia fazer soar como incongruente a afirmação de que as emendas constitucionais sobre o tema investigado avançaram mais que as regulamentações ordinárias, todavia, como se observará mais adiante, os avanços constitucionais se deram por meio de normas de eficácia limitada que exigem complemento infraconstitucional para alcançar efeitos finalísticos (SILVA, 1998, p. 89), superando assim a função meramente político-ideológica para enfim alcançar a função jurídico-instrumental, sob pena de, não fazendo, se instituir norma meramente simbólica (NEVES, 1994, p. 76).

6 Vg: Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2018, p. 469); Dimas Messias de Carvalho (2018, p. 388); Fernanda Tartuce (2018, p. 243); Flávio Tartuce (2019b, p. 319); Maria Berenice Dias (2016, p. 122); Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2019, p. 586); Paulo Lôbo (2018, p. 104); e Rolf Madaleno (2018, p. 464).

Vale destacar que o direito potestativo relaciona-se com a exclusiva vontade de exercício de direito subjetivo com a finalidade de alterar situação jurídica (SILVA, 2014, p. 740), ou seja, pode-se qualificar o direito como potestativo quando é franqueada faculdade ao titular de submeter a sua vontade a outrem sem que para este exista a possibilidade de resistência válida.

Quanto ao §6º do art. 226 da Constituição da República de 1988, apesar do constituinte derivado reformador ter suprimido questões anteriormente impostas ao legislador ordinário que condicionavam a decretação do divórcio (CARVALHO, 2018, p. 340) tem-se que não se vedou que o instituto fosse regulado por imposição de critérios, condições ou procedimentos para seu intento.

José Afonso da Silva (2019, p. 141) adverte que toda norma constitucional possui efeitos tanto positivos como negativos, ou seja, a norma constitucional tem a capacidade de revogar todo o ordenamento jurídico anterior contrário as suas determinações, impondo a não recepção, e ao mesmo tempo impedindo o legislador ordinário de produzir leis contrárias aos seus ditames.

Assim é possível afirmar que a EC nº 66/2010 fixou apenas uma forma de dissolução de casamento que é o divórcio não excluindo eventualmente outras⁷, portanto caso existisse lei anterior que impossibilitasse a dissolução do casamento, o que não é o caso, não seria esta recepcionada, restando ainda ao legislador ordinário o impedimento de criar lei que afaste do divórcio a sua destinação constitucionalmente definida que é a dissolução do casamento.

Todavia, a redação dada ao dispositivo sob exame pela Emenda Constitucional outrora referida não atribuiu propriedades conotadas ao divórcio fazendo referência a instituto de direito material e processual civil previamente existente, fato este que somado à ausência de regulação completa pelo Poder Reformador atribui à norma constitucional aplicabilidade mediata exigindo tacitamente regulamentação infraconstitucional, observado em todo caso os seus efeitos positivos e negativos já examinados.

Assim, o legislador infraconstitucional ao deixar de impor condições materiais ao divórcio direto, algo que poderia ter feito diante da aplicabilidade mediata da norma constitucional, atribuiu ao divórcio o *status* de direito potestativo⁸, mas regulou processualmente⁹ sua decretação.

Compreendendo de forma diversa da aqui exposta, entendendo que o *status* potestativo do divórcio decorre diretamente do texto constitucional e não da escolha legislativa ordinária, assim como assentado no princípio da “autonomia da vontade”, o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) publicou o Provimento nº 6, de 14 de maio de 2019, criando e regulamentando o divórcio impositivo com ou sem alteração do nome a ser efetuado na serventia extrajudicial.

O referido provimento exigia como requisitos o casamento, a ausência de requerimento de alimentos ou divisão de patrimônio, assim como a inexistência nascituro ou filhos incapazes e a assistência de advogado.

7 Importante destacar que o casamento válido se dissolve pelo divórcio e também com a morte, conforme preconiza o §1º do art. 1.517 do Código Civil.

8 Dimas Messias de Carvalho (2018, p. 388) argumenta que poderia ser oposto ao divórcio exceção, qual seja, a inexistência de matrimônio, retirando assim o caráter absoluto do direito subjetivo ao divórcio algo que poderia afastar o *status* de direito potestativo.

9 Vide art. 733 do CPC.

O procedimento criado seria realizado exclusivamente pelo cartório de registro de pessoas naturais em que foi registrado o casamento, exigiria o requerimento de apenas um dos cônjuges e a notificação do cônjuge ausente que poderia ocorrer inclusive por edital antes de proceder à averbação.

Na mesma esteira do TJPE, apenas seis dias após a publicação do retro Provimento, o Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA) publicou o provimento nº 25, de 20 de maio de 2019, fundamentando o ato administrativo no art. 16. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), destinado a liberdade de casamento e sua dissolução; no direito postestativo ao divórcio decorrente do texto constitucional; ao princípio constitucional da fraternidade; ao movimento da desjudicialização do direito e, ainda, ao princípio da “autonomia privada”.

Apesar de criar procedimento semelhante ao do TJPE, o TJMA inovou ao denominar o divórcio criado como “unilateral”, bem como de facultar a assistência de advogado. Diante das regulamentações promovidas por Tribunais de Justiça, apenas dez dias depois do último provimento, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a recomendação nº 36, de 30 de maio de 2019, em virtude do pedido de providência distribuído pela Corregedoria Nacional de Justiça autuado sob o nº 0003491-78.2019.2.00.0000 (CNJ, 2019b).

Na decisão proferida no pedido de providência que deu origem a referida Recomendação, o CNJ considerou a competência privativa da União para legislar sobre Direito processual e registral, assim como a regulamentação infraconstitucional do divórcio e a ausência de autorização para a modalidade do divórcio unilateral ou impositivo vindo a recomendar que os Tribunais “se abstenham de editar atos regulamentando a averbação de divórcio extrajudicial por declaração unilateral”, assim como “providenciem a sua imediata revogação” em sentido contrário (CNJ, 2019b).

O CNJ ao editar a recomendação supramencionada observou o óbice de natureza formal diante da competência legislativa privativa da União estabelecida nos inciso I e XXV do art. 22 da Constituição da República de 1988, não podendo esta ser usurpada pelo Judiciário, pertencendo ao Judiciário apenas a competência administrativa de regulamentar o divórcio por meio extrajudicial apenas e nos restritos comandos encartados no art. 733 do CPC, não sendo juridicamente válida a regulamentação por tribunais que venha a ampliar ou contrariar a decisão do legislador.

O CNJ também advertiu que existiria impedimento de ordem material aos provimentos publicados diante da afronta a isonomia determinada pela Constituição na aplicação de leis de nacionais, pois, os Estados que publicaram os Provimentos criadores e regulamentares, já anotados acima, possuiriam procedimentos diversos daqueles que compreenderam não possuir competência suficiente para tanto.

Ainda que não tenha sido objeto de exame do CNJ, vale ainda destacar como afirmado anteriormente, que o direito potestativo ao divórcio não possui origem no texto constitucional, mas na escolha do legislador ordinário que por sua vez editou normas de cunho processual e registral para regulamentar o instituto, não sendo viável a aplicação direta da norma constitucional quando esta possui eficácia mediata e indireta, portanto limitada.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2020, p. 108) argumenta que a norma de eficácia limitada necessita da atuação do legislador para regulamentá-la, somente então, aumentada a sua capacidade, adquiriria eficácia plena, ou seja, por si só, não possui aplicabilidade imediata e direta¹⁰.

Assim, tendo o legislador, cuja competência é privativa, escolhido a forma e requisitos para o desenvolvimento do divórcio não cabe ao Judiciário, por meio de ato administrativo e restrito, inovar ao criar espécie e procedimentos registraes de divórcio.

Outro ponto presente em ambos os Provimentos publicados pelo TJPE e TJMA é o fundamento da criação e regulamentação de nova espécie de divórcio no princípio da “autonomia da vontade” do cônjuge insatisfeito com o vínculo conjugal. Contudo, observa-se que a elevação da vontade unilateral a patamar superior ao da Lei, art. 733 do CPC, como causa e efeitos jurídicos, não se mostra adequada à contemporaneidade e a evolução do ordenamento jurídico que, atualmente, apenas admite a liberdade objetiva dentro dos limites legais, o que se convencionou denominar como autonomia privada¹¹ (RIBEIRO; AYLON, 2019, p. 367).

Ainda que se possa cogitar que o termo, “autonomia da vontade”, tenha sido utilizado como gênero ou rótulo, não é possível afastar que o seu significado foi utilizado como espécie quando admitida que a vontade unilateral possa sobrepor o texto legal expresso.

Outro fato importante destinado a escolha do legislador detentor de competência privativa relaciona-se a publicação da Lei 13.984, de 29 de outubro de 2019, portanto, em momento posterior aos referidos provimentos e recomendação, em que dentre outras disposições, alterou dispositivos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha, ampliando a competência para processamento e decretação de divórcio e dissolução de união estável também aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Observa-se que mesmo nos casos envolvendo violência, o legislador ordinário não optou pela possibilidade de divórcio impositivo ou unilateral, deixando de criar procedimento especial para tanto, apesar de conferir preferência no juízo em que estiver sendo processado o divórcio quando iniciada a situação de violência doméstica e familiar após o ajuizamento.

Mesmo depois da Recomendação nº 36 do CNJ e das diretrizes esposada em seus fundamentos, o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) editou o Provimento nº 42, de 17 de dezembro de 2019, que também regulamentou, contra *legis*, a possibilidade de divórcio consensual mesmo quando o casal possua filhos incapazes ou nascituro.

No referido Provimento, O TJGO considerou pertinente a regulamentação diversa daquela já existente no CPC sob o argumento de que estaria dando uma “melhor interpretação das regras insertas no art. 733, do Código de Processo Civil, no que tange à proposta de desjudicialização” (TJGO, 2019).

Na última década, é inegável o protagonismo do Judiciário brasileiro na evolução do Direito das Famílias que, utilizando de interpretação sistemática e harmônica do ordenamento jurídico pátrio, reconheceu relações familiares existentes em nossa sociedade a exemplo da

10 Em sentido contrário conferir: CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 336-337.

11 “Nesse novo contexto social, político e econômico, a autonomia da vontade foi relativizada e o puro arbítrio particular foi transferido para um maior protagonismo estatal. Inclusive, essa somatória de fatores proporciona a eclosão de uma nova visão da autonomia, a qual se desvincula do termo vontade e se agarra a expressão privada” (RIBEIRO; AYLON, 2019, p. 367).

decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/2011, “que qualificou a união homoafetiva como entidade familiar, merecedora de idêntica proteção do Estado conferida à união estável” (LÔBO, 2018, p. 33); assim como no Recurso Extraordinário (RE) nº 898.060/SC em que restou fixada tese jurídica segundo a qual inexistente hierarquia entre a filiação biológica e socioafetiva.

As citadas decisões não esgotam o hodierno trabalho do Judiciário em impulsionar a evolução do direito familiarista¹² por meio da interpretação conforme a Constituição, caracterizada pela ausência de revogação de dispositivo legal, mas alterando o sentido de palavras para que assim melhor se adéquem ao comando constitucional (STRECK, 2018, p. 217).

Contudo, no caso do provimento editado pelo TJGO, como dito alhures, o texto constitucional utilizou de termo já previsto em lei material e processual destinando a sua regulamentação a norma infraconstitucional, vindo a Constituição se limitar a descrever a natureza jurídica do divórcio como instituto adequado à dissolução do casamento, mas não sendo o único. Por sua vez o art. 733 do CPC, manteve a possibilidade do divórcio extrajudicial de forma expressa ainda que limitada a faculdade aos requisitos legais, tais como, consensualidade; ausência de nascituro ou filhos incapazes; e assistência de advogado.

Ainda que se possa criticar os critérios legais acima arrolados, principalmente a exigência de ausência de nascituro ou filhos incapazes, já que o fim da relação conjugal em nada altera o vínculo existente entre os ascendentes e seus descendentes, mantido o poder familiar e o direito de convivência ou visitação, garantindo assim a tutela especial conferida aos incapazes, têm-se que a escolha legislativa não contraria o texto constitucional.

Todavia, o provimento do Tribunal de Justiça goiano mencionado acima, parece contrariar frontalmente o texto legal, buscando regulamentar matéria de competência legislativa privativa da União, como já tratado anteriormente, desafiando a ordem constitucional e o equilíbrio entre os Poderes da República, ignorando o fato de que a interpretação constitucional não está adstrita apenas ao Judiciário e tampouco que somente este teria capacidade de apresentar a melhor e mais adequada interpretação à Constituição (REZENDE, 2017, p. 132).

Compreendendo que a EC nº 66/2010 inseriu norma de caráter mediato e indireto, sendo indispensável regulamentação infraconstitucional conforme competências instituídas pela Constituição, e ainda que o divórcio é direito potestativo em virtude das escolhas legislativas materiais e processuais é forçoso concluir, a reboque, pela invalidade dos regulamentos de Tribunais de Justiça destinados a inovar quando criam espécie de divórcio, bem como pela ilegalidade de atos que contrariem frontalmente disposição legal de competência privativa da União. Assim, ainda que se possa compreender necessária a adequação do Direito às realidades sociais, tem-se que a via adequada para tanto é a legislativa em respeito contínuo aos preceitos constitucionais já abordados acima.

12 Vg.; Igualdade entre uniões hetero e homoafetivas, ADPF 132; Declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, RE nº 646.721 e REsp 1.635.649 (temas 498 e 809); Autorização excepcional de adoção de neto por avós, REsp 1.635.649; *et al.*

4. DECRETAÇÃO DE DIVÓRCIO INAUDITA ALTERA PARTE E A ESCOLHA LEGISLATIVA

O atual CPC, buscando alterar a cultura jurídica belicosa, inseriu no ordenamento jurídico processual paradigma contrafático dirigido ao diálogo e a participação, buscando mitigar comportamentos não cooperativos com a finalidade de que as partes envolvidas tenham oportunidade de solucionar os seus próprios conflitos ou influenciar eventual decisão adjudicada (THEDORO JÚNIOR, *et al.*, 2015, p. 69).

O *caput* do art. 9º do CPC estabelece que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (BRASIL, 2015) em respeito ao princípio da não surpresa das decisões, sendo, juridicamente viável, em casos excepcionais, o proferimento de decisões *inaudita altera parte*, conforme os incisos contidos no parágrafo único do mesmo artigo¹³, que possibilitada o exercício do contraditório diferido.

Em 31 de janeiro de 2020, diversos *sites*¹⁴ jurídicos noticiaram a decisão proferida pela MM juíza, Karen Francis Schubert, titular da 3ª Vara da Família da comarca de Joinville/SC, que deferiu liminarmente, *inaudita altera parte*, o requerimento de divórcio formulado pela parte autora em sede tutela provisória de evidência.

Segundo o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a magistrada fundamentou a decisão liminar no direito potestativo ao divórcio assim como na “autonomia da vontade”, conforme se infere:

Portanto, a manifestação de vontade da parte autora se constitui em maturação suficiente para o deferimento da antecipação dos efeitos do pedido de dissolução do vínculo conjugal.

Deste modo, não se mostra razoável impor à parte autora o ônus de suportar toda a tramitação do feito e dilação probatória para que tenha analisada sua pretensão, quando já houver manifestado seu inequívoco interesse na dissolução da sociedade conjugal (*apud* IBDFAM, 2019).

Mais uma vez verifica-se que o direito potestativo ao divórcio é observado como algo que exsurge da EC nº 66/2010, sendo concedido ao §6º do art. 226 da Constituição da República de 1988, aplicabilidade plena, ainda que a definição de divórcio esteja adstrita ao direito material e sua aplicabilidade ao direito processual infraconstitucional, conforme já tratado em linhas pretéritas.

Novamente é importante ressaltar que o princípio da autonomia da vontade não tem mais espaço diante da superação do individualismo-liberal que sacralizava a vontade unilateral (TARTUCE, 2019a, p.48), sendo imperiosa a observação da autonomia privada que possibilita ao indivíduo regular seus desejos dentro dos limites legais, não sendo suficiente a sua mera vontade.

13 Além dos casos previstos no parágrafo único do art. 9º, também autorizam a concessão de decisão liminar *inaudita altera parte* aquelas proferidas com fins nos art. 562 do CPC.

14 Cf: Ibdfam: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7152/Div%C3%B3rcio+%C3%A9+decretado+antes+mesmo+da+cita%C3%A7%C3%A3o+do+marido>; Conjur: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-01/juiza-decreta-divorcio-antes-mesmo-citacao-marido>; Migalhas: <https://www.migalhas.com.br/quentes/319569/juiza-de-sc-decreta-divorcio-de-casal-antes-mesmo-da-citacao-do-marido>.

O capítulo X, do título III do CPC contempla as ações de família, vindo a estabelecer diretrizes voltadas ao consensualismo e normas específicas à citação, audiência preliminar, oitiva de incapaz e participação do Ministério Público, remetendo o processo, quanto ao restante, às regras do procedimento comum ordinário.

Observa-se que tanto no procedimento especial (art. 695) quanto no procedimento comum ordinário (art. 294), ainda que possível a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, em regra, condiciona o exame dos requerimentos ao cumprimento às fases do processo que deve primar pela consensualidade. Assim compreender que o mero requerimento, fundado na autonomia da vontade, seria suficiente para afastar a escolha legislativa pela ritualidade, desautoriza a escolha legislativa e pode atentar contra a separação dos Poderes ou mesmo usurpar competência privativa fixada no inciso I do art. 22 da Constituição da República de 1988, além de ser contrário à diretriz consensual do procedimento.

Tem-se ainda que o legislador ordinário, apesar de expressamente prever a possibilidade da concessão de tutela provisória (art. 695 CPC) também estabeleceu a regra geral acerca do rito (art. 697 CPC) a ser observado para a decretação das demandas de famílias (art. 693 CPC), inclusive o divórcio judicial, assim ainda que possível a concessão de tutela de evidência no Direito das Famílias essa deve ser sempre observada em seu caráter excepcional sob pena de se converter a excepcionalidade em regra e fulminar com dispositivos legais formalmente em vigor, instituindo ao arrepio da lei, o divórcio impositivo ou unilateral.

Assim, parece que o atual texto legal não autorizaria, em regra, a decretação liminar *inaudita altera* parte do divórcio, nada impedindo, porém, a sua decretação, depois de instaurado o contraditório, inclusive por meio de decisão parcial de mérito nos termos do inciso I do art. 356 do CPC.

5. PROJETO DE LEI Nº 3.457/2019

Inspirado pelo provimento nº 06/2019 do TJPE, assim como no posicionamento dos professores José Fernando Simão e Mário Luiz Delgado¹⁵, o Senador Rodrigo Pacheco (MDP/MG) apresentou Projeto de Lei Ordinária (PLO) nº 3.457/2019 para acrescenta ao CPC o art. 733-A pretendendo regulamentar o divórcio extrajudicial unilateral direto por averbação (SENADO, 2019).

O PLO pretende a criação de nova espécie de divórcio extrajudicial consubstanciada na declaração unilateral de um dos cônjuges, assistida por advogado, a ser apresentada ao Cartório de Registro de Nascimentos, Casamentos e Óbitos que deverá notificar pessoalmente e na sua impossibilidade por meio de edital, o outro cônjuge para tomar ciência da solicitação, procedendo à imediata averbação (SENADO, 2019).

O referido projeto impõe como único óbice à proposta de nova modalidade de divórcio a existência de nascituro e filhos incapazes, na mesma esteira da regulamentação já prevista no art. 733 do CPC.

O relator da Comissão de Constituição de Justiça (CCJ), Senador Marcos Rogério da Silva Brito (PDT) apresentou duas emendas propondo a correção de termos utilizados, proferindo ao final voto favorável à matéria que se encontra pronta para ser pautada na casa iniciadora.

Em pesquisa de opinião sobre a matéria da PLO aberta no *site* do Senado, esta apresentou até 06 de abril de 2020, aprovação superior a 91% (noventa e um por cento) perante os votantes (SENADO, 2019), além de também contar com o apoio do IBDFAM¹⁶.

O mencionado projeto que conta com o apoio popular e de importante Instituto familiarista consegue suprir a evidente inconstitucionalidade presente nos provimentos expedidos pelos TJPE e TJMA, mas deixa de avançar quando permanece exigindo a ausência de nascituro ou filhos incapazes, isto porque, o fim do vínculo conjugal entre os pais em nada afeta a relação ou o vínculo jurídico destes com a prole, ainda que, obviamente possa refletir na convivência, algo que poderia restar reservado a processo judicial autônomo a tratar de questões que realmente afetem diretamente os menores, como guarda, convivência e pensão alimentícia, na esteira do provimento editado pelo TJGO e acima comentado.

Destaca-se que os filhos não são nem poderiam ser objeto em eventual demandada relacionada ao divórcio de seus pais isso porque aqueles são sujeitos da relação derivada do poder familiar, não sendo objetos nem sujeitos passivos desta ação que pretende a dissolução do casamento, mas sim os destinatários do exercício do ônus de criação, orientação e proteção incumbidos aos pais que podem ser objeto de ação própria (RAMOS, 2016, p. 39).

Assim, melhor seria, que o referido PLO desvinculasse os dois institutos, divórcio e filiação, pois, além de tornar-se coerente diante da pluralidade de modelos familiares agasalhados pela Constituição da República de 1988, em que a filiação independe do matrimônio entre os genitores, também poderia reduzir a litigiosidade já que fragmentado os institutos, sendo assim possível a realização de divórcio extrajudicial unilateral direto por averbação e, paralelamente, ação destinada a guarda, convívio e alimentos dos menores ou nascituro.

Assim a regulamentação dada pelo PLO, mais uma vez, não se mostra suficiente adequada frente às atuais necessidades sociais, porém, diante do histórico de resistência e dificuldades imposta por setores conservadores a alteração proposta pode se apresentar como mais um passo na lenta evolução do Direito das Famílias em direção ao afastamento direto e inciso do Estado em assuntos de natureza exclusivamente privada que exige apenas regulamentação.

6. CONCLUSÕES

A atual legislação atinente ao divórcio no Brasil é resultado de mais de um século de evolução do instituto e de enfrentamentos sociais, culturais e jurídicos que abriram possibilidades da dissolução do casamento. A resistência que sempre existiu sobre este instituto ainda tem reflexos e mesmo hoje parece impor obstáculos injustificados a sua maior agilidade. Diante dessas dificuldades, Tribunais de Justiça de Pernambuco e Maranhão editaram provimentos criando e regulamentando o divórcio impositivo ou unilateral ao arrepio da lei.

16 Cf: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6965/Div%C3%B3rcio+Impositivo+%C3%A9+apresentado+como+projeto+de+lei+no+Senado%3B+texto+foi+elaborado+por+membros+do+IBDFAM>

A criação e regulamentação normativa considerou que a EC nº 66/2010 teria atribuído ao divórcio o *status* de direito potestativo, assim como a autonomia da vontade, dirigida a apenas um dos cônjuges, seria suficiente para afastar as regulamentações legais que disciplinam o tema.

Mesmo que o CNJ tenha determinado a suspensão dos referidos provimentos editados pelo TJPE e TJMA, assim como também tenha recomendado aos demais Tribunais estaduais e distrital que se abstenham de editar normas infralegais semelhantes em virtude da evidente inconstitucionalidade formal, já que compete privativamente à União legislar sobre Direito Civil, Direito Processual e Registro Públicos, resta evidenciado que o direito potestativo ao divórcio tem origem em norma infraconstitucional, não decorrendo diretamente do §6º do art. 226 da Constituição da República de 1988 em face da sua aplicabilidade mediata o que impede os tribunais de editarem normas a serventias extrajudiciais a regulamentar o divórcio impositivo.

Pouco tempo após a recomendação expedida pelo CNJ, o TJGO editou provimento buscando ampliar a desjudicialização do divórcio possibilitando, facultativamente, o divórcio extrajudicial mesmo para aqueles que possuam filhos incapazes ou nascituro, o que apesar de condizente com a evolução social também parece padecer do mesmo mal incurável que os provimentos que o antecederam, qual seja, a invalidade do regulamento diante da incompetência formal e da aplicabilidade mediata e indireta do §6º do art. 226 da Constituição da República de 1988, sendo ainda flagrantemente ilegal já que estabelece regra diametralmente contrária àqueles estabelecida pelo art. 733 do CPC.

Mesmo decisões judiciais que decretam divórcio, quando proferidas em sede de tutela de evidência de forma *inaudita altera parte*, não parecem estar alinhadas com os princípios impostos ao rito especial das ações de família e tampouco a ritualidade subsidiária comum ordinária do CPC, pois, afastariam a consensualidade que deveria conduzir os trabalhos judiciais dessa espécie.

Todavia, o PLO nº 3.457/2019 inspirado no supramencionado provimento expedido pelo TJPE parecer superar os questionamentos relativos à inconstitucionalidade formal, estando ainda condizente com a norma constitucional de eficácia mediata e indireta e com o Estado Democrático de Direito, ainda que restasse críticas diante de sua timidez e da possibilidade de se avançar de forma mais incisiva no sentido de ampliar as possibilidades do divórcio impositivo mesmo àqueles que possuam filhos incapazes ou nascituro, tendo em vista que o fim do vínculo conjugal em nada altera a relação jurídica existente entre os ascendentes e descendentes.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Ley nº 23.515, de 03 de junio de 1987. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/23515-nacional-ley-divorcio-vincular-Ins0003418-1987-06-03/123456789-0abc-defg-g81-43000scanyel>. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

- BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7841.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8408.htm#art1. Acesso em: 19 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.
- BRASIL. 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: 19 mar. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.984, de 29 de outubro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13894.htm.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.
- CHILE. Ley nº 19.947, de 22 de abril de 2004. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>. Acesso em: 19 mar. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em número*: 2019. Brasil: CNJ, 2019a.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação nº 36, de 30 de maio de 2019b*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_36_30052019_04062019134250.pdf Acesso em: 26 mar. 2020.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodivm. 2020.
- FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 19. ed. Belo Horizonte: D'Pácido. 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito Civil: Direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v.6.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 8. ed. Saraiva Educação, 2018. v.5
- MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.
- NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica. 1994.
- PORTUGAL. Decreto de 3 de novembro de 1910. Disponível em: <http://www.laicidade.org/documentacao/legislacao-portuguesa/portugal/republica-1910-1926/divorcio/>. Acesso em: 19 mar. 2020.
- RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.
- REZENDE, Renato Horta. *Controle concentrado de constitucionalidade: elemento estrutural de validade das decisões sobre política pública*. Curitiba: Juruá. 2017.

RIBEIRO, M.V.M.C; AYLON, L. L. O princípio da autonomia privada e seus contornos hodiernos. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, v. 14, n. 1, jun . 2019, p. 353-381.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulo Jurídico*. Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes (atualização). 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42. ed. Salvador: JusPodivm. 2019.

SENADO. *Projeto de Lei Ordinária nº 3457/2019*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137242>. Acesso em: 4 abr. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. *Divórcio demorou a chegar no Brasil*. 04 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>. Acesso em: 19 mar. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo. Malheiros. 1998.

SIMÃO, J.F.; DELGADO, M. L. Impedir a declaração unilateral de divórcio é negar a natureza das coisas. *Consultor Jurídico*, 19 de maio de 2019. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=63168d42036e611d>. Acesso em: 4 abr. 2020.

STRECK, L. L. Hermenêutica e princípios da interpretação Constitucional. In: CANOTILHO; José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil I*. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 207-238.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil no direito de família: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Método. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 14. ed.. Rio de Janeiro: Forense. 2019a. v. 2

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019b. v. 5

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. *Provimento nº 42, de 17 de dezembro de 2019*. Disponível em: https://www.tjgo.jus.br/images/docs/CCS/DJE_2893_L_17122019.pdf. Acesso em: 27 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MARANHÃO. *Provimento nº 25, de 20 de maio de 2019*. Disponível em: <http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/sessao/31/publicacao/425391>. Acesso em: 25 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. *Provimento nº 6, de 14 de maio de 2019*. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/132214/provimento+6-2019.pdf/666b6fe1-59fe-30e8-9b3a-4b7b5c36b977>. Acesso em: 25 mar. 2020.

URUGUAY. *Ley nº 3245 de 27 de mayo de 1907*. Disponível em: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/3245-1907>. Acesso em: 19 mar. 2020.

URUGUAY. *Ley nº 4845 de 28 de abril de 1914*. Disponível em: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/3245-1907>. Acesso em: 19 mar. 2020.

Recebido/Received: 05.05.2020.

Aprovado/Approved: 08.07.2020.

DA POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: ANÁLISE DO RESP 1.742.547

THE POSSIBILITY OF ARBITRATION AS A
MECHANISM FOR EFFECTING CONSUMER RIGHTS
AND THE PRINCIPLE OF REASONABLE DURATION
OF THE PROCESS: RESP 1.742.547 ANALYSIS

DANILO HENRIQUE NUNES¹

OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA²

CARLOS EDUARDO MONTES NETTO³

RESUMO

Decisão inédita proferida pelo Superior Tribunal de Justiça trata da aplicação da arbitragem no direito consumerista: uma vez aceita a opção pelo procedimento arbitral, após a celebração do acordo, o consumidor não pode mais levar a juízo esta mesma matéria, ocorrendo nova exceção ao acesso à justiça como direito fundamental em contraponto ao fato de que, a defesa do consumidor, é norma de ordem pública. O estudo analisa o Recurso Especial nº 1.742.547, aprofundando a verificação da arbitragem como mecanismo de efetivação dos direitos do consumidor e do princípio da razoável duração do processo. Para embasar a pesquisa, foi realizada revisão de literatura envolvendo os fenômenos relacionados ao tema, utilizando-se

1 Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP, UNAERP. Advogado e jornalista. Docente de cursos de graduação e de pós-graduação de Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto/SP e Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9162-3606>.

2 Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), Mestre em Direito do Estado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Procurador do Estado de São Paulo n. V. Foi membro eleito do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Professor Titular do Programa de Doutorado, Mestrado em Direito e graduação da UNAERP, onde atua como Coordenador Geral dos Cursos de Pós-graduação lato sensu em Direito. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-1067-4335>.

3 Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP, UNAERP. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Docente de cursos de graduação e de pós-graduação da Universidade de Ribeirão Preto/SP, UNAERP. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-4274-0309>.

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

NUNES, Danilo Henrique; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. Da possibilidade da arbitragem como mecanismo de efetivação dos direitos do consumidor e do princípio da razoável duração do processo: análise do RESP 1.742.547. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 93-115, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8056>.

também do método indutivo para a argumentação. Os resultados apontaram para duas correntes de análise envolvendo o acesso à justiça, sendo uma que considera o acesso à justiça como um sinônimo do acesso ao Judiciário e outra que o considera em caráter mais amplo, abrangendo o instituto da arbitragem. Porém, de fato, compreendeu-se que a arbitragem constitui mecanismo válido para a efetivação dos Direitos do Consumidor e atendimento ao princípio da razoável do processo, apresentado esse instituto mais benéfico do que o processo judicial, desde que sejam cumpridos alguns requisitos fundamentais, como a autonomia de vontade das partes.

Palavras-chave: direitos do consumidor; acesso à justiça; ordem pública; arbitragem.

ABSTRACT

An unprecedented decision handed down by the Superior Court of Justice deals with the application of arbitration in consumer law: once the option for arbitration is accepted, after the conclusion of the agreement, the consumer can no longer bring this matter to court, with a new exception to access to justice as a fundamental right as a counterpoint to the fact that consumer protection is a norm of public order. The study analyzes Special Appeal No. 1,742,547, deepening the verification of arbitration as a mechanism to enforce consumer rights and the principle of reasonable duration of the process. To support the study, a literature review involving phenomena related to the theme had been carried out, also using the inductive method for argumentation. The results pointed to two currents of analysis involving access to justice, one that considers access to justice as a synonym for access to the Judiciary and another that considers it in a broader character, with the arbitration institute being applicable. However, in fact, it was understood that arbitration is a valid mechanism for the enforcement of Consumer Rights and compliance with the Reasonable Principle of the Process, with this institute being more beneficial than the judicial process, as long as they are complied with some fundamental requirements, such as the parties' autonomy of will.

Keywords: consumer rights; access to justice; public order; arbitration.

1. INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, um dos grandes empecilhos para o efetivo cumprimento do princípio da duração razoável do processo parte do enfrentamento da cultura da judicialização, diante disso, outros métodos adequados de resolução de conflitos vêm sendo discutidos como uma possibilidade de aumentar o acesso à justiça, produzindo decisões mais céleres e eficientes, sem desrespeitar outros princípios norteadores do Direito brasileiro.

Nesse contexto, o acesso à justiça estatal e aos respectivos instrumentos processuais deve ser mais importante pela sua potencialidade de uso do que em razão da sua efetiva utilização, possibilitando a criação de uma “nova mentalidade” em substituição ao paternalismo do Estado, com o surgimento de uma sociedade civil em que os meios não oficiais de solução de conflitos sejam mais utilizados do que os meios formais e oficiais (GRINOVER *et al.*, 2007, p. 791). Os defensores dessa tese partem de ensinamentos como os de Condado (2008), que aponta que a visão moderna sobre o acesso à justiça não pode mais se limitar ao acesso ao Poder Judiciário, sobretudo diante da ineficiência deste em atender ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

O objetivo geral do presente estudo, a partir dos métodos de revisão de literatura, hipotético-dedutivo e de análise empírica, consiste em abordar o procedimento arbitral como um mecanismo de efetivação dos Direitos do Consumidor e do princípio da razoável duração do

processo a partir de uma análise do Recurso Especial nº 1.742.547, decisão inédita na qual consumidores celebraram de modo autônomo e voluntário em relação ao contrato de compra e venda, um termo de compromisso, participando ativamente do procedimento arbitral, o que inviabilizou a apreciação do Judiciário acerca da mesma matéria. Os objetivos específicos também foram delimitados e, de modo detido, tem-se: a) realizar uma apresentação dos Direitos do Consumidor e de seus fundamentos primordiais, traçando um paralelo com a apresentação do princípio da duração razoável do processo; b) verificar quais são os argumentos para o acesso à justiça como um direito fundamental, explorando seu conceito e contemplando o instituto da arbitragem no âmbito do acesso à justiça; e, c) apresentar e analisar o REsp nº 1.742.547, apontando para os aspectos relacionados ao princípio da razoável duração do processo e para a efetivação dos direitos do consumidor, verificando se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) constitui possível exceção ao acesso à justiça como direito fundamental.

Destaca-se que, uma vez que a decisão do REsp nº 1.742.547 é bastante recente, existem poucos pareceres e nenhum estudo científico publicado sobre o tema nas bases de dados brasileiras. Deste modo, com a elaboração de um estudo original e que busca o esclarecimento das questões analisadas, a justificativa para a realização do presente estudo parte justamente de uma necessidade em lançar um olhar crítico e imparcial sobre o tema como um todo, verificando possíveis repercussões da decisão do STJ.

Segundo Silva (2018, p. 786), o sucesso dos métodos adequados de resolução de controvérsias diversos da justiça estatal é tão grande que tem sido realizada a sua expansão para zonas tão improváveis como o direito tributário, existindo expressa previsão legal da utilização da arbitragem em litígios envolvendo matéria tributária ou penal no direito português.

O embasamento teórico para a análise do caso em questão foi obtido a partir do método de revisão de literatura, de modo que, aborda-se brevemente a evolução histórica e os fundamentos dos direitos consumeristas; em seguida, apresenta-se o princípio da duração razoável do processo e a relevância da arbitragem para a concreção desse mandamento constitucional, inserido pelo EC nº 45/2004; e, ato contínuo, analisa o acesso à justiça como um direito fundamental, apresentando também o instituto da arbitragem e o relacionando com os demais conteúdos. Por fim, tais conhecimentos são empregados, de modo específico, nas discussões envolvendo o julgamento do REsp nº 1.742.54, com a promoção de diálogo jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, produzindo conclusões originais sobre o problema apresentado.

2. OS DIREITOS DO CONSUMIDOR E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS DE CONSUMO

Um primeiro ponto para analisar o procedimento arbitral como um mecanismo de efetivação dos Direitos do Consumidor parte de uma devida compreensão de alguns dos preceitos fundamentais do Direito Consumerista. De acordo com Marimpietri (2001) os primeiros movimentos atuantes em nome do consumidor surgiram entre o fim do século XIX e meados

do século XX, uma vez que inexistiam quaisquer direitos específicos do consumidor, que era tido como parte hipossuficiente nas relações de consumo, não detendo qualquer salvaguarda em relação ao fornecedor dos bens. Tais movimentos, que surgiram em países como Estados Unidos, Inglaterra e França, entretanto, não foram capazes de efetivar a criação de direitos consumeristas, embora tenham sido de extrema relevância para alertar os consumidores quanto a eventuais abusos praticados pelos fornecedores.

Segundo Alemida (1982) foi somente ao longo da década de 1960 que o consumidor passou a ser reconhecido como detentor de direitos específicos tutelados pelo Estado, sendo o presidente norte-americano John F. Kennedy o principal articulador do Direito do Consumidor ao enviar em 1962 um documento que considerava alguns direitos básicos dos consumidores, no sentido exposto: a) no caso do Direito à Saúde, passou a ser considerada indispensável à proteção contra a comercialização de produtos que possam representar algum risco para a saúde dos consumidores; b) o Direito à Segurança envolve a percepção de que os produtos disponíveis no comércio não podem atentar contra a segurança dos consumidores, responsabilizando os comerciantes por eventuais produtos inseguros ofertados no mercado; c) o Direito à Informação buscou proteger o consumidor de propagandas enganosas, elaboradas para o induzir a comprar produtos defeituosos ou que contem com preço ou configuração distintos daqueles apresentados pelo comerciante/fornecedor; d) já o Direito à Escolha compreende que deve haver variedade de produtos e serviços em preços competitivos, de modo que os consumidores possam selecionar os mesmos no processo de compra; e, e) por fim, há ainda o Direito a Ser Ouvido, o qual está associado ao ideal de que os consumidores devem sempre ter seus interesses representados na formulação de políticas públicas, efetivando medidas justas, igualitárias e céleres nos tribunais.

Assim, inserto no art. 5º, inciso XXXII⁴, insta contextualizar que a Defesa do Consumidor ganha do Constituinte Originário de 1988 status de direito e garantia fundamental, além de cláusula pétrea, nos termos da hermenêutica constitucional, especialmente quando combinada com o art. art. 60, § 4º, inciso IV⁵ também da CRFB/1988 que leciona o rol limitador formal, material, temporal e circunstancial, estabelecendo-se as mesmas (cláusulas pétreas) ao poder de reforma pelo Poder Constituinte Reformador, de modo que elas não são passíveis de alteração, pois têm a função de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos.

No escólio de Miragem (2008, p. 34), a constitucionalização da defesa do consumidor é uma decorrência da afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio que representa uma espécie de direito constitucional da pessoa, promovendo uma modificação qualitativa do status dos direitos do consumidor, que passaram a ser preferenciais com relação a direitos que se fundamentam apenas na legislação infraconstitucional.

Nesse contexto, Bejamin (2009) chegou a afirmar que o “CDC” é o “habeas corpus do consumidor”, sendo uma das poucas leis brasileiras que nasceu de uma determinação cons-

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

5 **Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

titucional, do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou a elaboração do Código em 120 dias, a partir da promulgação da CRFB/88.

Adiante, com base nessas observações preliminares, torna-se possível observar que o Direito do Consumidor é o resultado do trabalho de uma corrente jurídica que compreende o consumidor como a parte hipossuficiente nas relações de consumo, de modo a protegê-la de eventuais abusos que poderiam ser cometidos pelos comerciantes e fornecedores, considerando que o mercado não possui mecanismos eficientes para a superação desse vulnerabilidade, evidenciando-se a necessária a intervenção do Estado (GRINOVER *et al.*, 2007, p. 6-7). Alda (2012) aponta que no Brasil, embora outras constituições tenham se ocupado de direitos relativos à ordem econômica, foi somente com o advento da CRFB/1988, de modo especial no artigo 170, *caput* e incisos, que fora concebido que a Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, deve ter como fim assegurar a existência digna, observando critérios de justiça social e orientando-se, entre outros princípios, pela defesa do consumidor, conforme expresso no inciso V. Embora já houvessem organizações voltadas para a defesa do consumidor, a tutela estatal só passou a existir efetivamente no atual texto constitucional.

No artigo 5º, inciso XXXII da Carta Maior está previsto que o Estado deve promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. Quando se fala em Direitos do Consumidor no Brasil, é indispensável abordar a legislação consumerista, qual seja, a Lei nº 8.078/1990, que instituiu o CDC – Código de Defesa do Consumidor.

O principal ponto da existência dos Direitos do Consumidor e, por conseguinte, do CDC, parte do entendimento de que o consumidor é a parte hipossuficiente nas relações de consumo, devendo assim ser protegido. Soares (2015) leciona que o fundamento principal dos direitos do consumidor envolvem a efetividade de tais direitos, a qual só pode ser adquirida pela abertura de princípios jurídicos que norteiam as relações de consumo, como a transparência, a vulnerabilidade, a igualdade, a boa-fé objetiva, a repressão eficiente aos abusos, a harmonia do mercado de consumo, equidade e consumo, princípios os quais norteiam a legislação consumerista brasileira.

Carvalho (2013) aprofundou alguns dos princípios norteadores que fundamentam os direitos dos consumidores brasileiros, os quais são apresentados de modo sintetizado: a) o Princípio da Vulnerabilidade (artigo 4º, inciso I, do CDC) estabelece que o consumidor é a pessoa vulnerável, independentemente de quem seja e de seu poderio econômico, uma vez que não possui técnicas, conhecimentos e a tecnologias, sendo concebido em posição de inferioridade frente ao comerciante/fornecedor.

É o reconhecimento desse princípio que contempla o consumidor como a parte a ser protegida nas relações de consumo; b) associado ao princípio da vulnerabilidade, aplica-se de modo concomitante o Princípio Constitucional da Isonomia, o qual está associado ao tratamento de forma desigual aos desiguais, objetivando que a melhor solução e interpretação no caso concreto partem da presunção do consumidor como parte constitucionalmente reconhecida como mais fraca; c) o Princípio da Informação e da Transparência é um fundamento que almeja a busca por um consumo seguro e consciente, e está associado (como a própria denominação indica) ao dever de prestar informações claras e concisas ao consumidor sobre aquilo que ele está adquirindo, contemplando dever de transparência em todas as fases negociais; d) quanto ao Princípio da Boa-Fé Objetiva, tem-se que o mesmo compreende as funções de limitar abuso de direito, interpretar e integrar o contrato e a criação de deveres, buscando

o equilíbrio e a justiça, tutelando e protegendo o consumidor nas relações de consumo a partir de regras de conduta estabelecidas pela legislação e pela doutrina; e, e) já o Princípio da Equidade (também denominado como Princípio da Confiança) abrange o equilíbrio entre os deveres e obrigações, não sendo exigida uma conduta dolosa ou reprovável por parte do fornecedor, compreendendo a segurança do que o consumidor razoavelmente espera e pode exigir diante de um determinado produto ou serviço.

Estes e outros princípios acabam se constituindo como alguns dos fundamentos basilares dos direitos do consumidor no caso brasileiro. Em posse destes conhecimentos, torna-se possível aprofundar o princípio da razoável duração do processo, trazendo um paralelo quanto à arbitragem e sua possível aplicação em matéria consumerista já que o próprio artigo 4º, V do CDC destaca como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo o “incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo”.

Pelo dispositivo acima mencionado é possível sustentar a aplicação da arbitragem nas relações de consumo, especialmente quando estas versarem sobre direitos disponíveis ou passíveis de disponibilidade. Assim observam Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 261) “que a autonomia privada também está presente nas relações de consumo e que a experiência internacional reforça a ideia de que essas relações são um campo fértil para a adoção da arbitragem.”

Conforme se verifica, apesar de o direito do consumidor possuir normas de natureza cogente e de ordem pública, é inegável também a presença da autonomia privada nas suas relações, devendo ser destacado que a finalidade da imposição de normas obrigatórias, em qualquer área do direito, é evitar que as partes busquem obter vantagens indevidas ou a prática de fraudes (APRIGLIANO, 2010, p. 52).

Importante salientar que a expressão “ordem pública” está expressamente prevista na Lei de Arbitragem (art. 2º, § 1º), representando um claro limite à autonomia das partes e, de acordo com José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro, não diz respeito à disponibilidade ou patrimonialidade da causa, mas sim a valores de natureza política, econômica, social, moral e cultural relevantes para o Estado.

Nery Júnior, um dos autores do anteprojeto do CDC, afirma que “o juízo arbitral é importante fator de composição de litígios de consumo, razão pela qual o Código não quis proibir a sua constituição pelas partes do contrato de consumo”, indicando a interpretação a *contrario sensu* da norma (art. 51, VII do CDC), que não sendo determinada compulsorimente, é possível a instituição da arbitragem (GRINOVER *et al.*, 2007, p. 592).

Da mesma forma, Alvim *et al.* (1991, p. 253-254) sustentam que não obstante à rígida redação do VII, do art. 51 do CDC, ele não veda a utilização de compromisso arbitral que, além disso, tem se revelado eficaz para a resolução de disputas envolvendo o direito do consumidor nos países desenvolvidos.

Destarte, seria possível a aplicação dos Artigos 51, VII do CDC e 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, condicionando a eficácia da cláusula compromissória à tomada de iniciativa do consumidor em instituir a arbitragem ou à sua concordância expressa, sendo inviável qualquer forma compulsória de arbitragem nesse tipo de relação (FERREIRA; FERREIRA; ROCHA, 2019, p. 94), conforme já decidiu o STJ no REsp 1.189.050/SP.

Verificam-se julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), admitindo a arbitragem em contratos de adesão envolvendo relações de consumo, desde que observados os requisitos do art. 4º § 2º, da Lei de Arbitragem (TJSP, apelações 1050534-29.2017.8.26.0100, 1019669-24.2014.8.26.0554, 3001192-12.2013.8.26.0114, TJSP, agravo de instrumento 0166160-98.2012.8.26.0000 e TJGO, Apelação nº 0237312.21.2016.8.09.0137).

Deve ser destacado, no entanto, que autores como Marques, Benjamin e Miragem (2004, p. 55) sustentam que as normas do CDC se prestam a atender ao interesses social, em contraposição ao dogma da autonomia privada, tendo introduzido a função social do contrato antes da previsão que passou a constar do Código Civil de 2002.

Nessa perspectiva, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 263), observam que, em que pese a clareza da legislação em vigor autorizando o uso da arbitragem em conflitos envolvendo os direitos do consumidor, a maior parte da doutrina consumerista defende a incompatibilidade da arbitragem nas relações de consumo, com fundamento no art. 51, VII do CDC, sustentando que as normas que tratam dos direitos do consumidor possuem natureza cogente e de ordem pública.

Filomeno assenta que a utilização da arbitragem na resolução de conflitos envolvendo os direitos do consumidor é incompatível com “os marcos angulares da filosofia consumerista, notadamente aqueles consubstanciados pelo inc. I do art. 4º [...] e incs. IV e VII de seu art. 51” (GRINOVER *et al.*, 2007, p. 89).

O autor sustenta que a arbitragem seria impraticável no âmbito das relações de consumo, sendo preferível sacrificar esse método de solução de disputas em benefício da manutenção da filosofia consumerista baseada na manifesta vulnerabilidade dos consumidores em geral (GRINOVER *et al.*, 2007, p. 89).

Marques (2004, p. 890) afirma que a arbitragem não é o melhor caminho para a solução de disputas envolvendo o direito do consumidor, funcionando bem em lides envolvendo grandes empresas ou comerciantes, com paridade de forças. Segundo a autora, a Lei de Arbitragem tem caráter processual civil e não deve ser utilizada para “fugir” ou “fraudar” a aplicação de direito material imperativo, especialmente em relações tão desequilibradas e sujeitas a abusos, com são as de consumo.

Em reforço, Amaral Júnior (1991, p. 197) defende que o art. 51, VII do CDC veda expressamente a utilização da arbitragem em conflitos de consumo, argumentando que a sua estipulação pode ser extremamente lesiva aos interesses dos consumidores, destacando, ainda, que a jurisprudência da França tem considerado inválida a cláusula compromissória nos contratos que envolvem as relações de consumo.

Conforme se observa, é extremamente polêmica a aplicação da arbitragem na resolução de disputas envolvendo os direitos do consumidor, no entanto, uma boa parte da doutrina, inclusive Nery Júnior, um dos autores do anteprojeto do CDC, e alguns julgados recentes admitem o seu uso, tornando relevante a análise dessa porta de acesso à justiça como potencial mecanismo de efetivação dos direitos do consumidor, com relação apenas a aspectos patrimoniais e disponíveis da relação de consumo.

3. DO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: APRESENTAÇÃO E SEU CONFLITO COM A MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO

Nunes (2017) aponta que a morosidade da justiça brasileira é um tema recorrente nos debates jurídicos, sendo associada à demora na prestação da tutela jurisdicional e também às dificuldades de assegurar o acesso à justiça como um direito humano e fundamental, questão que será abordada mais adiante no presente estudo. O tempo de duração do processo, nesse sentido, é um dos grandes fatores a serem considerados pelo Estado diante da prestação jurisdicional, de modo que o princípio da razoável duração do processo é consolidado a partir de instrumentos com o intuito de resguardar o direito do cidadão de obter uma tutela de modo tempestivo.

Diante disso, Teori Albino Zavascki (1997, p. 64) observa que “sob a denominação de direito à efetividade da justiça”, a Constituição assegurou ao indivíduo meios eficazes para a análise da demanda levada ao Estado, eficácia essa suficiente para ensejar ao litigante vencedor a concretização da sua vitória, o que equivaleria ao que ele teria naturalmente se não tivesse que ingressar no Judiciário (DINAMARCO, 2008, p. 319).

Conforme apontado por Soares e Alves (2017, p. 1) a razoável duração do processo “foi alçada à condição de princípio fundamental com a Emenda Constitucional nº 45/2004, dotada, portanto, de aplicabilidade imediata e eficácia plena”. Tal princípio busca satisfazer as necessidades da sociedade na medida em que o processo judicial é concebido como o meio para assegurar, preservar ou reparar direitos violados. Sua aplicação está associada à noção de que, quando a tutela jurisdicional é morosa, ela própria representa uma violação de direitos, posto que não garante a satisfação exigida pelo jurisdicionado, que se vê lesado uma vez que o Poder Judiciário não cumpriu satisfatoriamente sua função primordial. Mogni e Pierotti (2009, p. 2) reiteram que a introdução deste princípio no ordenamento jurídico “não pode ser considerada como uma novidade, vez que sempre esteve consagrado na Constituição, mesmo que implicitamente, bastando uma análise do princípio devido processo legal, ou mesmo da dignidade da pessoa humana” para confirmar sua existência. Contudo, tal princípio passou a assegurar de um modo mais expresso o direito à razoável duração do processo, equacionando a celeridade processual com as garantias constitucionais.

Basicamente, o princípio da duração razoável do processo, nesse sentido, buscou aprimorar o sistema processual, visando otimizar e tornar mais célere a prestação jurisdicional, inclusive ao reconhecer o mesmo no rol de direitos fundamentais, posto que a EC nº 45/2004 implicou no surgimento do inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna⁶. Tal princípio, contudo, encontra um grande empecilho na morosidade da Justiça Brasileira, implicando em reflexões sobre a necessidade de meios alternativos de resolução de conflitos, como a arbitragem. Assim:

[...] o princípio da duração razoável deve estar em harmonia outros princípios constitucionais, também fundamentais, com os do contraditório, acesso à justiça, efetividade, e justiça do procedimento, buscando uma decisão justa

6 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

e razoável do conflito. Por isso, a duração razoável do processo não pode ser justificativa para se encurtar o rito processual ou para que sejam indeferidas diligências probatórias pertinentes ao deslinde do feito. Na verdade, o que se busca, segundo a doutrina, é um processo sem dilações indevidas, ou seja, que observe o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal, mas que prime pela celeridade do procedimento, diminua a burocracia processual, elimine as diligências inúteis e esteja cada vez mais acessível ao cidadão (SHIAMI, 2015, p. 6).

Partindo dos ensinamentos referenciados, tem-se que o princípio da duração razoável do processo não deve ter um despreendimento de outros princípios fundamentais. Uma vez que no presente estudo busca-se a análise da arbitragem tendo como enfoque o acesso à justiça, tem-se que esse fundamento jurídico também será considerado ao longo do desenvolvimento, promovendo também a articulação entre todos os preceitos fundamentais do Direito Consumerista.

4. O ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E O INSTITUTO DA ARBITRAGEM

De acordo com Oliveski (2013) o acesso à justiça é um conceito que se relaciona intimamente com o acesso ao Judiciário e com a ordem jurídica, refletindo em uma forma plena para a efetivação da cidadania. Com a CRFB/88 o acesso à justiça passou a ser ampliado para todos os cidadãos, o elencando a nível de princípio constitucional (Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição) previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Maior, no qual o legislador aponta que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Para Costa (2013) o acesso à justiça é encarado como um direito fundamental para todos os cidadãos e para seu alcance deve ser cumprido o que vem disposto na Constituição, uma vez que sua previsão está na parte I, do título I dessa legislação. Trata-se de um direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias, sendo uma garantia imprescindível na proteção de direitos fundamentais sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Diante desse entendimento, a autora traça ainda paralelo entre o reconhecimento do acesso à justiça como um direito fundamental e o direito à uma decisão em prazo razoável, apontando para a morosidade do Judiciário nos seguintes termos:

A conclusão de todos estes problemas é a diminuição da confiança dos cidadãos em relação à Justiça e uma Justiça cada vez mais longe de ser um direito que deva ser assegurado a todos. Os sucessivos governos tendem ainda a olhar para o problema da celeridade processual e da duração razoável do processo como um problema de falta de eficácia e eficiência, usando aqui estes conceitos numa perspectiva meramente economicista de redução de custos, de desjudicialização, quando não se deve olhar para os tribunais como se está a olhar para uma empresa, mas sim para um órgão de soberania cujos problemas devem ser resolvidos com o envolvimento e o investimento do Estado e não com a posição oposta, porque isso pode trazer consequências desastrosas para o Estado de Direito Democrático (COSTA, 2013, p. 39-40).

Isso tudo é agravado pela visão equivocada de que a via judicial é a única forma de acesso à justiça, fazendo o Brasil oferecer ao mundo uma perspectiva de que estamos vivenciando uma guerra de todos contra todos, transparecendo que a vocação do homem seria a de viver eternamente em litígio, já que uma população de aproximadamente 202 milhões de habitantes possui mais de 100 milhões de processos judiciais (NALINI, 2018, p. 29). Destarte, evidencia-se a demanda por mecanismos mais adequados para a resolução de controvérsias, o que se verifica nas modificações promovidas no processo civil, tem-se observado que a justiça estatal adjudicada já não é mais o único instrumento adequado para a resolução de disputas e ao lado do justiça estatal, de porta única, surgiram novas formas de acesso, a exemplo da arbitragem, tornando-se o acesso à justiça multiportas (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2018, p. 38). Segundo Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) a morosidade do Judiciário como um empecilho para o acesso à justiça e para a obtenção de uma duração razoável do processo que é contemplado coloca em evidência o instituto da arbitragem, compreendido como um mecanismo alternativo para a solução de controvérsias, obtendo decisões mais céleres e técnicas e contribuindo para “desafogar” os tribunais do Poder Judiciário. Casado Filho (2014) define a arbitragem como a instituição através da qual duas partes conflitantes podem contratar e confiar a árbitros, por eles indicados ou não, o julgamento de seus litígios referentes a direitos transigíveis.

Uma vez que a morosidade do Poder Judiciário inviabiliza a concreção do acesso à justiça como um direito fundamental, posto que as pessoas acabam não tendo suas demandas atendidas ou têm suas demandas atendidas com um grande desperdício de tempo, a arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos passam a ser contemplados como possibilidades para otimizar a prestação jurisdicional, uma vez que estes ocorrem fora do Judiciário, diminuindo a demanda apreciada pelos tribunais brasileiros. Ferreira, Ferreira e Rocha (2019) apontam que embora a arbitragem não possa ser considerada uma inovação no ordenamento jurídico, a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96) foi concebida como um importante marco regulador nesse sentido, ao admitir que as pessoas possam acionar o procedimento arbitral para dirimir litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Autores processualistas como Dinamarco (2013) apresentam críticas à arbitragem como um mecanismo de acesso à justiça, posto que o autor compreende que ela não poderia chegar a um nível satisfatório de excelência sem os fundamentos da Teoria Geral do Processo, não sendo metodologicamente legítima por se preocupar tão somente com fenômenos inerentes à jurisdição estatal, não considerando a jurisdição dos árbitros. Já Carmona (2009) contempla que a arbitragem não tão somente pode, como já floresceu no caso brasileiro, não apenas pela crise do processo judicial, mas também em virtude dos benefícios associados ao acesso à justiça, como a maior celeridade, sigilo na decisão da causa, melhor eficiência das decisões técnicas proferidas pelo árbitro, este concebido como alguém com conhecimentos específicos sobre a coisa em mérito no procedimento arbitral, dentre inúmeros outros aspectos.

Com relação à aplicação da arbitragem nas relações de consumo, Ferreira, Ferreira e Rocha (2019, p. 93) assentam que a arbitragem pode ser aplicada nas disputas consumeristas, destacando que esse instrumento de resolução de conflitos, por ampliar o acesso à Justiça e ter processamento mais rápido e eficiente (podendo em alguns casos nem mesmo gerar custos, a depender do modelo adotado), proporcionará benefícios ao próprio consumidor. Levy e Pereira (2018) buscaram dar um novo enfoque para o instituto da arbitragem

perante os anseios do Direito na atualidade, o concebendo como um instrumento que pode ser utilizado para ampliar o acesso à justiça e para otimizar a prestação jurisdicional do Estado, a partir da visão de diversos autores. De fato, não há consenso absoluto envolvendo a percepção de que o mecanismo conhecido como arbitragem pode ser vislumbrado como uma possibilidade para promover a otimização do acesso à justiça e uma duração razoável do processo, sobretudo no âmbito dos Direitos do Consumidor, sendo necessário obter uma visão imparcial sobre sua aplicabilidade nesses termos.

Os elementos apresentados ao longo do trabalho contemplaram o oferecimento de informações básicas para proporcionar uma análise do REsp nº 1.742.547, verificando a possibilidade de contemplar a arbitragem como um mecanismo de efetivação dos direitos consumeristas e do princípio da razoável duração do processo, o que ocorre no capítulo seguinte. O fato de informações fundamentais terem sido apresentadas e fundamentadas ao longo dos capítulos anteriores não significa de modo algum que tais informações não devem ser aprofundadas e questionadas no decorrer do desenvolvimento do presente estudo, o que será realizado em momento oportuno.

5. RECURSO ESPECIAL Nº 1.742.547: UMA NOVA EXCEÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL?

O presente capítulo busca a apresentação e análise do REsp nº. 1.742.547, contemplando a possibilidade de verificar a arbitragem como um mecanismo de efetivação dos direitos do consumidor e do princípio da razoável duração do processo, considerando que em 2007, no julgamento do REsp nº. 819.519/PE, no primeiro acórdão a tratar das cláusulas compromissórias inseridas em contratos de consumo, o STJ adotou o entendimento de que “é nula a cláusula de convenção de arbitragem inserta em contrato de adesão, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor” (no mesmo sentido: AgRg nos EDcl no Ag nº. 1.101.015/RJ).

Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 262), assentam que embora as relações de consumo estejam sujeitas a normas de ordem pública, ostentam evidente natureza patrimonial, o que já é suficiente para suprir os requisitos da arbitrabilidade objetiva. E prosseguem os mesmos autores, além de destacarem que “embora a livre disponibilidade não seja um critério adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para fins de arbitrabilidade objetiva, de qualquer forma, os direitos do consumidor são disponíveis” (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 262).

Nos julgamentos dos REsp nº. 1.169.841/RJ e REsp nº. 1.189.050/SP, o STJ se manifestou no sentido de que é perfeitamente aplicável a arbitragem nas relações de consumo, sendo defesa, no entanto, a imposição de cláusula compromissória, reservando ao consumidor o poder de se libertar da via arbitral para solucionar eventual lide. Já em 2018, a mesma Corte teve a oportunidade de analisar um caso diferente, o AgInt no AREsp nº. 1.152.469/GO no qual, ao contrário dos anteriormente mencionados, o consumidor havia manifestado sua vontade de aderir à arbitragem, mas mesmo assim optou por ajuizar uma ação de anulação de sentença arbitral. Nesse julgamento, o STJ assentou que o CDC impede a adoção prévia

e compulsória da arbitragem, mas que não proíbe sua instituição, desde que exista acordo entre as partes e o especial consentimento do consumidor, no entanto, o tribunal entendeu que a análise do Recurso Especial demandaria o reexame de matéria fática da lide, aplicando a Súmula 7 do STJ, negando provimento ao recurso.

Diante desses fatos, emerge a importância da análise do REsp nº. 1.742.547, que foi um Recurso Especial interposto por L.C.D.C.L e J.J.M, em ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada pelos recorrentes em face de uma empresa de engenharia, em virtude de alegado descumprimento de promessa de compra e venda de unidade em empreendimento imobiliário. Abaixo, é apresentada a ementa do recurso a ser analisado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. LIMITES E EXCEÇÕES. CONTRATOS DE CONSUMO. POSSIBILIDADE DE USO. AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO. PARTICIPAÇÃO DOS CONSUMIDORES. TERMO DE COMPROMISSO. ASSINATURA POSTERIOR. REsp nº 1742547 / MG (2018/0121028-6). (STF, 2019)

Na apelação dos recorrentes, foi alegada a nulidade de convenção de arbitragem contida em contrato por adesão. Contudo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) negou provimento ao recurso, ao afirmar que, em momento posterior, os recorrentes celebraram termo de arbitragem que fundamentou o litígio à jurisdição arbitral, nos seguintes termos, sob os quais grifo:

APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE INSTITUIÇÃO DE JUÍZO ARBITRAL. VALIDADE. CONTRATO DE ADESÃO. PARTICIPAÇÃO NA INSTRUÇÃO NO JUÍZO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA AO JUDICIÁRIO. PROIBIÇÃO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. A cláusula compromissória para solução de conflitos, por intermédio de arbitramento, em relações de consumo decorrentes de contratos de adesão, é nula. Todavia, **a parte qualificada para entender o que estava sendo pactuado, ao optar pelo juízo arbitral, participando de sua instrução, abriu mão do acesso ao Judiciário para a apreciação das questões afetas ao contrato, o que inviabiliza que os contratantes busquem solução de seus litígios via Poder Judiciário.**

No caso em questão, a opção pelo procedimento arbitral culminou na abdicação do acesso ao Poder Judiciário, fazendo com que os autores não pudessem mais buscar a solução dos litígios por esta via, mas sim pela via arbitral. Com base na sentença, julgou-se o processo extinto sem julgamento de mérito, com fundamento no inciso VII do artigo 485 do CPC/73, em função da instauração do procedimento arbitral para dirimir um mesmo litígio. O REsp nº. 1.742.547 contemplou a alegação de violação do inciso VII do artigo 51 do CDC e do § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem, além da existência de dissídio jurisprudencial. O artigo 51 do CDC está presente na Seção II do Diploma (Das Cláusulas Abusivas) contemplando que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento dos produtos e serviços que, nos termos do inciso VII, determinem a utilização compulsória do instituto da arbitragem. Na lição de Ferreira, Ferreira e Rocha (2019, p. 93) o objetivo do legislador foi a proteção do consumidor, equilibrando a relação, pois se houvesse permissão legal para o uso da arbitragem compulsória, o consumidor seria obrigado a se submeter à cláusula arbitral com frequência pelos fornecedores.

Faz-se necessário trazer ao debate que, no direito estrangeiro é admitido e estimulado o uso da arbitragem nas relações de consumo, a exemplo, Lemes (2003) destaca que em Portugal os Centros de Resolução de Disputas Consumeristas lideram o uso da arbitragem, registrando entre 2000/2001, a média de dez mil casos. Na Argentina, em que a legislação de consumo estimula a arbitragem, foram registradas, no ano de 2002, 2.698 sentenças arbitrais.

Rodovalho (2016, p. 98-100) observa que o artigo 51 do CDC traz um rol taxativo de cláusulas consideradas, por si só, abusivas, que devem ser reconhecidas de ofício, tendo o legislador brasileiro deixado de optar pela técnica legislativa adotada em outros países como a Alemanha e Portugal, que dividem as cláusulas abusivas entre as que admitem e as que não permitem valoração. Desta forma, essa impossibilidade de valoração, poderá em alguns casos prejudicar o próprio consumidor, considerando que a opção pela nulidade nem sempre será mais vantajosa no caso concreto, a exemplo da inserção de cláusula arbitral nos contratos de adesão de consumo, sendo a ineficácia com relação ao consumidor melhor solução do que a nulidade, pois permitiria apenas ao consumidor, no caso de eventual disputa, optar pela arbitragem diante do fornecedor (RODOVALHO, 2016, p. 100-101).

Entretanto, Rodovalho (2016, p. 100) aponta que apesar de o legislador nacional não ter andado bem, a rigidez do artigo 51 do CDC tem sido aperfeiçoada pela doutrina e jurisprudência, com a aproximação dos sistemas alemão e português, o que se observa, inclusive com relação ao O REsp nº. 1.742.547. Já o § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem determina que a cláusula compromissória é contemplada como a convenção através da qual as partes em um contrato se comprometem à submissão do procedimento arbitral para litígios referentes aos contratos de adesão, de modo que a cláusula compromissória só terá eficácia caso o aderente toma iniciativa de instituir arbitragem ou concordar de modo expresso com sua instituição.

Furtado e Bulos (1997, p. 50-51), Figueira Junior (1997, p. 116-117) e Theodoro Júnior (2008, p. 344-345) sustentam que esse dispositivo da Lei de Arbitragem teria revogado o artigo 51, VII do CDC, mas a maioria da doutrina seguiu caminho diverso, assentando que a essa norma especial convive em harmonia com a proteção conferida ao consumidor/aderente no artigo 51, VII do CDC, nesse sentido (CARMONA, 2009, p. 108; CRETELLA NETO, 2004, p. 58-59; ROCHA, 1997, p. 34; RODOVALHO, 2016, p. 119; FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 94; NERY JR. *et al.*, 2004, p. 582; FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 265). Nery Jr. *et al.* (2004, p. 582) aponta que os dois dispositivos estão em pleno vigor, sendo possível a instituição de cláusula de arbitragem nos contratos de consumo, obedecendo-se à bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, garantindo-se a manifestação de comum acordo pelas partes.

O tema foi objeto de análise no Recurso Especial n. 1.169.841-RJ, tendo o STJ destacado que por ocasião da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, vieram a coexistir de forma harmônica três regramentos com distintos graus de especificidade, quais sejam: a) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, em detrimento da jurisdição estatal; b) a regra específica do artigo 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, com aplicação aos contratos de adesão genéricos, restringindo a eficácia da cláusula compromissória; e c) a regra ainda mais específica do art. 51, VII, do CDC, que incide sobre os contratos de consumo, de adesão ou não, com a imposição de nulidade de cláusula que estabeleça a utilização compulsória da arbitragem, mesmo que preenchidos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem. Segundo Ferreira, Ferreira e Rocha (2019, p. 94) é possível a aplicação dos artigos

51, VII do CDC e 4º, § 2º, da Lei 9.307/96, desde que a eficácia da cláusula fique subordinada à iniciativa do consumidor de instituir a arbitragem, ou sua concordância expressa, não se podendo cogitar o uso compulsório da arbitragem. Nesse sentido também já se manifestou o STJ em apreciação ao REsp n. 1.169.841-RJ, ao apontar que o art. 51, VII do CDC se limita a proibir a adoção prévia e compulsória da arbitragem, por ocasião da celebração do contrato, mas não impede a sua instauração posterior, desde que exista consenso entre as partes e, especialmente, o consentimento do consumidor (no mesmo sentido confira-se: REsp 1.628.819/MG).

No REsp 1.785.783/GO, a conclusão foi a mesma, tendo sido destacado que pelo conteúdo do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, mesmo se a cláusula compromissória estiver na mesma página de assinatura do contrato, se forem observados os destaques necessários, conforme determina o CDC, ela será considerada válida. Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 267), de forma contrária ao consignado no REsp 1.785.783/GO, observam que o simples destaque em negrito da cláusula e a assinatura específica não protegem de forma efetiva o consumidor, que na prática poderá considerar que se trata apenas de mais uma cláusula em negrito no contrato, gerando dúvida quanto ao significado da sua escolha.

A mesma Corte de Justiça, no julgamento do REsp 1.189.050/SP, assentou que não existe oposição à arbitragem no CDC, que até incentivaria a sua adoção, sendo vedada apenas a imposição da cláusula compromissória, reconhecendo que não existe qualquer incompatibilidade entre os artigos 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96 e que para conciliá-los e garantir maior proteção ao consumidor, a cláusula compromissória só terá eficácia no caso de o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar de forma expressa com a sua instituição. Sobre o assunto, Rodvalho (2016, p. 121-122) destacou que enquanto o CDC protege o que se presume vulnerável, a Lei de Arbitragem visa proteger o “efetivamente hipossuficiente”, aplicando-se as duas normas nos casos em que há disparidade de forças entre os contratantes, sendo essa diferença de forças presumida no CDC e concretamente aferida na Lei de Arbitragem.

Andrighi (2006, p. 19), pondera que não se deve fechar os olhos à realidade, considerando que ainda é incipiente a adoção da arbitragem na resolução de disputas de consumo e que, apesar disso, já existe notícia da má utilização desse instrumento pelos fornecedores de serviço ou produto. Para Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 267) “Na hipótese de o próprio consumidor tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, não existem maiores dúvidas quanto à plena regularidade do processo arbitral”, servindo a sua iniciativa de prova de atuação com liberdade, consciência e autonomia na manifestação da sua vontade.

Por outro lado, a situação seria bem mais complexa no caso de o fornecedor tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, pois não haveria prova antecipadamente constituída da liberdade, consciência e autonomia da manifestação de vontade do consumidor, tratando-se de caso que demandaria maior grau de cautela na análise (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 268). Partindo-se da observação da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, observa-se que, no caso em estudo (REsp nº 1.1742.547) a adesão voluntária dos consumidores acabou inviabilizando o acesso ao Judiciário. A relatora do recurso, Ministra Nancy Andrighi seguindo a jurisprudência do STJ e a doutrina exposta, afirmou que o inciso VII do artigo 51 do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória do instituto da arbitragem no momento da celebração do contrato, interpretando que isso não promove impedimento

posterior, diante do litígio, havendo consenso entre as partes. Assim, é possível a utilização da arbitragem para a resolução de litígios oriundos das relações de consumo, desde que não seja imposta pelo fornecedor ou quanto a iniciativa da instauração for do consumidor, ou ainda caso o consumidor concorde expressamente com iniciativa do fornecedor quanto à opção pela arbitragem.

A relatora contemplou que, no caso em questão, os consumidores celebraram de modo autônomo e voluntário em relação ao contrato de compra e venda, um termo de compromisso, participando ativamente do procedimento arbitral. Posto que os recorrentes aceitaram tal participação com a assinatura posterior do termo de compromisso arbitral, o recurso foi negado. A cláusula compromissória seria nula caso tivesse sido imposta aos consumidores, mas é possível instaurar o procedimento arbitral de modo compulsório nas relações de consumo uma vez havendo concordância posterior das partes por esse mecanismo de solução alternativa de conflitos. Essa decisão corroborou com a aplicabilidade da arbitragem, bem como da validade da convenção arbitral em relações de consumo, desde que esteja presente a autonomia da vontade das partes considerando o ato contratual. Diante disso, os autores devem ser submetidos ao procedimento arbitral com o qual concordaram espontaneamente.

Segundo Lima (2018) a autonomia da vontade é contemplada como o princípio dominante da arbitragem, de modo que o instituto só pode ser acionado nas hipóteses previstas em lei de um modo voluntariado por ambas as partes. No caso em questão, verificou-se que, uma vez ocorrida a arbitragem nesse tema (mesmo que em caráter posterior) não se torna mais possível que o consumidor leve a mesma matéria a juízo, sendo uma nova exceção do acesso à justiça como direito fundamental, circunstância que será abordada mais adiante. O artigo 3º da Lei de Arbitragem determina que as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao procedimento arbitral a partir da convenção de arbitragem, sendo a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. De acordo com Pinho e Mazzola (2017) pela cláusula compromissória as partes se comprometem a submeter à arbitragem os litígios possíveis, enquanto no compromisso arbitral é efetivamente submetido o conflito ao procedimento da arbitragem, indicando nomes das partes, dos árbitros, matéria em discussão, lugar da sentença arbitral, além da estipulação das regras do procedimento, respeitando os limites locais. Instaurada a convenção de arbitragem de modo voluntário, não há razão para 'voltar atrás' em relação ao procedimento. Diante disso, será promovida uma análise quanto à razoável duração do processo em matéria consumerista a partir desse julgado.

De acordo com Oliveira e Nunes (2018, p. 72) "o fim da cultura litigiosa tem por objetivo a verdadeira efetivação do acesso à justiça, garantindo ao cidadão o respeito ao devido processo legal e à razoável duração do processo", reconhecendo que esse último princípio não vem sendo respeitado no caso brasileiro em virtude da morosidade do Judiciário que se justifica pela alta demanda de ações judiciais apreciada por este. Assim, a arbitragem pode ser contemplada como um meio de promover o atendimento da apreciação das demandas em um tempo razoável. Uma vez optado pelo procedimento arbitral, tem-se que é através dele que se dará a solução da controvérsia, não sendo possível 'voltar atrás' para submeter eventual direito consumerista a juízo para a mesma matéria. Foi justamente isso que aconteceu no REsp nº 1.742.547, onde os consumidores pactuaram a opção pela arbitragem, sendo essa a via ideal para a solução do litígio e não mais a via judicial.

Em seu parecer sobre o Recurso Especial supramencionado, Rover (2019) apontou que, uma vez que um consumidor assina contrato de adesão na relação de consumo e, posteriormente, de modo voluntário, concorda expressamente com a utilização do instituto da arbitragem, ele não pode mais buscar amparo no Judiciário para a resolução do conflito, uma vez que embora a legislação consumerista vede ação prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração de contrato, não há impedimento posterior uma vez que a arbitragem seja acordada de modo consensual entre as partes. Conforme apresentado anteriormente no presente estudo, um dos preceitos fundamentais dos Direitos do Consumidor reside no princípio da vulnerabilidade, o qual reconhece a hipossuficiência do consumidor e a necessidade de sua proteção. Nesse sentido, poderia ser verificada uma possível afronta ao princípio da vulnerabilidade no julgamento do REsp nº 1.742.547 caso o fornecedor tivesse feito uso de sua posição privilegiada para obrigar os consumidores a optarem pela arbitragem. Contudo, isso não se confirmou na prática, de modo que a interpretação do inciso VII do artigo 51 do CDC pode ser contemplada como adequada, posto que a legislação consumerista não versa sobre adesão posterior.

Ao considerar o exposto, cumpre-se indagar: a decisão proferida no julgamento do REsp nº 1.742.547 implica em uma nova exceção ao acesso à justiça como direito fundamental ao impedir a apreciação em juízo de uma mesma matéria diante da submissão ao procedimento arbitral? Cumpre-se valer, para responder a esse questionamento, do entendimento de Sadek (2009) no qual a autora aponta que para a efetividade de os direitos o acesso à justiça é considerado fundamental, uma vez que os direitos só se realizam diante da real possibilidade de reclamá-los perante tribunais parciais e independentes, de modo que, havendo qualquer impedimento ao direito de acesso à justiça, há limitações ou mesmo impossibilidade da efetivação da cidadania:

De fato, pouco significam os direitos se não houver mecanismos para sua concretização. A possibilidade real de recurso à justiça é a condição básica para esta aproximação entre a igualdade formal e a substantiva. Ou caso se prefira, trata-se da possibilidade de se passar da intenção para a prática. Acesso à justiça tem um significado mais amplo que acesso ao Judiciário. Acesso à justiça significa a possibilidade de lançar mão de canais encarregados de reconhecer direitos, de procurar instituições voltadas para a solução pacífica de ameaças ou de impedimentos a direitos. O conjunto das instituições estatais concebidas com a finalidade de afiançar os direitos designa se sistema de justiça (SADEK, 2009, p. 175).

Deste modo, ao partir do pressuposto de que o acesso à justiça se resumiria ao acesso ao Judiciário, estaríamos diante de uma verdadeira afronta ao Diploma Constitucional de 1988 no julgamento do REsp nº 1.742.547, inclusive violando a efetivação da cidadania dos consumidores ao afastá-los da prestação jurisdicional. No entanto, tem-se que no caso em tela, o acesso à justiça foi reconfigurado, diante da opção e da apreciação do procedimento arbitral. Cumpre-se apresentar diante disso o entendimento de Condado (2008), que contempla que a arbitragem brasileira atende aos pressupostos fundamentais do Diploma Constitucional de 1988, aproximando-se dos anseios do povo em conviver com uma justiça rápida, segura, desburocratizada e de fácil acesso. O direito constitucional à jurisdição é defendido no campo doutrinário como o mais fundamental dentre as obrigações estatais e, por isso, geralmente é feita uma associação direta entre o acesso à justiça e os tribunais, uma visão que, para a

autora do referido estudo, não mais se sustenta. Para a autora, o acesso formal à justiça, a partir do acionamento do Poder Judiciário não é contemplado como o melhor modelo e tampouco como o modelo que proporciona um maior acesso à justiça, sendo necessária uma acepção mais ampla que proporcione um acesso ao cidadão, não tão somente aos tribunais e ao resultado da prestação jurisdicional, mas sim de uma ordem jurídica justa. Ao fazer uso da arbitragem, o cidadão obtém a solução do conflito, porém, caso não ocorra o cumprimento do acordo, o mesmo continua com amparo do poder estatal para que o mesmo faça uso de sua autoridade e monopólio de coação, fazendo uso do Judiciário e da Execução forçada:

[...] é hora de abrir os horizontes e trilhar caminhos alternativos, visualizando-se, pois que, pela arbitragem, ter-se-á uma maior amplitude do acesso à justiça, amoldando-se às exigências do bem comum. Ressalte-se que ao Poder Judiciário cabe velar pela legalidade e, sobre múltiplos aspectos, pela aplicação e interpretação da Lei nº 9.307/96. Noutra perspectiva, acrescenta-se que a objetivação de um instituto (a arbitragem) constitui-se num processo social, que pode ser retardado ou estimulado, segundo a atuação dos agentes humanos com ele relacionado e, na criação do hábito da arbitragem, importante é a orientação que os advogados e os operadores do direito derem a seus clientes, quanto à opção pelo processo arbitral (CONDADO, 2008, p. 87).

Ao analisar o REsp nº 1.742.547 é possível falar não de uma vedação ao acesso à justiça, posto que este deve dar-se a partir do procedimento arbitral, esse sim efetivamente regulado pela legislação no Estado Democrático de Direito. Fala-se, então, em uma exceção ao acesso ao Judiciário diante do posterior aceite das partes à convenção de arbitragem na relação de consumo. No mesmo sentido, ao considerar o Recurso Especial como um todo, só se poderia falar em um verdadeiro impedimento ao acesso à justiça caso, diante do não-cumprimento do acordado no procedimento arbitral, o Judiciário se recusasse a defender os interesses dos consumidores lesados.

Silva (2005) aponta para dois caminhos para a significação do acesso à justiça, sendo o primeiro relacionado à compreensão do acesso à justiça como um sinônimo de acesso ao Poder Judiciário e o segundo caminho o entendimento do acesso à justiça através de uma escala de valores e direitos fundamentais para o homem, transcendendo a judicialização e, portanto, não se encerrando no acesso ao Judiciário. Esse entendimento preconiza duas perspectivas para o ensaio analítico do REsp nº 1.742.547: a) ao considerar o acesso ao Poder Judiciário como um sinônimo do acesso à justiça, é constatado um impedimento de acesso em função dos consumidores; e, b) ao considerar o acesso à justiça em uma perspectiva ampla e sua definição moderna, tem-se que o instituto da arbitragem cumpre os preceitos do acesso à justiça, uma vez que a arbitragem não seria concebida como compulsória, diante do aceite voluntário dos consumidores.

Considera-se assim, partindo da segunda perspectiva, a constatação de que a decisão do REsp nº 1.742.547 representa uma nova exceção ao acesso à justiça como direito fundamental, o que não representa uma afronta ao exercício da cidadania e ao acesso à justiça em si, mas sim o afastamento da judicialização de matéria a ser apreciada diante da instauração do procedimento arbitral. Não houve, no caso em tela, uma coação do Poder Judiciário em função dos consumidores se abstendo da apreciação judicial, mas sim uma apreciação dos dispositivos legais no qual foi considerado o aceite das partes com a convenção arbitral. Também não fora afrontado o princípio da vulnerabilidade do consumidor, ainda concebido

como a parte hipossuficiente na relação de consumo, posto que em nenhum momento os consumidores foram forçados a aceitar o instituto da arbitragem, o qual é reconhecido como uma possibilidade para otimizar e alcançar de modo mais contundente o princípio da razoável duração do processo.

O grande empecilho para a obtenção de uma decisão mais célere para o caso em questão parte justamente da judicialização do caso. Ao submeter o caso para o procedimento arbitral, pode-se fazer valer dos ensinamentos de Rodvalho (2017), que aponta para os principais atrativos do instituto: especialidade do julgador, celeridade, flexibilidade e confiabilidade. A legislação estabelece um prazo fixado de seis meses para seu fim e, ainda que não seja incomm sua prorrogação, os procedimentos arbitrais costumam chegar ao fim em pouco mais de um ano, com provas e audiências constituídas para a sentença final sem cabimento de recurso para a impugnação. Deste modo, é possível afirmar que a arbitragem é um caminho para a efetivação do princípio da razoável duração do processo, ainda que o Recurso Especial analisado possua nuances bastante específicas.

Entretanto, para que seja viabilizado o uso da arbitragem em matéria de direito do consumidor é preciso afastar a possibilidade da ausência de recursos financeiros para a instauração do procedimento arbitral, evitando-se a denominada impecuniosidade da arbitragem. Cabral (2019, p. 77), em obra específica sobre o tema, observa que apesar da arbitragem não ser em geral cara, os valores necessários para a instauração e o seu prosseguimento podem impedir o uso desse mecanismo por pessoa que tenha celebrado convenção de arbitragem, especialmente durante os períodos de crises econômicas que impactam a todos. Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 61) após apontarem que não existem dados estatísticos que demonstrem o custo da arbitragem, afirmaram que o custo inicial para iniciar o procedimento, tais como taxa de registro e taxa de administração e honorários dos árbitros possuem um valor nominal imediato geralmente maior do que aquele necessário ao ajuizamento de uma ação judicial, mas ponderaram que esse valor nominal maior representaria uma economia para as partes se diluído no tempo em que normalmente costuma durar um processo na justiça estatal, com a redução de juros e acréscimos legais, bem como com a eliminação do custo de gestão de um processo judicial por vários anos.

Na justiça estatal, de acordo com o artigo 82 do CPC, ressalvadas as disposições concernentes à justiça gratuita, constitui incumbência das partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, inclusive com a antecipação do pagamento dos atos processuais que desejam praticar. Nas relações de consumo, é comum ainda a aplicação do artigo 6º, VIII do CDC, com a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando, a critério do juiz, for verossímil a sua alegação ou quando for ele hipossuficiente, com a determinação para que o fornecedor realize o pagamento antecipado dos atos processuais, como os custos com a produção de uma prova pericial, por exemplo.

Nas arbitragens institucionais, Cabral (2019, p. 80) aponta que caso uma parte não tenha possibilidade para arcar com os custos necessários para a instauração ou prosseguimento da arbitragem, a outra poderá efetuar o pagamento, sob pena de suspensão ou encerramento do procedimento. A situação é ainda mais complexa diante da ausência de dever do Estado em oferecer assistência para o cidadão nas arbitragens, não havendo ainda a chance de se beneficiar da assistência judiciária (CABRAL, 2019, p. 81-82).

Surgiria, então, a possibilidade de uma lesão ou ameaça a direito deixar de ser analisada pelo árbitro ou tribunal arbitral e a parte ainda ser obstada de dirigir a sua pretensão ao Judiciário, em razão da convenção de arbitragem (CABRAL, 2019, p. 82). Diante dessa lacuna legislativa, sugere-se nos estreitos limites impostos no presente estudo com relação à questão, que a antecipação do pagamento dos custos do procedimento arbitral sempre seja de responsabilidade do fornecedor, podendo as partes dispor sobre a responsabilidade pelo pagamento dos custos do procedimento arbitral ao final da disputa, de forma consensual, observando-se, especialmente, o consentimento do consumidor nesse ponto. Caso a convenção seja omissa, sugere-se a aplicação do entendimento de Ferreira, Ferreira e Rocha (2019, p. 286-287) para as arbitragens em geral, com a adoção do regulamento da instituição arbitral, se as partes não convencionaram em sentido contrário. Em último caso, caberá aos árbitros a fixação (FERREIRA; FERREIRA; ROCHA, 2019, p. 287). Retornando para a questão do acesso à justiça, é importante ainda apontar para o seguinte contraponto, sob o qual grifo:

[...] destaca-se o princípio do acesso à justiça, o qual serve para existir um processo ao mesmo tempo em que protege o interesse do cidadão quanto à intervenção do Estado para garantia da tutela jurisdicional. O princípio do acesso à justiça por vezes é chamado de direito de ação ou mesmo da inafastabilidade do controle jurisdicional. **É uma garantia de cidadania, onde o Estado deve permitir facilmente o acesso à justiça, não podendo, em hipótese alguma o legislador elaborar normas que dificultam ou impossibilitem o acesso, não só ao judiciário, mas de uma forma global a todas as suas manifestações mantendo sempre a igualdade de acesso ao sistema** (CANZI, 2012, p. 1, grifo do autor).

No REsp nº 1.742.547 permanece clara a opção dos consumidores em não haver interesse pelo procedimento arbitral, mas sim pelo processo judicial, independentemente da primeira alternativa ser considerada mais célere, eficiente e alinhada ao princípio da razoável duração do processo. Embora a maior parte da doutrina jurídica sobre o tema não considere o acesso ao Poder Judiciário como um sinônimo de acesso à justiça, há autores como Canzi (2012) que compreendem que, embora o acesso à justiça tenha um significado amplo e que compreenda outros meios adequados de resolução de controvérsias, o fácil acesso ao Judiciário seria uma de suas perspectivas fundamentais do acesso à justiça como um todo, o que reforça a tese de duas correntes de pensamento para a interpretação do Recurso Especial analisado ao longo do desenvolvimento do presente estudo.

Schiavi (2015) reitera que o acesso à justiça e o princípio da duração razoável do processo devem ser harmônicos, de modo que a duração razoável não pode ser justificada para encurtar o tiro processual, mas sim pela celeridade do procedimento e diminuição da burocracia processual, eliminando diligências inúteis que estejam cada vez mais acessíveis ao cidadão. Diante disso, o autor aponta que o comportamento das partes no processo é considerado indispensável para a solução rápida do conflito. Havendo colaboração entre as partes, sobretudo com honestidade e boa-fé nas alegações, o processo se resolve com maior brevidade, produzindo uma decisão com mais justiça e alinhada à realidade, sendo que esse mesmo entendimento é levado para a concepção da via arbitral. Mesmo ao considerar a arbitragem como um procedimento mais alinhado ao princípio da duração razoável do processo, o comportamento das partes é outro ponto a ser considerado no resultado do REsp nº 1.742.547: os consumidores manifestaram claramente que buscavam a opção pela via judicial para a resolução da controvérsia com o fornecedor, o que pode indicar uma convivência hostil entre

as partes, afastando a possibilidade de alcance de uma decisão arbitral que produza efeitos considerados 'justos' por ambas as partes. No caso em questão, o procedimento arbitral já foi contemplado, porém o possível risco é o de desvirtuamento do instituto, sobretudo devido ao fato de que, mesmo diante do aceite dos consumidores na celebração da arbitragem, restou clara a não-intenção dos consumidores em efetivamente acionar o instituto.

O grande mérito do instituto da arbitragem se deve ao fato de que as partes voluntariamente fazem a opção pelo instituto. Seria mais prudente, nesse sentido, permitir o acesso ao Poder Judiciário diante da insatisfação de qualquer uma das partes com o procedimento arbitral. A criação de meios adequados de resolução de conflitos não significa que tais alternativas devam ser impostas aos cidadãos, mesmo diante de eventual aceite prévio ou posterior à celebração do contrato comercial. De fato, uma vez que o julgamento do REsp nº 1.742.547 se deu em um momento recente, há poucos estudos e pareceres sobre as repercussões jurídicas da decisão, de modo que o presente estudo partiu do embasamento teórico realizado nos capítulos anteriores para alcançar conclusões originais ao problema exposto. Espera-se que, com os resultados oriundos da elaboração do presente estudo, sejam realizadas outras análises e publicações relevantes sobre o tema.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na análise do REsp nº 1.742.547 realizada ao longo do presente estudo verificou-se que a Arbitragem de fato pode ser apontada como um mecanismo de efetivação dos Direitos do Consumidor e do Princípio da Razoável Duração do Processo, sobretudo ao considerar que este segundo vem sendo amplamente prejudicado pela incapacidade do Judiciário em produzir decisões que sejam ao mesmo tempo céleres e eficientes, o que fora analisado de modo concomitante à perspectiva da grande demanda de processos judiciais presentes nos tribunais brasileiros.

Em contrapartida, a decisão do Recurso Especial aqui analisado, trouxe uma série de outras controvérsias, envolvendo inclusive o princípio da razoável duração do processo e a possibilidade de constituição de uma nova exceção ao acesso à justiça como direito fundamental. A discussão envolvendo essa segunda perspectiva contempla duas visões de pensamento: a primeira contempla o acesso à justiça como um sinônimo do acesso ao Judiciário, o que implicaria em um impedimento do acesso à justiça; já a segunda, que dispõe sobre uma visão mais moderna e abrangente do acesso à justiça, compreende que o instituto da arbitragem representa o acesso à justiça em si, havendo apenas uma nova regra de exceção do acesso ao Judiciário. Verificou-se também que o acionamento do instituto da arbitragem está mais alinhado aos pressupostos contidos no princípio da razoável duração do processo nas ações que envolvem os Direitos do Consumidor. No entanto, a decisão do REsp nº 1.742.547, embora de interpretação adequada da legislação que a embasou, pode proporcionar o desvirtuamento do instituto, posto que fica clara a não-intenção dos consumidores em submeter a lide para a via arbitral, mas sim para a via judicial. Embora não haja coação e tenha sido configurada a autonomia de vontade dos consumidores na adesão da arbitragem posterior à celebração do contrato, poderia ser mais adequado apreciar o pedido judicialmente. Deste

modo, mesmo em que pesem críticas sobre a decisão em questão, o Judiciário só poderia ser acionado no caso analisado diante do não-cumprimento dos acordos celebrados com a instauração do procedimento arbitral. O acesso à justiça foi assegurado a partir da concessão da apreciação pela via arbitral, assegurando a razoável duração do processo, independentemente do arrependimento das partes pela opção da arbitragem.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, A. et al. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- AMARAL JÚNIOR, A. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- AIRES NETO, A.W. *Princípio da razoável duração do processo: contribuição ao desenvolvimento de legislação e medidas que o levem a efeito*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2012.
- APRIGLIANO, R. C. *A ordem pública no direito processual civil*. 2010. 329 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.
- ALMEIDA, C.F. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.
- ANDRIGHI, F. N. Arbitragem nas relações de consumo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 3, n. 9, p. 19, abr./jun. 2006.
- BENJAMIN, H. Senadonotícias. *Herman Benjamin, ministro do STJ: O CDC é o habeas corpus do consumidor*. 16 mar. 2009. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2009/03/16/herman-benjamin-ministro-do-stj-o-cdc-e-o-habeas-corpus-do-consumidor>. Acesso em: 11 nov. 2020.
- BRASIL. STJ, 3ª T., *REsp 819.519/PE*, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 09.10.07, DJe 23.03.11.
- BRASIL. STJ, 3ª T., *REsp 1.169.841/RJ*, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 06.11.12, DJe 14.11.12.
- BRASIL. STJ, 3ª T., *REsp 1.628.819/MG*, rel. Nancy Andrighi, v.u., j. 27.02.18, DJe 15.03.18.
- BRASIL. STJ, 3ª T., *REsp 1.742.547/MG*, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 18.06.19, DJe 21.06.19.
- BRASIL. STJ, 3ª T., *REsp 1.785.783/GO*, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 05.11.19, DJe 07.11.19.
- BRASIL. STJ, 4ª T., *AgRg nos EDcl no Ag 1.101.015/RJ*, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17.03.11, DJe 23.03.11.
- BRASIL. STJ, 4ª T., *AgInt no AREsp 1.152.469/GO*, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 08.05.18, DJe 18.05.18.
- BRASIL. STJ, 4ª T., *REsp 1.189.050/SP*, rel. Min. Luis Felipe Salomão, v.u., j. 01.03.16, DJe 14.03.16.
- CABRAL, T. D. D. *Impecuniosidade e Arbitragem: uma análise da ausência de recursos financeiros para a instauração do procedimento arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- CANZI, K.N.C. *O princípio do acesso à justiça e o processo eletrônico*. UNOESC, 2012.
- CARMONA, C.A. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHO, M. Princípios Gerais do CDC e Direitos Básicos do Consumidor. *Cadernos do Curso de Extensão de Direito do Consumidor*, n. 1, 2013. Disponível em: [TJRJwww.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor_9.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/cadernos_de_direito_do_consumidor/edicoes/cadernos_de_direito_do_consumidor_9.pdf). Acesso em: nov. 2019.
- CASADO FILHO, N. *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third Party*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da PUC/SP, São Paulo, 2014.
- CONDADO, E.C.G. *A Arbitragem como Instrumento Eficaz de Acesso à Justiça*. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.
- COSTA, P.J.A. *O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

CRETELLA NETO, J. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIDIER JÚNIOR, F.; ZANETI JÚNIOR, H. Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, C. R. *Arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERREIRA, O.A.V.A; FERREIRA, D.C.F.A.A; ROCHA, M.L. *Lei de Arbitragem Comentada Artigo por Artigo*. Editora JusPODIVM, 2019.

FICHTNER, J. A.; MANNHEIMER, S. N; MONTEIRO, A. L. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIRA JUNIOR, J. D. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FURTADO, P; BULOS, U. L. *Lei de arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. TJGO, 5ª Câmara Cível, *Apelação 0237312.21.2016.8.09.0137*, rel. Delintro Belo de Almeida Filho, j. 22.03.2018.

GRINOVER, A. P; BENJAMIN, A. H. V.; FINK, D. R.; FILOMENO, J. G. B.; WATANABE, K.; NERY JÚNIOR, N.; DENARI, Z. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LEVY, D; PEREIRA, G.S.J (Coord.). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LIMA, P.E.C. A Escolha da Lei Aplicável à Convenção de Arbitragem. *RJLB*, ano 4, n. 3, 2018.

LEMES, S. F. *O Uso da Arbitragem nas Relações de Consumo*. 12 ago. 2003. Disponível em: http://www.arbitragem-santos.com.br/conteudo/noticia_27.htm. Acesso em: 1 nov. 2020.

MARQUES, C. L. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, C. L.; BENJAMIN, A. H; MIRAGEM, B. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARIMPIETRI, F. *Direito material do consumidor*. Salvador: Endoquality, 2001.

MIRAGEM, B. *Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOLOGNI, C.K.F; PIEROTTI, S.M. Do Direito À Razoável Duração Do Processo: Necessidade De Se Equacionar O Processo Célere Com As Garantias De Defesas Mínimas. *Revista do Direito Privado da UEL*, v. 3, n.1, 2009 .

NALINI, J. R. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NERY JR., N. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, 582 p.

NUNES, C.L.G. O Princípio da Razoável Duração do Processo e Seus Critérios de Definição no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Um Estudo do Caso Damião Ximenes Lopes. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. V, n. 1, p. 35-58, dez. 2017.

OLIVEIRA, P.R.L; NUNES, T. Sistema Multiportas Para Solução Adequada De Conflitos De Interesses: Mediação, Conciliação E Arbitragem. *Direito & Realidade*, v. 6, n. 6, p. 56-74, 2018.

OLIVESKI, P.M. *Acesso à justiça*. Ijuí : Editora Unijuí, 2013. (Coleção Educação a Distância)

PINHO, H.D.B; MAZZOLA, M. A Cooperação Como Elemento Estruturante Da Interface Entre O Poder Judiciário E O Juízo Arbitral. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. ano 11, v 18, n. 3, set./dez. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31693/22428>. Acesso em: nov. 2019.

ROCHA, S. L. F. A cláusula compromissória prevista na lei 9.307, de 23.09.1996 e as relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 21, jan. 1997 .

RODOVALHO, T. Aspectos Introdutórios da Arbitragem. In: MOTTA JR., A et al. *Manual de Arbitragem para Advogados*. Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil (CACB): OAB, Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem, 2017.

RODOVALHO, T. *Cláusula Arbitral nos Contratos de Adesão*. São Paulo: Almedina, 2016.

ROVER, T. Consumidor que aceita arbitragem não pode recorrer ao Judiciário, decide STJ (Internet). *CONJUR*, ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-16/consumidor-aceita-arbitragem-nao-recorrer-judiciario>. Acesso em : nov. 2019.

SADEK, M.T.A. *Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180 .

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, *Apelação Cível 1019669-24.2014.8.26.0554*, rel. Des. Carlos Alberto de Salles, j. 17.01.17.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, *Agravo de instrumento 0166160-98.2012.8.26.0000*, rel. Des. Paulo Alcides, j. 30.08.12.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, *Apelação Cível 3001192-12.2013.8.26.0114*, rel. Des. Grava Brazil, j. 30.06.16.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, *Apelação Cível 1050534-29.2017.8.26.0100*, rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 16.08.18.

SCHIAVI, M. *O Novo Código de Processo Civil e o Princípio da Duração Razoável do Processo (Internet)*. TRF7, 2015. Disponível em: www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CPC_E_O_PRINCIPIO_DA_DURACAO_RAZOAVEL_DO_PROCESSO_-_Mauro.pdf. Acesso em: nov. 2019.

SILVA, A. S. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário*. Barueri: Manole, 2005.

SILVA, P. C. O Acesso ao Sistema Judicial e os Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias: Alternatividade Efetiva e Complementaridade. In: ZANETI JÚNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. (coord.). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SILVA, E.M. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. Brasília. *Revista de Informação Legislativa*, ano 43, n. 172, out./dez. 2006. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93271/Silva%20Enio.pdf?sequence=4>. Acesso: nov. 2019.

SOARES, E.C; ALVES, F.B. Princípios Do Contraditório E Da Ampla Defesa: Óbice Para A Efetiva Aplicação Do Princípio Da Razoável Duração Do Processo? *Revista Notices, [s.l.]*, v. 6, n. 6, mar. 2017.

SOARES, R. M. F. O discurso principiológico do código brasileiro de defesa do consumidor. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*, Umuarama, v. 18, n. 2, p. 187-200, jul./dez. 2015.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. III.

ZAVASCKI, T. A. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

Recebido/Received: 26.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.12.2020.

SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO: OBSTÁCULOS E CAMINHOS PARA EFETIVAÇÃO DO CONSUMO SUSTENTÁVEL

SUSTAINABILITY AND DEVELOPMENT:
OBSTACLES AND PATHS FOR THE REALIZATION
OF SUSTAINABLE CONSUMPTION

ANA PAULA MARQUES ANDRADE¹

RESUMO

O presente estudo busca investigar os motivos que impedem efetivar o consumo sustentável e com isso busca apresentar algumas propostas que visam a alcançar a sustentabilidade do consumo. O modelo de desenvolvimento econômico baseado no alto padrão de consumo e produção, adotado desde a Revolução Industrial, não obstante os benefícios trazidos à sociedade, trouxe impactos socioambientais, pois contribuiu tanto para a degradação do meio ambiente, como da qualidade de vida das pessoas. Nessa perspectiva, a pesquisa objetiva demonstrar que o consumismo é a principal causa da degradação do meio ambiente, bem como evidenciar que o consumo sustentável está indissociavelmente ligado a concretização da sustentabilidade. Assim, no trabalho serão apresentados alguns dos obstáculos que impedem efetivar esse ideal nessa sociedade de consumo e depois serão apontados os meios que podem contribuir para a efetivação do consumo sustentável, que envolvem mudanças éticas, econômicas e legislativas. Para esse resultado, o estudo utilizou o método dedutivo, apropriando-se de pesquisa exploratória, por meio de fontes bibliográfica e documental.

Palavras-chave: meio ambiente; consumo sustentável; sustentabilidade.

ABSTRACT

The present study seeks to investigate the reasons that prevent sustainable consumption from taking place and therefore seeks to present some proposals that aim to achieve sustainable consumption. The economic development model based on the high standard of consumption and production, adopted since the Industrial Revolution, despite the benefits brought to society, brought socio-environmental impacts, as it contributed to both the degradation of the environment and the quality of life of people. In this perspective, the research aims to demonstrate that consumerism is the main cause of environmental degradation, as well as to show that sustainable consumption is inextricably linked to the achievement of sustainability. Thus, in the work, it will expose some of the obstacles that prevent realizing this ideal in this consumer society and then the means that

1 Mestra pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT). Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso (ESMP/MT). Professora substituta na Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa "O meio ambiente do trabalho equilibrado como componente do trabalho decente" (GPMAT/PPGD/UFMT). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9990-0524>.

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

ANDRADE, Ana Paula Marques. Sustentabilidade e desenvolvimento: obstáculos e caminhos para efetivação do consumo sustentável. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 116-137, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.7876>.

can contribute to the realization of sustainable consumption, which involve ethical, economic and legislative changes, will be pointed out. For this result, the study used the deductive method, appropriating exploratory research, using bibliographic and documentary sources.

Keywords: environment; sustainable consumption; sustainability.

1. INTRODUÇÃO

O processo econômico e social que resultou na constituição na sociedade de risco, em que há incerteza em relação às consequências das atividades e tecnologias empregadas nos processos econômicos, de modo que apresentam riscos “transtemporais”, de alcance global e potencialidade catastrófica, trouxe vantagens, normalmente associadas a tudo aquilo que representa progresso, como produtos eletrônicos, serviços de saúde, telecomunicações e transportes, conforme destacado por Carvalho (2008, p.14). Por outro lado, esse processo trouxe também implicações negativas, como a exploração excessiva de recursos naturais e a possibilidade de seu esgotamento, a extensa produção de geração de resíduos, a exploração da mão de obra, a disseminação de doenças, o aumento da desigualdade social e a produção de riscos ecológicos de uma forma geral.

Conforme a sociedade passou a tomar consciência dos problemas ambientais e sociais e de sua ligação com o modelo de produção adotado, passaram a surgir propostas para alterar o modelo de desenvolvimento, em que trouxesse menos impactos ambientais e mais qualidade de vida para os indivíduos. Dentre as propostas existentes, é válido ressaltar aquela que constantemente aparece nas discussões que ocorrem em âmbito mundial: o desenvolvimento sustentável, que busca conciliar desenvolvimento e proteção ambiental.

Essa preocupação, em nível global, com o meio ambiente que iniciou desde a Conferência de Estocolmo no ano de 1972, chegou a conclusão 20 anos depois, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, conhecida como Rio 92, de que as principais causas da deterioração do meio ambiente são os padrões insustentáveis de consumo e produção, especialmente nos países industrializados, prescrevendo que a obtenção de padrões sustentáveis de consumo deve receber alta prioridade.

Assim, a problemática da pesquisa resume-se à seguinte questão: como efetivar o consumo sustentável em uma sociedade de consumo? Na busca de uma resposta para essa pergunta, procurou-se, ao longo do trabalho, responder aos seguintes questionamentos:

1. Quais as consequências do consumo desenfreado?
2. Quais as barreiras que impedem a efetivação do consumo sustentável?
3. Que caminhos devem ser seguidos para alcançar o consumo sustentável?

Dessa forma, a pesquisa tem como objetivo geral demonstrar de que maneira o consumo sustentável pode ser efetivado na sociedade contemporânea. Para tanto, o estudo foi dividido em três seções. No primeiro capítulo, aborda-se o conceito de sociedade de risco desenvolvido por Ulrich Beck, em que no centro dessa teoria se encontra os problemas ambientais, os quais são causados pelo alto nível de produção e consumo, oportunidade em que apresenta o que é consumo sustentável, apontando quais são as deficiências nas leis ambientais que

abordam esse tema. Em seguida, no segundo capítulo, são expostos os principais obstáculos que impedem a efetivação do consumo sustentável. E, por fim, no último capítulo são apresentadas alguns caminhos para efetivar o consumo sustentável e, com isso, concretizar a sustentabilidade na sociedade, para tanto, foi ressaltado a importância do anseio da sustentabilidade e da educação ambiental para concretizar aquele ideal.

Sendo assim, o estudo utilizou o método dedutivo, que parte do conhecimento geral para o particular, apropriando-se de pesquisa do tipo exploratória. Tal método busca um conhecimento melhor sobre o objeto sobre o qual se debruça, utilizando-se, para tanto, de pesquisa bibliográfica e documental.

2. O CONSUMISMO COMO PRINCIPAL CAUSA DA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A Revolução Industrial trouxe mudanças tecnológicas que acabaram por influenciar o processo produtivo social e econômico, bem como a maneira como o homem relaciona-se com a natureza, pois a produção e o consumo em grande escala intensificaram o uso de recursos naturais. Consolidou-se, assim, o sistema baseado no capital e no trabalho assalariado, ao mesmo tempo em que teve início o surgimento de problemas sociais e ambientais em âmbito mundial (ANDRADE, 2020, p. 13).

Com efeito, no século XX, os problemas relacionados ao meio ambiente foram potencializados, como demonstram, por exemplo, o aquecimento global, a perda da biodiversidade e o desmatamento de florestas. Esses danos ocorreram em razão do sistema industrial e do novo estilo de vida de grande parcela da população, regido, em especial, pelo consumismo (ANDRADE, 2020, p. 43).

Os problemas tornando-se cada vez mais complexos e havendo a potencialização dos riscos, a sociedade moderna tornou-se uma sociedade de risco, teoria esta desenvolvida por Beck. No contexto geral, a sociedade de risco é caracterizada por Leite e Ayala (2015, p. 125) como “um estágio da modernidade no qual começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então pelo modelo econômico da sociedade industrial”. Conforme pontua Beck (2011, p. 25), enquanto, na sociedade industrial, distribuíam-se riquezas, na sociedade de risco há distribuição dos riscos, os quais são abstratos, ou seja, invisíveis ao sentido humano, diferentemente da forma como apareciam na sociedade industrial, em que, em certa medida, eram conhecidos.

Beck coloca no centro dessa teoria, os problemas ambientais, afirmando que não há como negar a relação da sociedade com a natureza, aduzindo que tais problemas:

[...] não são problemas do meio ambiente, mas problemas completamente - na origem e nos resultados - sociais, problemas do ser humano, de sua história, de suas condições de vida, de sua relação com o mundo e com a realidade, de sua constituição econômica, cultural e política (BECK, 2011, p. 99).

Assim, ao contrário do que alguns poucos cientistas e até líderes políticos afirmam, muitos dos problemas ambientais que acontecem hoje não são atribuíveis a fatores naturais, mas ao

próprio homem e à sua atividade sobre o planeta, conforme já divulgado no quarto relatório emitido pelo Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas, divulgado em 2007. (IPCC, 2007).

Com os atuais padrões de produção e consumo da sociedade, o meio ambiente vem sofrendo constantes agressões que, por sua vez, resultam em sua deterioração, sendo que o consumismo já é a principal causa da degradação do meio ambiente e do agravamento de danos a ele, principalmente porque a população está projetada para alcançar 9 bilhões até 2050, conforme “Relatório sobre a Situação Mundial 2012”, publicado pela ONU, o que inevitavelmente aumentará ainda mais os índices de consumo mundial (ONU, 2012).

Para ilustrar esse problema em nível espacial, tem-se a medida científica denominada “Pegada Ecológica”, que “é um cálculo de terra necessário para prover recursos para satisfazer a necessidade de consumo da população” (SALZMAN, 1997, p. 1.250). Estudos apontam que em 2007, a pegada ecológica mundial era de 2,7 gha por habitante, de maneira que para manter esse nível de consumo de recursos naturais são necessários 1,5 planetas (GLOBAL FOOTPRINT NETWORK, 2010, p. 106).

Nesse sentido, é válido ressaltar que, em razão do impacto crescente das atividades humanas na terra e na atmosfera, em decorrência da exploração irresponsável dos recursos naturais, iniciada principalmente a partir da Revolução Industrial, o ganhador do Prêmio Nobel de 1995, Paul Josef Crutzen e seu colega Eugene F. Stoermer, defendem que foi inaugurada uma nova era geológica, a do Antropoceno, marcada por danos ambientais, como extinção de espécies e alterações climáticas, que, por sua vez, levaram às secas e ao aumento do nível do mar, dentre outras mazelas, como mencionado anteriormente. Essa nova era, que sucede a do Holoceno, ainda que não tenha sido aceita formalmente, situa a humanidade como principal causadora dos problemas ambientais (KOTZÉ, 2012, p.2). Segundo esse autor (KOTZÉ, 2012, p. 5), essas mudanças ecológicas acarretam impactos na política, na economia e na vida social de forma global, e, em razão disso, as pessoas devem rever como melhorar esses impactos causados na nova era.

Foi na Rio-92 que enfatizou-se a insustentabilidade dos níveis de produção e consumo, porquanto, na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o princípio 8 relaciona diretamente o desenvolvimento sustentável² à necessidade de redução dos níveis atuais de consumo: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas adequadas”. Inclusive, a Agenda 21 global, conforme sustenta Salzman (1997, p. 1.253) “tenta fornecer significado útil, quebrando o desenvolvimento sustentável em duas partes, produção sustentável e consumo sustentável”, a qual dedica um capítulo para tratar sobre a mudança nos padrões de consumo (capítulo IV). Vale ressaltar que, enquanto a produção sustentável envolve o modo de produção e serviços menos poluente, o consumo sustentável está relacionado ao consumo em si, que por sua vez é dividido em padrões de consumo (ligado a qualidade do produto ou serviço) e níveis de consumo (SALZMAN, 1997, p. 1.253).

2 Em abril de 1987, foi publicado o Relatório “Nosso Futuro Comum”, conhecido também como “Relatório Brundtland”. Tal documento fez um levantamento sobre como a humanidade comportava-se com relação aos recursos naturais e ao meio ambiente em geral e, ao analisar a situação ambiental do planeta, construiu a ideia de desenvolvimento sustentável, conceituando-o como “o desenvolvimento que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender às suas próprias necessidades” e apresentando diversas estratégias para que nações e governos alcançassem tal modelo de desenvolvimento.

Após esse evento, tal assunto passou a ser cada vez mais debatido. Em 1994, aconteceu o Simpósio de Oslo sobre Consumo Sustentável, oportunidade em que consumo e produção sustentável foi conceituado como sendo:

O uso de serviços e produtos relacionados que respondem às necessidades básicas e trazem uma melhor qualidade de vida ao mesmo tempo que minimizam o uso de recursos naturais e materiais tóxicos, bem como as emissões de resíduos e poluentes ao longo do ciclo de vida do serviço ou do produto, de forma a não comprometer as necessidades das futuras gerações. (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE, 2012, p. 12)

Apesar de haver um consenso sobre a insustentabilidade dos níveis de produção e consumo desde a ECO/92, de onde resultaram os dois documentos mencionados acima, esses níveis só aumentam. Talvez a explicação para isso, segundo Salzman (1997, p. 1247- 1251), seja de que entre leis de produção e leis de consumo, aquelas sobressaem, e as poucas leis de consumo existentes estão relacionadas mais com os padrões de consumo do que em níveis de consumo. Possivelmente, graças a tecnologia se torna cada vez mais fácil alcançar a produção sustentável, em que produtos e serviços são criados e executados com menor impacto ao meio ambiente, por outro lado, o consumo sustentável, especificamente quando se trata de níveis de consumo, impacta não só o estilo de vida das pessoas, mas também os aspectos fundamentais da sociedade, como o econômico, por isso, leis que abordam limitação de consumo são tão raras.

Outrossim, as leis de consumo atual não conseguem efetivar a sustentabilidade nessa prática, por quatro razões, conforme sustenta Salzman (1997, p. 1.267). Primeiro, elas são insatisfatórias, pois representam uma abordagem provisória, focando em impactos específicos e isolados de consumo. Segundo, as leis não tomam perspectivas do ciclo de vida do produto. Terceiro, poucas das iniciativas captam, ou mesmo tentam captar as externalidades geradas pelos produtos. Por fim e mais problemático, com poucas exceções, essas leis abordam padrões de consumo, em vez de padrões de consumo, ou o quão bem nós consumimos, do que o quanto consumimos.

Posto isso, para alcançar o consumo sustentável, as leis ambientais devem focar não apenas em padrões de consumo, mas especialmente em leis que abordam os níveis de consumo, pois não há evolução se a sociedade consome produtos melhores, mas o nível de consumo tende a aumentar. Acredita-se, nesse sentido, que, antes de buscar meios para solucionar o problema, se deve procurar conhecê-lo melhor, a sessão seguinte, busca demonstrar quais são as causas que impedem a efetivação do consumo sustentável.

3. DESAFIOS PARA EFETIVAÇÃO DO CONSUMO SUSTENTÁVEL

Quantificar o que pode ser considerado um consumo sustentável é um tema complexo, pois envolve alterar toda a estrutura de uma sociedade, por isso, leis que tratam sobre níveis de consumo são raras, sendo que o presente trabalho abordará três barreiras que de qualquer forma, impedem atingir aquele ideal, a começar pelo sistema econômico, em que a maioria

das sociedades prega o crescimento econômico como reflexo de desenvolvimento, e por tal motivo, o consumo desempenha o papel central, sendo amplamente incentivado.

No atual Estado de Direito, por exemplo, o desenvolvimento (ou bem-estar da população) está ligado ao crescimento do Produto Interno Bruto (PIB). Assim, quanto maior for o consumo e a produção, maior será o PIB, ou seja, maior será o desenvolvimento. Essa lógica, porém, é um equívoco, pois, conforme Freitas (2016, p. 29) lembra, “se aumentar a incidência de doenças, o PIB crescerá, pois aumentarão os gastos com saúde, o que demonstra a distorção gritante do indicador”.

Países que estão entre as maiores economias do mundo demonstram que o crescimento econômico não significa que as atuais e as futuras gerações usufruirão de uma boa qualidade de vida. No que diz respeito ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 2019, em que o cálculo leva em consideração renda, saúde e educação, a China, que possui a 2ª maior economia mundial, alcança a 85ª posição do IDH e é a primeira que mais polui o meio ambiente.³ A Índia que, por sua vez, possui o título de 7ª maior economia do mundo, ocupa a 129ª posição no IDH e é o 4º país que mais emite gases de efeito estufa.⁴

Numa perspectiva apenas ambiental, existe uma avaliação que analisa a sustentabilidade de uma sociedade, conhecida como Índice de Desempenho Ambiental. Trata-se de um projeto desenvolvido em conjunto com o Centro de Direito e Política Ambiental de Yale e do Centro de Rede Internacional de Informações sobre Ciências da Terra (CIESIN) no Earth Institute da Columbia University, sendo que esse índice é produzido em colaboração com o Fórum Econômico Mundial (WEF). Dentre os critérios avaliados, destacam-se a qualidade do ar, da água e do saneamento, as florestas, a pesca, o clima, a energia e a poluição do ar.

Dos 10 países considerados sustentáveis⁵, segundo o último processo avaliativo realizado em 2018, nenhum deles figura entre as 10 nações que mais emitem gases de efeito estufa, e, em relação ao IDH, estão ocupando as primeiras colocações, sendo que a ocupação mais baixa pertence à França, que se encontra na 26ª colocação. O Brasil, por sua vez, é considerado o 69º país mais sustentável, dentre os 180 países avaliados, e, no que diz respeito ao IDH, ocupa o 79º lugar. Tais constatações permitem concluir que há certa incompatibilidade entre crescimento econômico e proteção ao meio ambiente e que países preocupados com o meio ambiente têm mais chances de garantir à população qualidade de vida.

3 Tais informações são asseguradas pelo Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais (IPRI), órgão da Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), que divulgou recentemente uma tabela contendo as maiores economias do mundo com dados desde o ano de 2012 (Disponível em: http://www.funag.gov.br/ipri/images/analise-e-informacao/01-Maiores_Economias_do_Mundo.pdf), e pela organização global de pesquisa sobre meio ambiente e desenvolvimento, a World Resources Institute, a qual divulgou, em fevereiro de 2020, um gráfico constando os principais países emissores de gases de efeito estufa (Disponível em: <https://www.wri.org/blog/2020/02/greenhouse-gas-emissions-by-country-sector>).

4 O aquecimento global, ponto principal da questão ambiental, é um fenômeno causado por gases provenientes, sobretudo, da queima de combustíveis fósseis e do desmatamento, impedindo a dissipação do calor na atmosfera, isto é, são os gases de efeito estufa, como o dióxido de carbono, óxido nitroso e metano. Conforme Relatório Mudança Climática e Terra de 2019, emitido pelo Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), as mudanças climáticas provocadas por esse aquecimento mundial podem agravar os processos de degradação do solo, por meio de aumento da intensidade das chuvas, inundações, frequência e severidade da seca, elevação do nível do mar, entre outras situações (PADILHA, 2010, p. 10/11). Conforme Relatório Mudança Climática e Terra de 2019, emitido pelo Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), as mudanças climáticas provocadas por esse aquecimento mundial podem agravar os processos de degradação do solo, por meio de aumento da intensidade das chuvas, inundações, frequência e severidade da seca, elevação do nível do mar, entre outras situações (IPCC, 2019, p. 6-7).

5 Na sequência: Suíça, França, Dinamarca, Malta, Suécia, Reino Unido, Luxemburgo, Áustria, Irlanda e Finlândia.

Ao lado do sistema econômico que impede efetivar o consumo sustentável tem-se a barreira sociocultural, uma vez que o consumo intenso de bens e serviços fez surgir o que se tem denominado de cultura ou sociedade de consumo, locução adotada por Jean Baudrillard (1995, p. 60), segundo o qual, nesta sociedade, as pessoas não consomem o objeto pelo seu valor de uso, mas pelo significado que representa o seu uso, ou seja, pela posição social que o bem material lhe confere.

Com base nesse raciocínio, Bauman (2008, p. 165) denomina a sociedade contemporânea de sociedade de consumidores, na qual a realização pessoal é orientada pelo consumo, de forma que “o consumo excessivo [...] é sinal de sucesso” e “[...] possuir e consumir certos objetos e praticar determinados estilos de vida são a condição necessária para felicidade”. Isso explica as razões que levam as pessoas ao consumismo, cujo dano colateral, segundo o autor, é a materialização do amor, e, nesse contexto, as pessoas aumentam sua jornada de trabalho para adquirir bens materiais para si – os quais, em decorrência da mídia, tornam-se bens “necessários” – bem como para comprar presentes para aqueles que suportam sua ausência, em razão da longa jornada de trabalho necessária para manter esse nível de consumo. Sobre essa questão, Bauman, citando Hochschild, destaca:

O consumismo atua para manter a reversão emocional do trabalho e da família. Expostos a um bombardeio contínuo de anúncios graças a uma média diária de três horas de televisão (metade de todo o seu tempo de lazer), **os trabalhadores são persuadidos a “precisar” de mais coisas. Para comprar aquilo de que agora necessitam, precisam de dinheiro. Para ganhar dinheiro, aumentam sua jornada de trabalho. Estando fora de casa por tantas horas, compensam sua ausência do lar com presentes que custam dinheiro.** Materializam o amor. E assim continua o ciclo (HOCHSCHILD, p. 208, *apud* BAUMAN, 2008, p. 153, grifo nosso).

Nesse sentido, como abordado por Maloney (2011, p. 125), os consumidores nessa sociedade moderna, acabam se tornando vítimas, pois são manipulados pela publicidade para que eles encontrem a felicidade através da aquisição de determinado bem ou serviço, uma vez que a publicidade é capaz de fazer com que um produto qualquer seja considerado indispensável pelos consumidores para prover suas necessidades.

A “cultura do consumo não só impacta negativamente o meio ambiente, mas frequentemente nos leva a buscar a realização dos desejos errados ou a buscar realização dos desejos corretos no caminho errado” (HARSCH, 1999, p. 547). E é essa tradição cultural que acaba acompanhando uma pessoa desde o seu nascimento, faz com essa busca pelo consumo excessivo se torne algo natural da vida, quando na verdade, muitos dos serviços e produtos usufruídos não são manifestações inatas da natureza humana, ao revés, o desejo por eles foi desenvolvido ao longo dos anos, os quais foram reforçadas pelo mercado como sendo necessidades que precisam ser imediatamente satisfeitas.

Em razão disso, quando há tentativas do governo ou de outros atores a reinar no comportamento do consumidor são tidas como interferências excessivas e é considerada uma afronta às liberdades e direitos individuais, é o que Maloney (2011, p. 127) denomina como barreira política e ideológica para a redução do consumo.

Nas sociedades ocidentais prevalece a ideologia do liberalismo, em que há ênfase aos direitos e liberdades individuais, como forma de limitar os abusos de poder do governo, de maneira que em circunstâncias excepcionais é possível que haja interferência por parte deste,

no entanto, desde que seja para proteger ou apoiar os direitos individuais. Ocorre que quando se fala em consumo sustentável, essa ideologia liberal torna-se um problema, eis que tem como base o antropocentrismo. Assim, quando há intervenção regulatória, como proibições, para evitar danos diretos aos seres humanos, tais intervenções são aceitáveis às liberdades individuais, mas se algum tipo de proibição é imposta com fundamentos ambientais, é vista como intrusiva e desnecessária (MALONEY, 2011, p. 127- 128).

Conforme ressalta Burdon (2011, p. 38-39), o liberalismo promove liberdade individual sem que imponha qualquer dever para a sociedade humana ou para o meio ambiente e num conceito de propriedade privada liberal com raízes totalmente antropocêntricas, os proprietários visam apenas ampliar seus interesses próprios, o que acarreta dano ambiental.

Diante de tais barreiras, é inequívoco que os sistemas legais no Brasil e no mundo, se deparam com obstáculos complexos para abordar os níveis de consumo. Embora os países na ECO/92 entraram em consenso sobre o consumo insustentável, não houve consenso como solucionar de forma específica quais serão as medidas concretas a serem tomadas, não apontando, por exemplo, o nível de consumo considerado sustentável.

No Brasil, as leis que acabam por relacionar meio ambiente com consumo e produção não promovem o consumo sustentável. Exemplificando, na Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n. 6.938/81, um de seus instrumentos é sobre produção sustentável,⁶ mas não há nada relacionado ao consumo sustentável. Apesar de ter sido instituída a Política Nacional de Consumo, por meio da Lei n. 13.186 de 2015, os objetivos dessa lei são vagos, pois não apresentam a redução ideal para que o consumo seja considerado sustentável, sequer traz de que forma esses objetivos podem ser alcançados. Da mesma maneira, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010) tem como um dos objetivos, a redução dos resíduos sólidos, mas não traça qualquer meta. Por sua vez, lei que versa sobre relação de consumo, isto é, o Código de Defesa do Consumidor, também não há nenhum dispositivo que trate sobre a sustentabilidade do consumo ou que aponte a necessidade de observância do princípio do desenvolvimento sustentável. Logo, a conclusão que se faz é de que as leis que versam sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro acabam sendo omissas no combate ao consumismo.

Em meados de 2015, líderes mundiais reuniram-se na sede da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, com o fim de traçar um plano de ação para erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir que as pessoas alcancem a paz e a prosperidade, buscando, assim, atingir o desenvolvimento sustentável. Na ocasião, elaboraram a Agenda 2030, a qual contém o conjunto de 17 Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável, que devem ser cumpridos até 2030. Um dos objetivos listados nessa Agenda, especificamente o de número 12, é “Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis”, e, para isso, uma das metas estipuladas é: “Até 2030, reduzir substancialmente a geração de resíduos por meio da prevenção, redução, reciclagem e reuso”, que também é uma meta vaga, pois não quantifica qual seria essa redução substancial.

No capítulo seguinte, apresentar-se-á propostas políticas específicas de como o governo pode fomentar a ética do consumo sustentável, por meio de mudanças legislativas que abordam a redução dos níveis de consumo, sendo essencial que sejam promovidas cada vez mais

6 Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...) V - os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental;

leis nesse sentido, haja vista que “precisamos garantir a sustentabilidade geral do planeta, dos ecossistemas e da própria vida. Trata-se de uma questão irrenunciável se quisermos ainda viver” (BOFF, 2015, p. 26).

4. SUSTENTABILIDADE E DESENVOLVIMENTO: CAMINHOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO CONSUMO SUSTENTÁVEL

Como se defendeu acima, o sistema econômico predominante é um dos principais obstáculos para efetivação do consumo sustentável, e para superar essa adversidade, não se pode privilegiar a atividade produtiva em detrimento de um padrão de vida mínimo que deve ser assegurado aos seres humanos, mas que, pelo contrário, a preservação e a utilização sustentável e racional dos recursos ambientais devem buscar uma melhoria na qualidade de vida e, com isso, o fator econômico deve ser concebido como desenvolvimento, e não como crescimento (ANTUNES, 2005, p. 23).

Isso não significa que o desenvolvimento não deva ser visado, mas aponta para a possibilidade de que ele deixe de ser visto apenas como crescimento econômico, já que o verdadeiro desenvolvimento é aquele que proporciona mudanças qualitativas, tanto na vida das pessoas quanto na busca pela diminuição de impactos negativos no meio ambiente. Nesse sentido, é por isso que a sustentabilidade representa melhor esse propósito e é razão disso, que antes de apresentar os caminhos para efetivação do consumo sustentável é preciso compreendê-la melhor.

4.1 DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL AO ANSEIO PELA SUSTENTABILIDADE

O desenvolvimento sustentável surgiu como resposta para lidar com a crise ambiental, contudo, para muitos autores, tal como Azevedo (2008, p. 125), o termo desenvolvimento sustentável deveria ser retirado da legislação ambiental por ser incompatível com a ideia de preservação ambiental, aduzindo que o adjetivo sustentável fora utilizado com o intuito de minimizar essa evidente contradição.

De acordo com Boff (2015, p. 45), “sustentabilidade e desenvolvimento configuram uma contradição nos próprios termos”, isso porque, na prática, desenvolvimento é sinônimo de crescimento material, ou seja, trata-se do industrialista/capitalista/consumista, de modo que o termo é considerado como antropocêntrico, contraditório e equivocado.

Antropocêntrico, pois está centrado no ser humano, desconsiderando os demais seres que fazem parte do planeta. Sobre ser contraditório, Boff afirma:

É contraditório, pois desenvolvimento e sustentabilidade obedecem a lógicas diferentes e que se contrapõem. O desenvolvimento, como vimos, é linear, deve ser crescente, supondo a exploração da natureza, gerando profundas

desigualdades – riqueza de um lado e pobreza do outro – e privilegia a acumulação individual. Portanto, é um termo que vem do campo da economia política industrialista/capitalista.

A categoria sustentabilidade, ao contrário, provém do âmbito da biologia e da ecologia, cuja lógica é circular e includente. Representa a tendência dos ecossistemas ao equilíbrio dinâmico, à cooperação e à coevolução, e responde pelas interdependências de todos com todos, garantindo a inclusão de cada um, até dos mais fracos (BOFF, 2015, p. 45).

Com essa visão, pode-se afirmar que a sustentabilidade representa melhor a capacidade de proteger o meio ambiente, eis que considera todos os seres como dignos de proteção, sendo capaz, portanto, de afastar o caráter antropocentrista que ainda prevalece em todo o mundo.

Sachs (2002, p. 55) também evidencia a contradição do discurso do desenvolvimento sustentável neste mundo capitalista, pois afirma que o “desenvolvimento sustentável é, evidentemente, incompatível com o jogo sem restrições das forças do mercado”, já que tem como objetivo maior a obtenção de lucro a qualquer custo. Nesse sentido, Bosselmann (2015, p. 42) assevera que nenhum estado ou organização corporativa nega a importância do “desenvolvimento sustentável”, além disso, as múltiplas literaturas sobre o tema não existiriam se o “desenvolvimento sustentável não guardasse a promessa de nos salvar do colapso”. Assim, para o autor, seria irresponsável ignorar o conceito de desenvolvimento sustentável pelo simples fato de que não há consenso sobre seu significado, preceituando que é necessário perceber a essência ecológica do conceito. Em suas palavras:

Ou existe desenvolvimento sustentável ecológico ou não existe desenvolvimento sustentável algum. A percepção dos fatores ambiental, econômico e social como sendo igualmente importantes para o desenvolvimento sustentável, é, indiscutivelmente, o maior equívoco do desenvolvimento sustentável e o maior obstáculo para se alcançar a justiça socioeconômica (BOSSELMANN, 2015, p. 42-43).

Com isso, o autor (BOSSELMANN, 2015) tece uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável trazido no Relatório de Brundland:

O desenvolvimento sustentável não exige um ato de equilíbrio entre as necessidades das pessoas que vivem hoje e as necessidades das pessoas que viverão no futuro, nem um ato de equilíbrio entre as necessidades econômicas, sociais e ambientais. A noção de desenvolvimento sustentável, se as palavras e sua história têm algum significado, é bastante clara. Ele evoca para o desenvolvimento baseado na sustentabilidade ecológica a fim de atender às necessidades das pessoas que vivem hoje e no futuro. Entendido desta forma, o conceito fornece conteúdo e direção (BOSSELMANN, 2015, p. 28).

Desse modo, para Bosselmann (2015, p. 78), “o fato de que aspectos sociais e econômicos estão incluídos no conceito de “desenvolvimento sustentável” significa, portanto, que não requerem qualquer desvio a partir do núcleo ecológico”. Assim, a partir desse núcleo, que é tido como ponto central de referência, é possível relacionar os componentes social e econômico do desenvolvimento sustentável.

Para o autor (Bosselmann, 2015, p. 50-52), assim como para Boff, o enfoque dado ao conceito de desenvolvimento sustentável é excessivamente antropocêntrico, pois leva em consideração apenas as necessidades humanas, quando, na verdade, estas só podem

ser cumpridas dentro de limites ecológicos, mensagem que foi esquecida no Relatório de Brundtland.

Como a ideia do desenvolvimento sustentável decorreu da consciência de que o modelo de desenvolvimento adotado tem relação com a crise ambiental, é imprescindível que o núcleo central desse conceito esteja ligado à preservação da natureza. Assim, pode-se concluir que a forma de desenvolvimento só se torna legítima diante da realidade global quando os limites da natureza são respeitados. É certo que todos os meios de produção, de alguma forma, causam impactos negativos à natureza, mas dentre esses meios, existem aqueles que diminuem consideravelmente os efeitos prejudiciais ao ambiente, como é o caso, por exemplo, do uso de energia solar e eólica.

É nesse sentido que Freitas (2016, p. 57) prefere falar em sustentabilidade em vez de desenvolvimento sustentável, alegando “que a sustentabilidade é que deve adjetivar, condicionar e infundir as suas características ao desenvolvimento, nunca o contrário”, não podendo ser vista como crescimento econômico cego, a qualquer custo. Pode-se afirmar, assim, que o desenvolvimento deve ser almejado por todas as sociedades, desde que pautado na proteção ambiental, pois o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida, devendo predominar o respeito à dignidade de todos os seres e à natureza, a fim de que as atuais e futuras gerações tenham o direito de viver decentemente.

Diante desse objetivo da sustentabilidade, há o reconhecimento de sua natureza multidimensional, pois para que seja concretizada, ela perpassa por todas as relações humanas, sendo que alguns autores defendem oito dimensões da sustentabilidade, como Sachs (2002), já outros, como Freitas (2015), sustenta que ela envolve as facetas ética, social, jurídico-política, econômica e ambiental. Mas, de todo modo, como afirmam Klinsky e Golub (2016, p. 166) “no mínimo, a sustentabilidade nos obriga a considerar os impactos econômicos, sociais e ambientais de qualquer ação ou prática”.

A sustentabilidade sugere, assim, diante dos problemas socioambientais – grave crise ambiental e alarmante desigualdade social – uma mudança cultural, no sentido de reconectar o homem à natureza e ao seu semelhante, de maneira que tais transformações, como dito, perpassam por todas as relações humanas. O desenvolvimento, nesse paradigma, deve expressar esse ideal de sustentabilidade, no qual não apenas o homem, mas também a natureza e os seres que dela fazem parte sejam valorados como tal.

É fato que nem todas as atividades estão livres de causar algum impacto ao meio ambiente, além disso, não se pode ignorar a necessidade de desenvolvimento baseado em termos econômicos, mas, para que essa forma de aferimento torne-se legítima, as atividades devem causar o menor impacto possível, sempre respeitando os limites ecológicos. Para isso, é necessária uma verdadeira transformação no modo de pensar, consumir e produzir, no sentido de que todos exerçam suas funções sem prejudicar a qualidade de vida das presentes e futuras gerações, bem como tornando a natureza digna de respeito e consideração, o que, por consequência, conduz a uma releitura do art. 225 da CRFB, visando a reintegração dos valores da natureza, mesmo porque a Carta Magna oferece condições normativas para que se torne possível a concretização da sustentabilidade no país.

Com isso, recorda-se aquilo que Canotilho (2010, p. 8) lecionou sobre o imperativo categórico do princípio da sustentabilidade, o qual pressupõe que “os humanos devem organizar

os seus comportamentos e ações de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações”.

Nesse prisma, conforme defende Boff (2015, p. 78), a sustentabilidade traz consigo uma nova cosmologia (ou um novo paradigma),⁷ qual seja, a da transformação, diferente, por sua vez, da cosmologia moderna, em que o homem é visto como dominador da natureza. A nova cosmologia insere o ser humano na natureza em sintonia com os demais seres que dela fazem parte, reconhecendo o valor intrínseco de cada sujeito e não de sua mera utilização, prezando pelo respeito por toda a vida.

Com efeito, para que haja sustentabilidade, “é necessária uma macroeconomia que, além de reconhecer os sérios limites naturais à expansão das atividades econômicas, rompa com a lógica social do consumismo” (VEIGA, 2015, p. 26).

E isso é possível, pois como já aconteceu certa vez, conforme relembra Boff (2015, p. 97), quando, no século XVI, em razão da nova ciência, passou-se do terracentrismo (a Terra seria o centro) ao heliocentrismo (o Sol é o centro), as mentes, as igrejas e as instituições tiveram que se transformar com muito custo. Ainda, segundo o autor, a questão é que essa mudança acabou acontecendo, de modo que, por dedução, se acredita que uma outra revolução com base nessa nova cosmologia será possível. Nesse sentido, Kótze (2012, p. 17) fala em uma segunda Revolução Copernicana, que, diante da Era do Antropoceno, exige da humanidade assumir a responsabilidade pelo desencadeamento da crise ambiental que ela mesmo ocasionou e, com isso, tomar atitudes nessa direção.

Para isso, “a Carta da Terra trouxe de volta o significado original do conceito de desenvolvimento sustentável” (Bolssemann, 2015, p. 19), colocando, portanto, a sustentabilidade como a única alternativa para salvar o planeta, desde que a questão ambiental esteja à frente das preocupações sociais e econômicas (BOLSSEMANN, 2015, p. 222).

Por mais que pareça uma ideia utópica, como afirma Boff (2015, p. 145), trata-se de “uma utopia necessária, sem a qual o caos se sobreporia à ordem e o absurdo ganharia a partida sobre o sentido”. Na mesma direção, Bosselmann (2015, p. 27) afirma que “a visão de uma sociedade justa e sustentável não é um sonho distante, mas condição de qualquer sociedade civilizada”.

Sob tal ótica, o objetivo da humanidade deve ser a transformação da sociedade de risco em uma sociedade sustentável, pois, em razão de todos os problemas ambientais enfrentados, estando a existência da própria humanidade comprometida, a sustentabilidade deve ser buscada por todos os atores sociais e em todos os seus aspectos, devendo ser perseguida como um novo modo de vida, o que envolve necessariamente redução substancial nos níveis de produção e consumo.

4.1.1 A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO PROPULSORA DA SUSTENTABILIDADE

Para que haja o desenvolvimento de uma sociedade rumo à sustentabilidade, o passo primordial é investir em educação ambiental,⁸ pois pessoas conscientes tendem a exigir

7 Paradigma e cosmologia têm os mesmos significados, isto é, trazem uma visão geral do universo, da Terra, da vida e do ser humano, que serve de orientação para as pessoas e para as sociedades e que atende a uma necessidade humana por um sentido globalizador de tudo (BOFF, 2015, p. 77).

8 Conforme a Política Nacional de Educação Ambiental, em seu art. 1º, “Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências

mudanças que visem o bem-estar coletivo e, por consequência, a lutar por um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Na primeira conferência internacional que discutiu sobre o meio ambiente, a Conferência de Estocolmo, foi adotada a educação ambiental como um dos princípios⁹ presentes em sua Declaração. Assim, nessa primeira conferência que teve como foco o meio ambiente, foi ressaltada a importância da educação para a proteção ambiental, com a finalidade de permitir que o homem desenvolva-se em todos os aspectos.

Na legislação brasileira, não faltam normas sobre a educação ambiental, como se pode constatar no exame da CFRB (art. 225, §1º, VI), da PNMA (art. 2º, X) e da Política Nacional da Educação Ambiental. Inclusive, outro documento resultado da Eco-92 é o Tratado de Educação Ambiental para as Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global, que indica alguns princípios, bem como um plano de ação para educadores ambientais, estabelecendo uma relação entre as políticas públicas de educação ambiental e a sustentabilidade.

A Carta da Terra, por sua vez, em seu princípio IV, no item 14 ressalta a necessidade de “integrar, na educação formal e na aprendizagem ao longo da vida, os conhecimentos, valores e habilidades necessárias para um modo de vida sustentável” e que deve ser oferecido a todos “oportunidades educativas que lhes permitam contribuir ativamente para o desenvolvimento sustentável” (item 14.a).

Leff (2010, p. 247) afirma que a crise ambiental que coloca a vida em risco traz consigo uma crise moral que, por sua vez, questiona o sentido da vida. Com isso, não basta apenas uma reflexão, mas a uma reeducação, a fim de que seja possível “conhecer as causas da crise ecológica e dos valores que foram sendo forjados paralelamente à epistemologia que constituiu a concepção de nosso mundo e de nossos mundos de vida”.

Para o autor, a educação ambiental é o campo dessas novas batalhas que estão por acontecer, em que se deve ir além de informar sobre a crise ambiental e o aquecimento global, pois é o momento de descobrir suas causas profundas, preparar o pensamento e a vida para o desconhecido, pensar o impensado e ensaiar outros modos de pensar, sentir e agir, para que todos possam se unir em um diálogo de saberes (LEFF, 2010, p. 247).

A educação ambiental assume, portanto, uma função transformadora, na qual a co-responsabilização dos indivíduos torna-se um objetivo essencial para promover esse novo tipo de desenvolvimento que se persegue. Para Jacobi:

O seu enfoque deve buscar uma perspectiva holística de ação, que relaciona o homem, a natureza e o universo, tendo em conta que os recursos naturais se esgotam e que o principal responsável pela sua degradação é o homem. [...] A educação ambiental deve ser vista como um processo de permanente aprendizagem que valoriza as diversas formas de conhecimento e forma cidadãos com consciência local e planetária [...] (JACOBI, 2003, p. 189-206).

voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade”.

9 Princípio 19: É indispensável um esforço para a educação em questões ambientais, dirigida tanto às gerações jovens como aos adultos e que preste a devida atenção ao setor da população menos privilegiado, para fundamentar as bases de uma opinião pública bem informada, e de uma conduta dos indivíduos, das empresas e das coletividades inspirada no sentido de sua responsabilidade sobre a proteção e melhoramento do meio ambiente em toda sua dimensão humana. É igualmente essencial que os meios de comunicação de massas evitem contribuir para a deterioração do meio ambiente humano e, ao contrário, difundam informação de caráter educativo sobre a necessidade de protegê-lo e melhorá-lo, a fim de que o homem possa desenvolver-se em todos os aspectos.

Dada a importância desse tema, a Política Nacional de Educação Ambiental, em seu art. 2º, é previsto que “a educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo [...]”, logo, percebe-se que a escolaridade é importante para que a educação ambiental possa ser concretizada, assim como também destacou a Carta da Terra.

Nesse contexto, é de fundamental importância que esse tema seja integrado ao ensino geral para que todos tenham mais consciência e conhecimento a fim de preservar a natureza, uma vez que a educação ambiental é necessária para alcançar um meio ambiente saudável, bem como para a efetivação da sustentabilidade, pois, por meio dela, poderá haver maior qualidade de vida e maior consciência de conduta pessoal, assim como aumentará a consciência da relevância da harmonia entre os seres de todas as espécies, o que indubitavelmente levará as pessoas a ter um comportamento mais sustentável em relação ao consumo.

4.2 PROPOSTAS PARA EFETIVAÇÃO DO CONSUMO SUSTENTÁVEL

Como dito anteriormente, são poucas as leis ambientais que promovem consumo sustentável voltadas para diminuir o nível de consumo, não obstante haver leis, inclusive uma Política Nacional de Consumo no país, que mencionam a necessidade de reduzir resíduos sólidos, por exemplo, os dispositivos são vagos, pois não apresentam quais são os caminhos para que o consumo seja reduzido.

No entanto, deve ser enfatizado que a mudança a ser realizada não é apenas legislativa ou econômica, como algumas que serão propostas abaixo, inicialmente é necessário que as pessoas percebam que bem-estar e a felicidade podem ser encontradas além dos bens materiais e do ato de consumismo. Dessa maneira, a mudança necessária para alterar os padrões e níveis de consumo é fundamentalmente ética, em que deve “superar a ideia do ser humano como consumidor/mercadoria dos dias hoje e assumir a ideia (real) do ser humano como ser que busca a Justiça” (WALDMAN, 2014).

Após essa mudança fundamental, a barreira do sistema econômico, tratada anteriormente, que incentiva o consumismo precisa ser superada. Como já vem sendo defendido por muitos autores, o desenvolvimento deve ser medido com novos indicadores, por exemplo, por meio da expansão de liberdades, pelo acesso à saúde e à educação, à proteção do meio ambiente e à democracia.

Sobre essa questão, Sen (2000, p. 20), um dos responsáveis pela criação do conceito de IDH, defende que o “desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do PIB e de outras variáveis relacionadas à renda”. Para medir o desenvolvimento de uma nação, na visão do autor, devem ser levadas em consideração a qualidade de vida e a liberdade usufruída. Sen (2000, p. 18), por exemplo, vê o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.

Nessa mesma perspectiva, Veiga (2010, p. 50) sustenta que o PIB, critério utilizado para auferir o desenvolvimento de um país, está ultrapassado e, de forma semelhantemente a Sen, acredita que:

O desenvolvimento de uma sociedade depende é da maneira como ela aproveita os benefícios de seu desempenho econômico para expandir e distribuir oportunidades de acesso a bens como liberdades cívicas, saúde, educação, emprego decente, etc. Ainda mais para quem já entendeu, também, que o desenvolvimento terá pernas curtas se a natureza for demasiadamente agredida pela expansão da economia, que é um subsistema altamente dependente da conservação da biosfera.

Nessa mesma linha, Harsch (1999, p. 607) sustenta que deve ser abandonado o Produto Nacional Bruto (PNB) como indicador de bem-estar, pois acredita que esse critério legitima, de certa forma, o consumismo, por isso, advoga considerar como medidor do PNB riquezas que não são aferidas em valor econômico.

O desenvolvimento de uma nação deve ser compreendido, portanto, não como um sinônimo do crescimento econômico, mas como um elemento que está intrinsecamente relacionado à qualidade de vida que as pessoas convivem naquela sociedade, sendo, ainda, imprescindível proteger a natureza para que o desenvolvimento seja possível. Nesse sentido, vale destacar que o último parágrafo do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável n. 17 da Agenda 2030 aduz à necessidade de que o PIB precisa ser superado.¹⁰ Da mesma forma, a Agenda 21 já indicava a necessidade de outros indicadores de desenvolvimento sustentável.¹¹ O IDH, embora tenha sido criado com a intenção de avaliar a qualidade de vida, também precisa ser reformulado, uma vez que está limitado a apenas três variáveis.

Com isso, a sustentabilidade, o novo ideal do desenvolvimento de uma sociedade, deve ser medida por critérios que tenham como objetivo avaliar a qualidade de vida das pessoas, os quais compreendem o acesso à educação e ao serviço de saúde com excelência, o trabalho decente e principalmente a possibilidade de viver em uma sociedade com liberdade plena. Concomitantemente, questões relacionadas à proteção do meio ambiente também devem ser avaliadas, como qualidade do ar, água e saneamento, poluição do ar, dentre outras.

Seguindo para sanar as deficiências legislativas sobre o tema, no mundo todo já se discutem propostas que são capazes de contribuir para o consumo sustentável. Algumas proposições são apresentadas por Harsch (1999, p. 604-605), dentre elas, a de que os países passem a transmitir propagandas educativas como meio de contrabalançar as mensagens prejudiciais promulgadas pelas propagandas.¹² Como a propaganda é um dos principais incentivadores do consumismo, essa proposta certamente ajudará a enfrentar o obstáculo cultural do consumo, uma vez que as propagandas de forma educativa tratarão sobre o impacto nega-

10 17.19 Até 2030, valer-se de iniciativas existentes para desenvolver medidas do progresso do desenvolvimento sustentável que complementem o produto interno bruto [PIB] e apoiem a capacitação estatística nos países em desenvolvimento.

11 4.11. Convém ainda considerar os atuais conceitos de crescimento econômico e a necessidade de que se criem novos conceitos de riqueza e prosperidade, capazes de permitir melhoria nos níveis de vida por meio de modificações nos estilos de vida que sejam menos dependentes dos recursos finitos da Terra e mais harmônicos com sua capacidade produtiva. Isso deve refletir-se na elaboração de novos sistemas de contabilidade nacional e em outros indicadores do desenvolvimento sustentável.

12 Em seu artigo, o autor menciona a existência da Proposição 99 da Califórnia. Essa Proposta impõe um imposto de 25 centavos por maço de cigarros para fornecer financiamento para uma campanha de educação em saúde. Um anúncio financiado por essa Proposição 99 é uma paródia dos outdoors da Marlboro, possui dois cowboys andando ao entardecer na faixa aberta. A legenda diz: "Ei Bob, tenho certeza que sinto falta do meu pulmão". Tais contra-anúncios parecem que foram eficazes, pois fumar na Califórnia diminuiu 27%, ou três vezes mais rápido que a média nacional, desde a passagem da Proposta 99.

tivo dos anúncios publicitários, possibilitando que os níveis de consumo sejam reduzidos, tal como aconteceu nos lugares em que essa prática foi adotada.

Outro mecanismo proposto por Harsch (1999, p. 604-605) está relacionado também com a publicidade, haja vista que o autor defende a necessidade do restabelecimento de limites comerciais para emissoras de televisão aberta, visto que eles são responsáveis por incentivar o consumo. Essa proposta, do mesmo modo que a apresentada anteriormente, auxilia no enfrentamento do obstáculo cultural do consumismo.¹³

Ainda como forma de efetivar a sustentabilidade do consumo, muitos defendem redução da jornada de trabalho, sendo inclusive sugerida por Harsch (1999, p. 606). Como um dos danos colaterais do consumismo é a materialização do amor, que acaba por levar as pessoas a um ciclo de jornada exaustiva para comprar bens (presentes) a fim de compensar a sua ausência, com a jornada reduzida, os trabalhadores poderão passar mais tempo com seus familiares, diminuindo o consumo de bens não essenciais.

Ademais, há outros efeitos positivos da redução da jornada como a geração de emprego e a melhora da qualidade de vida e a manutenção do equilíbrio trabalho-vida. Nos estudos de Carneiro e Ferreira (2008, p. 44) sobre a qualidade de vida do trabalhador em uma experiência de redução da jornada de trabalho numa organização pública brasileira, foi constatado que a redução da jornada melhorou a qualidade de vida dos indivíduos fora do trabalho, que passaram a ter mais tempo para dedicarem-se à família, à saúde e a outras atividades; houve melhora na qualidade de vida no trabalho, como melhor aproveitamento do tempo e concentração, o que, conseqüentemente, gerou uma melhora na produtividade dos trabalhadores.

Mas para que essa proposta tenha sucesso, as pessoas precisam ter consciência de que o bem-estar está relacionado sobretudo às coisas imateriais, de modo que o consumo, por essa razão, deve ser sustentável, já que seu excesso envolve os indivíduos em um ciclo de trabalho árduo, reduzindo o tempo de lazer e a convivência familiar e social, sem contar que é um dos principais motivos da degradação ambiental. Nesse sentido, chama a atenção Farber:

Se o consumo não é central para a qualidade de vida (pelo menos acima de um nível mínimo de necessidade), tampouco o é a produção. Em geral, as experiências mais prazerosas não derivam do trabalho – as pessoas obtêm maior satisfação nas atividades sociais, apesar de o trabalho poder ser importante para sua autoestima. Curiosamente, as pessoas mais felizes tendem a não ser super empreendedores; aparentemente, aquilo que impulsiona as pessoas aos mais altos níveis de desempenho não se coaduna com a satisfação pessoal. Em geral, o materialismo não conduz ao bem-estar. Assim, a maior parte dos fatores que determinam a felicidade são não-econômicos (FARBER, 2011, p. 23).

Com efeito, a sustentabilidade requererá das pessoas uma mudança a “respeito do bem-estar e da felicidade, de forma a desatrelá-la o máximo possível do ato de consumo”, a começar pelo desapego de uma rotina árdua de trabalho (OLIVEIRA, 2012, p. 106).

Outra proposta específica, trazida também por Harsch (1999, p. 607-608), é de abolir práticas e substâncias nocivas colocadas no mercado. Como posicionado pelo autor, atual-

13 Vale recordar que no Município de São Paulo foi implementado a padronização, limitação e proibição de publicidade exterior, a depender do anúncio, através da Lei da Cidade Limpa (Lei n. 14.223/2006). Embora o objetivo da lei não foi diretamente para reduzir o nível de consumo, acaba por contribuir com esse objetivo, haja vista que a publicidade acaba por influenciar o consumo desenfreado.

mente, a política ambiental regulamenta os processos de produção de uma maneira que não atribui nenhum valor particular ao uso final para o qual o produto fabricado é destinado. Dessa feita, defende que uma abordagem alternativa seria proibir o uso de substâncias ou processos prejudiciais quando o produto final não compensa o desequilíbrio ecológico que cria (por exemplo, o fabricante de plásticos pode ser autorizado a usar um produto químico perigoso ao fazer seringas, mas não para fabricar brinquedos. Isso não significaria uma proibição de brinquedos, mas uma proibição sobre certos métodos de fabricação de brinquedos). Assim, essa abordagem diferenciaria entre produtos finais baseados na importância desse produto. Com isso, a legislação deixaria de concordar com a noção do mercado liberal, em que apenas porque um consumidor está disposto a gastar dinheiro em um produto, ele tem o direito de criar o desequilíbrio ecológico que resulta do cumprimento do seu desejo enquanto consumidor.

Harsch (1999, p. 608-610) defende ainda que o governo deve promover uma ética ambiental através de campanhas de educação pública que incentivam as pessoas a tomar decisões se deve ou não consumir e pesar o dano ecológico que inevitavelmente resulta da maior parte do consumo. Para tanto, cita a rotulagem ecológica de produtos como exemplo para fornecer informações úteis a fim de auxiliar os consumidores na tomada de decisões, bem como servir como um lembrete constante que quase todos os produtos carregam custos ocultos.

Mecanismos de preços mais precisos também devem ser implementados, para refletir os custos ambientais de todo o ciclo de vida do produto, isto é, internalizar as externalidades. Como resultado, haveria preços diferentes de mercadorias nas prateleiras e, em alguns casos, produtos muito diferentes também. E mais, mercadorias duráveis possivelmente seriam menos caras do que produtos descartáveis, e todas as mercadorias seriam suplementadas por informações mais compreensivas sobre os seus impactos ambientais. Essas falhas de mercado - que não consideram todos os custos ambientais de um produto -, justificam a intervenção do Estado, como sustentado por Salzman, como por meio de lei antitruste (SALZMAN, 1999, p. 1257-1259), isto porque por mais que essa questão de colocar o preço certo tenha sido reconhecida desde a ECO/92, na Agenda 21,¹⁴ dificilmente o mercado no momento de fixar o preço do produto não capta os seguintes custos:

- 1) os recursos e emissões do transporte destas matérias-primas por todo o mundo, 2) os danos naturais dos recursos dos rejeitos de mineração ou exploração de óleo, 3) resíduos de fabricação, 4) contribuição dos compostos orgânicos voláteis para a poluição; e 5) disposição do produto. O preço de varejo também falha em captar os custos de esgotamento como os recursos finitos são gastos (SALZMAN, 1999, p. 1.257).

Dessa maneira, quando os custos ambientais são refletidos no produto e o consumidor recebe essa informação, isso induz o consumidor a ter um comportamento mais sustentável no momento de fazer suas compras.

Ainda um dos caminhos para um consumo mais sustentável, embora não seja exatamente de estabelecer normas legislativas, é quando o Estado pode estimular e influenciar os

14 (e) Desenvolvimento de uma política de preços ambientalmente saudável: 4.24. Sem o estímulo dos preços e de indicações do mercado que deixem claro para produtores e consumidores os custos ambientais do consumo de energia, de matérias-primas e de recursos naturais, bem como da geração de resíduos, parece improvável que, num futuro próximo, ocorram mudanças significativas nos padrões de consumo e produção. 4.25. Com a utilização de instrumentos econômicos adequados, começou-se a influir sobre o comportamento do consumidor. Esses instrumentos incluem encargos e impostos ambientais, sistemas de depósito/restituição, etc. Tal processo deve ser estimulado, à luz das condições específicas de cada país.

cidadãos à adoção de comportamentos mais sustentáveis, o que é possível com a aplicação da teoria econômica comportamental de *nudge*, que nas palavras de Coelho e Ayala:

[...] preocupa-se com a análise do comportamento individual em busca de melhorar a precisão da previsão de como os seres humanos irão agir diante de determinados contextos e, com base nessa constatação, promover um arranjo contextual que seja favorável a direcionar os indivíduos à adoção de uma conduta desejável. A lógica dessa teoria pode ser melhor compreendida quando esclarecidos os conceitos-chaves que a identificam: paternalismo libertário, arquiteto de escolhas e liberdade. [...] arquiteto de escolhas é o responsável por organizar o contexto no qual os indivíduos deverão exercer uma decisão, de forma a estruturar uma arquitetura que os influencie a adotar uma conduta pré-determinada e desejada pelo arquiteto. [...] é paternalismo porque se preocupa em melhorar a qualidade de vida e bem-estar dos indivíduos, mas libertário porque não o faz por meio de mandamentos como ordem, proibição ou permissão, mas tão somente por meio de orientação no sentido da adoção de uma melhor conduta para o seu próprio bem-estar. [...] Nudge é, portanto, um modelo comportamental de estímulo de escolhas no interesse de se favorecer as liberdades individuais (COELHO; AYALA, 2018, p. 418-419).

Diferentemente da preocupação tradicional de possibilitar que os indivíduos possam alcançar bem-estar e melhorias em suas próprias vidas, a preocupação que reside na abordagem de um paternalismo libertário, quando se fala em proteger o meio ambiente por meio de *nudge*, conforme sustentam Carvalho e Ayala, “encontra-se radicada em valores para além dos indivíduos e da vida humana: tem-se, aqui, a consideração do bem-estar coletivo, das futuras gerações e de todas as formas de vida” (COELHO; AYALA, 2018, p. 425).

Uma proposta apresentada de *nudge* por Coelho e Ayala (2018, p. 422) com essa finalidade é de que todos os estabelecimentos dos órgãos do Estado poderiam adotar como regras-padrão¹⁵ para impressão “nos dois lados” da folha, o que levaria a redução no consumo de papel, tal como a experiência ocorrida na Universidade Rutgers, que em três anos, reduziu o consumo de papel em 50%. Num primeiro momento, pode até parecer uma atitude insignificante perante outros problemas ambientais enfrentados, mas caso seja levada para todos os órgãos do Estado, a um nível nacional, o consumo de papel será reduzido substancialmente, contribuindo, portanto, com a proteção da natureza.

Expostas tais propostas, é importante enfatizar que para alcançar a sustentabilidade, ainda que a longo prazo, é preciso mudanças na maneira pela qual as empresas operam e também como as pessoas vivem. E esta mudança ocorre em dois níveis, no nível da tomada de decisão individual, para tanto, é preciso que sejam oportunizadas às pessoas condições para tomar decisões de consumo sustentáveis, como informação; e no nível social é preciso fornecer comunidades e infraestrutura que possibilitam as pessoas a terem uma vida mais saudável, satisfatória e sustentável, como por exemplo, fornecimento de transporte público de qualidade. Se as pessoas têm acesso a um bom serviço de transporte público, haverá redução no consumo de automóveis e combustível, por exemplo (FARBER, 2011, p. 58).

15 Nesse sentido, esclarecem Coelho e Ayala: Uma arquitetura de escolha baseada em regras-padrão, portanto, se identifica por um padrão pré-estabelecido pelo arquiteto de escolha dentre algumas outras opções, e que acaba permanecendo caso os indivíduos não tomem medidas para alterar e sair desse padrão, ou seja, as regras-padrão se estabelecem quando as pessoas optarem por não fazer nada. Saliencia-se que, ainda que essa *nudge* se baseie no estabelecimento de uma regra-padrão, o exercício das liberdades ainda é respeitado, porque a todo momento os indivíduos possuem a opção de não o adotar, isto é, possuem a liberdade de *opt-out*: não se trata de restringir ou limitar liberdades, pois todas as demais opções de escolha são mantidas ao alcance do indivíduo (COELHO; AYALA, 2018, p. 422).

Embora não seja uma tarefa fácil, a mudança para um consumo sustentável será possível com o auxílio da aplicação da Jurisprudência da Terra, proposto por Thomas Berry, em 2001, que busca redefinir a relação entre seres humanos e o ambiente, para tanto, é necessário que seja desprezada a teoria do antropocentrismo em favor da teoria do ecocentrismo, em que a natureza não será mais vista como um recurso a ser explorado para o bem do homem, já que até então, a maneira pela qual a natureza é tratada não manteve a integridade dos ecossistemas, os quais toda a comunidade (seres humanos e seres não humanos) depende (ALEXANDER, 2014, n.p.).

A Jurisprudência da Terra visa assim, uma ecologia profunda do direito, de modo que o conjunto de normas legais devem respeitar as leis da natureza, sendo que a natureza é vista como um valor em si e não como um recurso para satisfazer as necessidades dos homens. E é nesse sentido, que Michel Serres (1990, p. 76-77), defende a existência de um contrato natural, para que a natureza também seja titular de direito, a fim de que haja o equilíbrio do homem com a natureza/mundo.

Nesse contexto, Robinson (2013. p. 502) também defende que “reformas são necessárias nos níveis local, regional e estadual e em níveis internacionais e intergovernamentais [...] e são as leis humanas que precisam melhor identificar e conformar-se às leis da natureza”.¹⁶

Diante das circunstâncias, a restrição à liberdade individual, por meio da imposição da restrição de consumo, se faz necessária, para que a natureza seja protegida. O bem-estar não deve condizer apenas aos seres humanos, mas também aos seres inominados que fazem parte do universo. Desta forma, para que os seres humanos não vejam como uma intromissão a sua liberdade individual quando se busca proteger a natureza, é necessário que essa filosofia da Jurisprudência da Terra seja efetivamente alcançada, pois assim, o ser humano estará reconectado à natureza, compreendendo que é apenas mais um integrante desse mundo e não simplesmente que a natureza deve servir todas as suas necessidades.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento em direção a uma sociedade sustentável, em nível mundial, continua sendo um desafio contínuo, sendo que a política ambiental ainda é deficiente em proteger a natureza, isto porque, uma das causas que mais agride o meio ambiente é o consumismo e há poucas leis que abordam padrões de consumo, bem como reduções nos níveis de consumo, ou em outras palavras, que buscam implementar o consumo sustentável.

Essa deficiência acontece porque uma das barreiras enfrentadas quando se pretende alterar o modo de consumo, especialmente no que diz respeito a tentar reduzir os níveis de consumo, é visto pela sociedade como uma violação às liberdades individuais.

No entanto, é possível que aconteçam mudanças no comportamento da sociedade para que revejam o modo de consumo, com a finalidade de proteger o meio ambiente, sem que seja considerada como violação ao exercício das liberdades individuais. Não há de se negar

¹⁶ ROBINSON, Nicholas. Keynote: Sustaining society in the Anthropocene Epoch. *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 41: 4, p. 467-506, 2013. p. 502.

que será uma transformação sensível, isto porque está relacionada a mudança de comportamento individual e social, e nem todas as pessoas estão preparadas para isso. Além disso, tais alterações serão mais controversas em países industrializados/desenvolvidos, porque vai contra os interesses econômicos.

Todos – governo, indivíduos, mercado - devem buscar mudanças de atitudes e na construção de uma nova ética, para que as transformações no padrão e níveis de consumo consigam efetivamente proteger a natureza, já que a todos compete zelar pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Estado apesar de não ser o único autor, é o que melhor tem condições para empoderar as políticas ambientais, aliás, é ele também que assumiu inúmeros compromissos internacionais e deve então cumpri-los. Acontece que em muitos Estados, especialmente no Brasil, o Estado é estruturado sob uma perspectiva antropocêntrica, não sendo capaz de proteger efetivamente a natureza.

No entanto, estamos diante de uma nova era geológica, a era do Antropoceno, em que os seres humanos comprometeram os processos ecológicos da terra, tornando-os irreversíveis, sendo necessário que novos rumos sejam tomados, pois até então, apesar das inúmeras legislações somadas no mundo todo, elas não estão sendo capazes de proteger a natureza. É necessária, portanto, uma alteração ética, econômica e legislativa, para que seja priorizado a proteção da natureza, e não mais o crescimento econômico e o consumo, como acontece atualmente.

Desta forma, a mudança na lei é necessária, para tanto, um dos caminhos a seguir, é adotar a filosofia da Jurisprudência da Terra para orientar essa mudança tão urgente e necessária. O principal desafio é deixar de lado essa visão antropocêntrica e adotar uma visão ecocêntrica, que consiste em reconhecer a dependência da humanidade, a conexão do homem com a natureza, e mais reconhecer os direitos intrínsecos da natureza, de modo que as sociedades humanas deverão se encaixar nos limites do mundo natural, isto, serão as leis humanas que devem respeitar as leis da natureza. Sob esse ângulo, é possível que haja a transformação da sociedade de consumo para uma sociedade sustentável, que viva dentro dos limites do planeta.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Samuel. Earth jurisprudence and the ecological case for degrowth. *The Free Library*, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/264879356_EARTH_JURISPRUDENCE_AND_THE_ECOLOGICAL_CASE_FOR_DEGROWTH. Acesso em: 5 jan. 2019.

ANDRADE, Ana Paula Marques. *O meio ambiente do trabalho seguro e saudável como um dos caminhos para concretização da sustentabilidade*. 2020. 181 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Estado de Mato Grosso, Cuiabá, 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização e direito no limiar da vida*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Portugal: Edições 70, 1995.

- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: A transformação de pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é, o que não é*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BURDON, Peter D. *Earth Jurisprudence: Private property and Earth community – A thesis submitted for the degree of doctor of philosophy*. 2011. 276 f. Tese (Doutorado em filosofia) - Faculdade de Direito, Universidade de Adelaide, Adelaide, 2011. Disponível em <https://digital.library.adelaide.edu.au/dspace/bitstream/2440/69468/8/02whole.pdf>. Acesso em: 9 maio de 2020.
- BOSELTMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review*, v. VIII, n. 13, p. 7-18, p. 8, 2010.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 14.
- CARNEIRO, Thiago Lopes; FERREIRA, Mário César. Redução de jornada melhora a Qualidade de Vida no Trabalho? A experiência de uma organização pública brasileira. *Revista Psicologia: Organizações e Trabalho*, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 131-158, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/rpot/article/view/3271/5407>. Acesso em: 22 jan. 2020.
- COELHO, Mariana Carvalho Victor; AYALA, Patryck de Araujo. Paternalismo libertário e proteção jurídica do ambiente: por que proteger o ambiente também deve ser proteger as liberdades? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 406-427, ago de 2018.
- FARBER, Daniel. Law, Sustainability, and the Pursuit of Happiness. 2011. *C Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/6289107q>. Acesso em: 9 jan. 2020.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2016.
- GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. *Ecological Footprint Atlas 2010*. 2010.
- HARSCH, Bradley A. Consumerism and Environmental Policy: Moving Past Consumer Culture. *Ecology Law Quarterly*, v. 26, 543-610, p. 607, 1999.
- IPCC, 2007: Summary for Policymakers. In: *Climate Change 2007: The Physical Science Basis*. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Solomon, S., D. Qin, M. Manning, Z. Chen, M. Marquis, K.B. Averyt, M. Tignor and H.L. Miller (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA.
- JACOBI, Pedro. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. *Cad. Pesqui*, São Paulo, n. 118, p. 189-206, mar. de 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742003000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 24 jan. 2020.
- KLINSKY, Sonja; AARON, Golub. Justice and Sustainability. Heinrichs H., Martens P., Michelsen G., Wiek A. (Orgs.) *Sustainability Science*. Springer, Dordrecht, p. 161-173, 2016. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-017-7242-6_14. Acesso em: 30 abr. 2020.
- KOTZÉ, Louis. *Remaining Global Environmental Law and Governance in the Anthropocene*. North West University, 2012.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial*. Teoria e prática. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- LEFF, Henrique. *Discursos Sustentáveis*. São Paulo: Cortez, 2010.
- MALONEY, Michelle. Earth Jurisprudence and Sustainable Consumption. *SCULawRw: Southern Cross University Law Review*, v. 14, p. 119-148, 2011.
- OLIVEIRA, João Carlos Cabrelon. Consumo sustentável. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.9, n.17, p. 79-108, jan./jun. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório sobre a Situação Mundial 2012*. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/swop2012.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. *ABC do CPS*. Esclarecendo Conceitos Sobre Consumo e Produção Sustentável (CPS), 2012.

ROBINSON, Nicholas. Keynote: Sustaining society in the Anthropocene Epoch. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 41, n. 4, p. 467-506, 2013.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 4. ed. Rio de Janeiro, Garamond, 2002, p. 55.

SALZMAN, James. Sustainable Consumption and the Law. *Environmental Law*, 1243-1293, 1997. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1078. Acesso em: 30 abr. 2020.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERRES, Michel. *O contrato natural*. Tradução de Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

VEIGA, José Eli da. *Para entender o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Editora 34, 2015.

WALDMAN, Ricardo Libel. A ética do consumo sustentável: a atividade do Núcleo de Prática em Direito Ambiental. In: X SEMANA DA ENSINO PESQUISA E EXTENSÃO - UNIRITTER - Laureate International Universities, 2014, Porto Alegre. Disponível em: https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/sepesq/x_sepesq/arquivos_trabalhos/2966/538/591.pdf.

Recebido/Received: 09.05.2020.

Aprovado/Approved: 29.11.2020.

OS DIREITOS INDIVIDUAIS E SOCIAIS DOS TRANSEXUAIS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA CONCREÇÃO

THE INDIVIDUAL AND SOCIAL RIGHTS OF TRANSEXUALS: AN ANALYSIS FROM THE FOLLOWING OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR CONCRETION

LUCAS TEIXEIRA DEZEM¹
JUVÊNIO BORGES SILVA²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo verificar a regulamentação legal e jurídica dos direitos conferidos aos transexuais, com ênfase nos direitos da personalidade. A pesquisa se justifica tendo em vista as mudanças que ocorreram no que se refere às relações de gênero, cirurgias de redesignação sexual ou transgenitalização, bem como mudanças nas concepções psicológicas e jurídicas no que se refere à transexualidade, ao mesmo tempo em que os transexuais ainda sofrem preconceitos e mesmo dificuldades quando se trata dos direitos de personalidade como nome, uso de espaços públicos, dentre outros. O método utilizado é o dedutivo, sendo que a pesquisa se orientou por livros, artigos científicos, doutrina jurídica, legislação e jurisprudência. Da pesquisa resultou que os direitos do transexual relaciona-se com diversos direitos da personalidade e direitos fundamentais a partir de cada momento e decisão que ele tome, manifestando-se em face da sociedade de forma multifacetada, dependendo da situação concreta que exija proteção.

Palavras-chave: direitos da personalidade; direitos fundamentais; gênero; políticas públicas; transexualidade.

ABSTRACT

This article aims to verify the legal and juridical regulation of the rights granted to transsexuals, with an emphasis on personality rights. The research is justified in view of the changes that have occurred with regard to gender relations, surgeries of sexual reassignment or transgenitalization, as well as changes in psychological and legal concepts regarding transsexuality, at the same time that transsexuals are still they suffer prejudices and even difficulties when it comes to personality rights such as name, use of public spaces, among others. The deductive method is used, and the research was guided by books, scientific articles, legal doctrine, legislation and jurisprudence. It emerged from the research that the rights of the transsexual are related to several personality rights and fundamental rights from every moment and decision that he makes, manifesting himself in the face of society in a multifaceted way, depending on the concrete situation that requires protection.

Keywords: transsexuality; genre; personality; fundamental rights; public policy.

- 1 Mestrando em Direito Coletivo pela Universidade de Ribeirão Preto-SP. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-3524-2486>.
- 2 Pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2010), atualmente leciona no ramo de Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto- UNAERP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9403-2713>.

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

DEZEM, Lucas Teixeira; SILVA, Juvêncio Borges. Os direitos individuais e sociais dos transexuais: uma análise sob a ótica dos direitos fundamentais e sua concreção. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 138-156, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8012>.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais representam garantias individuais que, no geral, salvaguardam o cidadão das ingerências do Estado na vida particular. Sendo assim, são direitos que constituem importantes mecanismos de defesa da justiça, liberdade e igualdade.

Por conta disso, presente artigo tem como finalidade verificar a legislação fundamental correspondente ao público transexual, bem como sua efetividade na sociedade por meio das políticas públicas de implementação.

Para tanto, a pesquisa ocorreu por meio de informações bibliográficas, legislativas, jurisprudenciais e acervo online. Neste sentido, optou-se por dividir o trabalho em três tópicos.

O primeiro tratará sobre os direitos fundamentais. Para esse fim, buscou realizar conceituações, definições de dimensões de direitos, especificação de direitos fundamentais e, por fim, características dos direitos fundamentais. A relação existente nesse tópico sobre o direito à sexualidade estará no bojo das liberdades individuais, em específico, a liberdade sexual.

O segundo tópico diz respeito ao direito da personalidade de modo a abordar a conceituação do termo jurídico, a origem dos desses direitos, a categoria ou especificação dos mesmos. A conexão existente entre os direitos da personalidade e o direito à sexualidade, de modo geral, diz respeito a honra, imagem e privacidade do indivíduo.

Por fim, a última seção versará especificamente sobre a comunidade transexual. Deste modo, se procurará conceituar o tema, de forma a realizar distinções necessárias sobre o assunto, abordando destarte as características dos direitos dessa comunidade, a delimitação acerca da natureza jurídica do mesmo, e, por fim, a forma como se tutela esse direito, referenciando jurisprudências e políticas públicas.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Os direitos fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), Título II- Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I- Dos direitos e deveres individuais e coletivos, possuem a competência, segundo Canotilho, em um plano jurídico-objetivo de proibir as “ingerências destes na esfera jurídica individual”; no viés jurídico-subjetivo, tem a função de “exercer positivamente as garantias fundamentais” e, além disso, tem competência para “exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos” (CANOTILHO, 1993, p. 541).

Vários são os direitos fundamentais previstos no art. 5º da Carta Magna, dentre eles destacar-se-ão, de acordo com o objeto de estudo, o direito à vida, igualdade, intimidade, vida privada, honra e imagem (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal foi a precursora em utilizar o princípio da dignidade humana, sendo este inserido no rol dos fundamentos da República Federativa. De acordo com Martins “o princípio da dignidade da pessoa humana constitui a base, o alicerce, o fundamento da República e do Estado Democrático de Direito por ela instituído” (MARTINS, 2005, p. 71-72).

Estabelecido isso, após a CF/88, a dignidade da pessoa humana passa a ser um dos valores fundantes da República e do Estado Democrático de Direito, sendo como dever de o Estado priorizar o ser humano em todas as suas dimensões. Ou seja, o Estado deveria oferecer condições para as pessoas terem meios para garantia de sua dignidade.

Por causa disso, os direitos e garantias fundamentais foram reconhecidos e positivados na CF/88. Esses direitos e garantias são normas com destinação a oferecer proteção aos cidadãos em suas relações com o ente estatal, de modo a garantir a convivência digna, com liberdade e igualdade, conforme previsão do *caput*, do artigo 5º, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

O conceito sobre direitos fundamentais se apresenta aberto na doutrina, uma vez que não é possível estabelecer uma definição universal a respeito do tema.

Neste sentido, Comparato afirma que são “direitos humanos reconhecidos expressamente pela autoria política” e tutelam “algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos” (COMPARATO, 2010, p. 74). Deste modo, para o renomado doutrinador, direitos fundamentais são direitos humanos que protegem os valores essenciais da própria condição humana.

Silva argumenta que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, 1992, p. 182).

É possível inferir que os direitos fundamentais refletem um conjunto de princípios que remetem a organização e ideologia política adotada no ordenamento jurídico. Além disso, os direitos fundamentais possuem a função de garantia do ser humano em convivência digna, livre e igual aos seus semelhantes.

Aquém disso, Trindade indica que os direitos fundamentais se apresentam multifacetados em relação ao âmbito de sua proteção. Neste sentido, eles enquanto “um direito de proteção, marcado por lógica própria” estão voltados para “à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados” (TRINDADE, 2003, p. 38).

Sobre a conceituação dos direitos fundamentais, temos que eles abrangem uma união de regras e leis com cuidado de proteção do indivíduo diante do Estado, restringindo as ações deste de forma a permitir que os cidadãos exerçam sua liberdade, além de estabelecer as fronteiras necessárias para o direito do próximo não seja atingido, desta forma, propiciando o convívio na sociedade (DUQUE, 2014).

Neste compasso, Tavares:

[...] é preciso também afastar a possibilidade de que “preceito fundamental” seja toda e qualquer norma contida na Lei Fundamental. Se, teoricamente, essa construção é admissível, o mesmo não ocorre quanto ao vigente sistema constitucional. [...] É preciso garantir “a relevância de cada palavra constitucionalmente empregada”, não se podendo pretender simplesmente ignorar a letra da Constituição para poder construir um significado arbitrariamente. Portanto, quando a Constituição fala de “preceito fundamental” não está a se referir à Constituição como um todo. (TAVARES, 2008, p. 122)

Ou seja, é possível dizer que o preceito fundamental não precisa estar no maior ordenamento jurídico de um Estado para que seja considerado como tal. É necessário que exista a importância no que tange a relação do indivíduo com a coletividade.

Araújo e Nunes Júnior ensinam que os direitos fundamentais simbolizam:

Uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Destarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade). (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 110)

Neste sentido, a natureza poliédrica diz respeito às conquistas do ser humano ao longo da história, diante de vários desrespeitos à dignidade do ser humano, como, por exemplo, a escravidão, tortura, imposições religiosas, etc., as quais passaram a ser menosprezadas por diversos ordenamentos jurídicos. Irá ser abordado temática sobre as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, de modo a estabelecer conceitos, exemplificações e apontamento doutrinários.

Sobre os direitos fundamentais, é comum entre os doutrinadores a divisão deles em dimensão ou gerações e, de acordo com Mendes (2008, p. 233) os direitos fundamentais de primeira geração engloba os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. Estes direitos foram criados com o objetivo de abster o poder do Estado, de forma a não interferir na vida íntima dos indivíduos. Tais direitos tratam a respeito das liberdades individuais, por exemplo, a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio entre outras.

Mendes diz que diante dos problemas sociais oriundos de pressões da industrialização, do crescimento demográfico, e dos conflitos da sociedade, necessitou a intervenção do Estado e, neste contexto, surgiram os direitos de segunda dimensão (MENDES, 2008, p. 234). Estes dizem respeito aos direitos sociais, econômico e culturais, como a assistência social, saúde, educação, trabalho e lazer.

O autor supramencionado ainda escreve que os direitos de terceira dimensão protegem a coletividade e eles são criados com o objetivo de proteção da paz, do desenvolvimento, da qualidade do meio ambiente, da conservação do patrimônio histórico e cultural.

Sobre as dimensões dos direitos fundamentais, Moraes transcreve o voto do Ministro Celso de Melo:

[...] Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou

concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (MORAES, 2006, p. 26)

Neste sentido, é capaz de afirmar que os direitos de primeira geração exprimem o princípio de liberdade, já os de segunda dimensão o princípio da igualdade e, por fim, os de terceira dimensão o princípio da solidariedade.

Os direitos fundamentais possuem algumas características próprias, são elas: universalidade, todos os indivíduos são sujeitos desses direitos; imprescritibilidade, estes direitos são eternos e não sofrem alterações com o decurso do tempo; individualidade, trata-se de direitos pessoais, de modo que só pode ser exercido pela própria pessoa; complementariedade, tais direitos devem ser interpretados conjuntamente, neste sentido, não há hierarquia entre eles; inviolabilidade, os mesmos não podem ser descumpridos; indisponibilidade, não podem ser dispostos por nenhum meio; inalienabilidade, não é possível a comercialização deles (OLIVEIRA, 2008, p. 125).

Outras características são fixadas pela doutrina no que diz respeito ao regime jurídico de proteção dos direitos fundamentais. Este regime possui força constitucional. Deste modo, para sua modificação acontecer é necessário um processo rígido, por isso são consideradas normas pétreas da constituição (artigo 60, §4º, IV CF/88).

Dias (2006, p. 72-73) explica a importância dos direitos fundamentais na sociedade brasileira, de acordo com sua evolução histórica:

A evolução dos direitos humanos atingiu seu ápice, a sua plenitude subjetiva e objetiva. São direitos humanos plenos, de todos os sujeitos contra todos os sujeitos, para proteger tudo que condiciona a vida humana, fixados em valores ou bens humanos, patrimônio da humanidade, segundo padrões de avaliação que garantam a existência com a dignidade que lhe é própria.

Desta forma, os direitos fundamentais chegam em seu apogeu com a positivação, garantindo sua existência em âmbito objetivo, e a regulamentação de seu funcionamento e proteção da dignidade humana, existência no plano subjetivo.

O artigo 5º da CF/88, apregoa que todos os cidadãos, sem nenhuma distinção, têm o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Observa-se que, dentre o rol dos direitos fundamentais, o direito à vida é o mais importante o primeiro deles, visto que o Estado tem o dever de proteção em todos os seus aspectos. Além de assegurar o direito de viver, também protege o direito de viver com dignidade atendendo às necessidades básicas de todo ser humano (LENZA, 2010, p. 748-749).

Moraes (2015, p. 34), sobre o direito à vida, entende que ao Estado cabe “assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”.

Desta forma, o direito a vida não abrange somente o respeito à própria existência, mas sim abrange a proteção de condições necessárias para garantir o mínimo necessário de uma vida digna.

2.1 DIREITO A IGUALDADE E LIBERDADE

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 , estabelece:

Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. (...); Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei; Art. 5.º A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Esta Declaração foi feita em meio a Revolução Francesa. Neste período, conforme trecho mencionado, o conceito de igualdade não é dissociado de liberdade. Neste sentido, os homens são dotados de direitos naturais, sendo restringidos pelos direitos dos outros cidadãos, esses limites são fixados em lei.

Vejamos o que a Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece sobre o assunto:

Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade; Art. 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. Art. 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal

Assim como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração Universal de Direitos Humanos também reitera a postura soberana e indissociável da liberdade e igualdade.

O direito à igualdade também previsto no referido dispositivo constitucional, que define que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Por sua vez deve ser interpretado com cautela, uma vez que todos os indivíduos devem ser tratados de forma igual, na medida de suas desigualdades. E, para não existir discriminação entre classes sociais, religião, sexo biológico, a lei deve ser aplicada de forma igualitária (artigo 3º, IV, da CF/88).

Sendo assim, Moraes leciona:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é a exigência tradicional do conceito de Justiça, pois o que realmente se protege são certas finalidades, somente se tendo porlesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...] (MORAES, 2006, p. 31)

Neste seguimento, o princípio da igualdade é aplicado na CF/88 no sentido de ser meio para se chegar a Justiça. Nesse ponto de vista, a Estado deve proporcionar mecanismos para que os indivíduos encontrem sem situação de igualdade para determinado caso concreto.

No tocante, ao direito à igualdade, Silva, ladeado por outros estudiosos, leciona que os “conceitos de igualdade e de desigualdade são relativos, impõe a confrontação e ao contraste entre duas ou várias situações pelo que onde uma só existe não é possível indagar se houve tratamento igual ou discriminatório” (SILVA, 2006, p. 216).

O direito à liberdade foi conquistado ao passar do tempo. Neste contexto, Oliveira (2007, p. 104) preleciona:

De acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ‘A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei’

O art. 5º, IV, da Constituição Federal assegura o direito a livre manifestação do pensamento. Ao garantir a livre manifestação, essa norma constitucional, registra a existência do direito de opinião, que considera dois valores: valor-exigência, que seria o direito de ter e poder expressar uma opinião livremente e o valor-indiferença, quando se tem a liberdade de não levar em consideração a opinião de terceiro (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2009, p. 141).

Relativo ao tema, Dias (2009, p. 63) escreve em sua obra que:

A liberdade e a igualdade – correlacionadas entre si – foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito – que tem como finalidade assegurar a liberdade – é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade.

Desta forma, quando a autora estuda sobre o princípio da liberdade, destaca o vínculo existente entre ela e a igualdade, sem uma, a outra perderia o sentido.

2.2 DIREITO À EXPRESSÃO, OPINIÃO, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

A CF/88, em seu artigo 37, ressalta a informação de neutralidade do Poder Público “diante da opinião, proibindo, portanto, perseguições ou privilégio que levem em conta as convicções individuais” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 141).

O direito de expressão pode se exibir de diferentes jeitos como através da música, teatro, cinema, imagem, deste modo, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” prevista no artigo 5º, IX, da CF/88.

Sendo assim, o direito de opinião diz respeito a uma declaração do pensamento, um juízo conceitual, já o direito de expressão trata sobre a manifestação de sentimentos e criatividade do ser humano independentemente da formulação de valores ou definições (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 143-144).

Apesar disso, Lenza (2010, p. 761) indica que existem casos em que a lei federal deverá regular diversões e espetáculos públicos, de modo que devem ser respeitados os locais, horários adequados e faixas etárias recomendadas.

Em relação ao direito à intimidade e vida privada, expressamente, previstos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, tem-se aqueles que “relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade”, enquanto o direito à vida privada “envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc” (MORAES, 2015, p. 54).

Quando ao direito à honra e à imagem, previstos na mesma legislação constitucional, Silva (2006, p. 209) disserta que eles integram o conceito de direito à vida privada. Isto porque, “a Constituição, com razão, reputa-os valores humanos distintos. A honra, a imagem, o nome e identidade pessoal constituem, pois, objeto de um direito, independente da personalidade”.

2.3 DIREITO À LIBERDADE SEXUAL

Em conformidade com o que foi exposto anteriormente, os objetivos da República Federativa do Brasil são formados pela construção de uma sociedade livre e igualitária, sendo estes preceitos já alicerçados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Aquém disso, a Constituição Federa é clara ao vedar todo e qualquer tipo de discriminação, defendendo, ainda, que todos os indivíduos têm o direito à igualdade jurídica e a liberdade a fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. E, como dito, a violação de tais direitos implicam na supressão ou limitação da dignidade da pessoa humana, além de violência à democracia, ofensa à Constituição Federal.

Constitucionalmente, estão protegidos o direito à liberdade de pensamento, a personalidade, a intimidade, a vida privada, a livre iniciativa a locomoção dos cidadãos. Neste sentido, pode-se dizer que as liberdades individuais devem ser consideradas um direito fundamental, o qual é protegido nas normas constitucionais.

Desta forma, considerando as diversas expressões da liberdade, dentro da liberdade de personalidade e da individualidade humana se encontra a liberdade sexual. Digo, “o direito de, em sua vida privada, expressar sua sexualidade da melhor forma que lhe convier” (CUNHA, 2009, n.p).

Para Maria Berenice Dias (2009, p. 188): “ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual”. Em outras palavras, o respeito a liberdade sexual e à livre orientação sexual, compreende na proteção da dignidade humana.

Complementando tal ideia, a mesma autora afirma que é preciso reconhecer que a “sexualidade integra a própria condição humana”, isto porque ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito a exercer livremente sua sexualidade. Para a autora, a liberdade sexual compreende dentro da liberdade individual, neste sentido deve ser interpretado como um direito natural que integra os direitos de primeira geração, que já foi visto por aqui.

Apesar de muitos doutrinadores considerarem o direito à liberdade sexual e à livre orientação sexual como direito de primeira dimensão. Existem estudiosos que aprofundam os estudos tecendo argumentos mais detalhados sobre o assunto, como por exemplo Castro (2016, p. 82), vejamos:

A igualdade e a vedação de discriminação e preconceito contra homossexuais garantem a classificação do direito à livre orientação sexual como um direito de segunda dimensão (proteção contra grupos de alvo de opressão social, como a decorrente da homofobia, que coloca os homossexuais como socialmente hipossuficientes). O direito à sexualidade, enquanto realização integral da humanidade para preservação da dignidade humana para fins de livre exercício da sua sexualidade, é catalogado como direito de terceira dimensão, inclusive como um direito solidariedade, sem o qual a condição humana não se realiza.

Deste modo, é capaz dizer que o direito ao livre exercício da sexualidade compõe as três dimensões de direitos, uma vez que está associado a liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana, pela sexualidade pertencer a personalidade e seu desenvolvimento depender da satisfação de necessidades básicas, tais como o desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor.

Isto é, retirar o direito do indivíduo de experimentar sua sexualidade, seja ela qual for, é oferecer a esta pessoa uma vida indigna, cita-se Dias (2006, p. 76):

A identificação do gênero do objeto de desejo, se masculino ou feminino, é o dado revelador da orientação sexual, opção essa que não pode merecer tratamento diferenciado. O fato de a atenção ser direcionada a alguém do mesmo ou de distinto sexo não pode ser alvo de tratamento discriminatório, pois tem por base o próprio sexo da pessoa que faz a escolha. A decisão judicial que adote por critério, não a efetiva conjunção das pessoas, de suas próprias vidas, mas a mera coincidência de sexos parte de um preconceito social.

Ou seja, adotar preceitos que segreguem, que ferem a liberdade de orientação fere preceitos fundamentais e revelam preconceitos sociais por parte de quem qualifica tais atitudes como indignas.

Desta forma, deve-se ter em mente que em nada diferencia, enquanto ser humano, um indivíduo cisgênero ou transgênero. Os dois são indivíduos dotados de direitos, com proteção constitucional clara, sendo vedado qualquer discriminação em virtude da sua orientação afetiva, uma vez que esta é uma característica da própria natureza humana e inclui a dignidade, não ofendendo os direitos ou liberdades dos demais indivíduos.

Ao proceder uma análise no âmbito do direito civil-constitucional sobre os direitos da personalidade, Tartuce (2012, p. 142-143) verifica que estão relacionados com três grandes princípios constitucionais, são eles: princípio de proteção da dignidade da pessoa humana disposto no artigo 1º, III, da CF/1988; princípio da solidariedade social que é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, artigo 3, I e III, da CF/1988; princípio da igualdade *lato sensu* ou isonomia que afirma “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, presente no artigo 5º, *caput*, da CF/1988.

Após seus estudos, o autor conclui: “na visão civil-constitucional, assim como os direitos da personalidade estão para o Código Civil, os direitos fundamentais estão para a Constituição Federal” (TARTUCE, 2012, p. 143). Para tanto, o estudioso utiliza-se do Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil para sustentar que tanto o rol de direitos da personalidade quanto rol de direitos fundamentais são meramente explicativos:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação .

Neste sentido, o próximo capítulo irá tratar com mais profundidade os direitos da personalidade, fazendo as relações necessárias com o tema proposto.

3. DIREITOS DA PERSONALIDADE

A proteção da personalidade não é inovadora, embora a teoria dos direitos de personalidade, somente começou “a ingressar em leis e em Códigos” após do século XX (BITTAR, 1990, p.49). Porém, ainda hoje, o entendimento acerca da matéria não é uníssono.

O antigo Código Civil, de 1916, possuía uma visão individualista e patrimonialista. Já com a confecção do atual Código Civil, o de 2002, essa visão foi modificada e se tornou mais valorativa a dignidade da pessoa humana por meio dos direitos da personalidade, coadunando com os preceitos constitucionais.

Com as novas regras do Código Civil de 2002, um novo cenário surgiu na ordem jurídica brasileira, pois este ordenamento considerou os princípios constitucionais e colocou em seus artigos os direitos da personalidade.

Devido a inclusão desses direitos, o atual Código Civil passou a valorizar a pessoa e suas conquistas, mostrando os direitos existenciais da pessoa humana, os quais também deveriam ser protegidos nas relações entre particulares (BELTRÃO, 2014, p. 10).

Os direitos da personalidade são definidos por Beltrão (2014, p. 12), como uma “categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas”. Ou seja, tratam-se de direitos subjetivos, pois os bem da personalidade são seu objeto de estudo.

Nesta alçada, Diniz (2007, p. 142) disserta:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

De outro modo, os direitos da personalidade são tidos essenciais para a pessoa. Isso ocorre devido ao conteúdo conferido à personalidade.

Neste mesmo sentido, Azevedo (2012, p. 33) ensina como os direitos da personalidade “relacionam-se com os aspectos físicos, psíquicos e morais da pessoa, a ela mesma atinentes ou aos seus desmembramentos e projeções sociais”. Conclui o autor que “esses direitos asseguram a existência do ser humano, constituindo sua essência”.

França (1996, p. 1033) diz que se trata de “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”.

Já para Diniz (2002, p. 135) os direitos da personalidade “são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio”, alguns exemplos são a proteção “ a sua integridade física, (...) integridade intelectual, (...) e integridade moral”.

Para Venosa (2002, p. 148) relata que a personalidade é “como o conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas”.

Ainda sobre a conceituação, França (1988, p. 200) define como: “ Direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujos objetos são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior” e Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 150) assevera que os detentores dos direitos da personalidade são “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

Estes direitos estão previstos no Código Civil de 2002 nos artigos 11 a 21. Gonçalves (2009, p.153). Compreende que além dos direitos economicamente apreciáveis, existem outros com referência à pessoa, e se liga a ela de forma perpétua e permanente- os direitos da personalidade.

Categorizando tais direitos, conforme disposição no Código Civil, eles se referem: aos atos e disposições do próprio corpo (artigo 13 e 14), o direito à não submissão a tratamento médico de risco (artigo 15), o direito ao nome e ao pseudônimo (artigos 16 a 19), proteção à palavra e à imagem (artigo 20), e a proteção à intimidade (artigo 21).

Em apontamentos gerais, verifica-se que o Código Civil no artigo 2º determina que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Neste sentido, a maioria dos estudiosos compactuam com a ideia do legislador brasileiro em codificar a teoria natalista.

Apesar disso, esse posicionamento não é único, como por exemplo Oertmann que defende a teoria da personalidade condicional que diz que “o nascituro possui direitos sob condição suspensiva” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 131).

Já Beviláqua, Limongi França e Francisco Amaral Santos, sustentam a ideia da teoria conceptista que, em geral, diz: “o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 131).

Desta forma, Rodrigues (2003, p. 61) disserta que o direito da personalidade traz em si os direitos subjetivos dos quais o ser humano é titular, podendo-se facilmente distinguir por duas espécies diferentes, pois uns são destacáveis das pessoas de seu titular e outros que não são sendo uns direitos inerentes à pessoa humana e, portanto, a ela ligada de maneira eterna e permanente não podendo ser concedida ao indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual. Estes são chamados direitos da personalidade.

4. TRANSEXUALIDADE E CONCREÇÃO DE DIREITOS

Assim como são protegidos diferentes grupos de indivíduos que formam a sociedade, tais como crianças e adolescente, índios, idosos e mulheres, também encontramos proteção jurídica, direta e indireta, concedida a parcela da população formada por pessoas transexuais. Em conceituações doutrinárias, Maranhão (1995, p. 134) leciona, são as pessoas que “fenotipicamente pertencem a sexo definindo, mas psicologicamente ao outro e se comportam segundo este, rejeitando aquele”. Além disso, o mesmo autor diz que elas “não obtêm resultados psicoterápicos eficiente e buscam obsessivamente a ‘correção’ do sexo morfológico, por meio de cirurgia radical”.

Neste mesmo sentido, Ramsey (1998, p. 32) elabora três características que permeiam esse grupo, a primeira delas é a busca por tratamento hormonal permanente e/ou realização da cirurgia de redesignação sexual; a segunda característica que esses indivíduos possuem é de “completarem algumas fases de tratamento hormonal e/ou cirurgia de redesignação sexual, e estarem satisfeitos com o resultado”; e, por fim, a última seria aquela característica pertencente aos transexuais que não podem realizar o tratamento hormonal e/ou cirurgia de redesignação sexual por motivos religiosos, políticos, financeiros entre outros.

No âmbito internacional, a respeito das discussões de seus direitos, Sampaio (1998, p. 128) mostra que a Corte Européia de Direitos do Homem tem tido a compreensão de que a mudança de sexo e suas consequências jurídicas são decorrentes da proteção do direito à vida e à intimidade. Sendo assim, para o estudioso e para a jurisprudência europeia, os assuntos acerca dos transexuais entram no âmbito do direito à vida privada e à intimidade.

Nesta mesma conjectura, Araújo (2000, p. 70) afirma que “o direito do transexual ocupa vários tópicos dos direitos da personalidade”. Isto porque o transexual quando conquista a cirurgia, ele possui o direito à identidade e ao esquecimento da sua situação passada. Além disso, o autor afirma que os direitos do transexual se relacionam com diversos direitos da personalidade e direitos fundamentais a partir de cada momento e decisão que ele tome. Sendo assim, o estudioso conclui: “podemos, portanto, afirmar que o direito dos transexuais se revelará como multifacetado, na dependência da situação concreta que exija proteção”.

Abaixo iremos tratar sobre algumas políticas públicas criadas com o objetivo de garantir os direitos acima mencionados para a população transexual.

4.1 PROCEDIMENTO TRANSEXUALIZADOR E A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL

Como dito, os direitos da personalidade possuem categorias dentro do próprio instrumento jurídico. Dentre as primeiras categorias estão as mencionadas acima.

Tais direitos possuem influência sobre o direito a sexualidade. Dentre os mais variados exemplos acerca dos atos e disposições do próprio corpo e do não direito à submissão a tratamento médico de risco, destaca-se: a cirurgia de redesignação sexual e o procedimento transexualizador.

Cumpra esclarecer que a cirurgia de redesignação sexual não é sinônimo de procedimento transexualizador, ou seja, “o primeiro trata-se da intervenção cirúrgica propriamente dita que altera o órgão genital, o segundo é mais amplo e trata de todo o procedimento anterior e posterior à cirurgia” (BOZZ E LIMA, 2017, p. 7).

O Processo Transexualizador no SUS está regulamentado através da Portaria nº 2.803/2013 publicado no Diário Oficial da União. Tal portaria estabelece orientações para a regulamentação de procedimentos ambulatoriais e cirúrgicos para a readequação genital em transexuais.

Dito isso, vejamos:

Art. 4º A integralidade do cuidado aos usuários e usuárias com demanda para a realização das ações no Processo Transexualizador no Componente Atenção Básica será garantida pelo: I - acolhimento com humanização e respeito ao uso do nome social; II - encaminhamento regulado ao Serviço de Atenção Especializada no Processo Transexualizador.

Art. 5º Para garantir a integralidade do cuidado aos usuários e usuárias com demanda para a realização das ações no Processo Transexualizador no Componente Atenção Especializada, serão definidas as seguintes modalidades: I - Modalidade Ambulatorial: consiste nas ações de âmbito ambulatorial, quais sejam acompanhamento clínico, acompanhamento pré e pós-operatório e hormonioterapia, destinadas a promover atenção especializada no Processo Transexualizador definidas nesta Portaria e realizadas em estabelecimento de saúde cadastrado no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (SCNES) que possua condições técnicas, instalações físicas e recursos humanos adequados conforme descrito no anexo I a esta Portaria; II - Modalidade Hospitalar: consiste nas ações de âmbito hospitalar, quais sejam realização de cirurgias e acompanhamento pré e pós-operatório, destinadas a promover atenção especializada no Processo Transexualizador definidas nesta Portaria e realizadas em estabelecimento de saúde cadastrado no SCNES que possua condições técnicas, instalações físicas e recursos humanos adequados conforme descrito no anexo I a esta Portaria. (BRASIL, 2013)

Como se pode notar, logo nos primeiros artigos o Processo Transexualizador compõe da chamada “Atenção Básica” e a “Atenção Especializada”, a primeira refere-se ao tratamento dado ao indivíduo em sua inicial abordagem, antes da cirurgia. Já a segunda pontua os cuidados básicos do tratamento, subdividindo em duas categorias: ambulatorial e hospitalar.

A cirurgia de redesignação sexual, ou cirurgia de mudança de sexo, ou ainda cirurgia de transgenitalismo, deve respeitar alguns requisitos para que ela seja realizada. Conforme a Portaria retro mencionada, o indivíduo deve ter pelo menos 18 anos, devendo ser procurado o sistema de saúde público apresentando a queixa de incompatibilidade entre o sexo anatômico e o sentimento de pertencer ao sexo oposto.

A cirurgia consiste na redesignação sexual, de mastectomia, plástica mamária reconstrutiva e cirurgia de tireoplastia (troca de voz), além de terapia hormonal e acompanhamento pré e pós-operatório com especialistas médicos e psicólogos.

Feita a análise acerca do procedimento legal, vejamos como a jurisprudência nacional vem decidindo sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. MUDANÇA DE PRENOME E DE SEXO. TRANSEXUAL. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Trata-se de apelação interposta contra a sentença que, nos autos do procedimento de jurisdição voluntária - pedido de alteração do registro civil (redesignação de prenome e gênero) -, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para deferir a alteração de prenome do autor em seu registro civil, nos termos do artigo 58 da Lei n.º 6.015 /73, restando indeferido o requerimento de alteração do gênero, por entender que a cirurgia de redesignação sexual é imprescindível ao pleito de alteração de sexo. **2. A identidade, elemento que integra o conteúdo mínimo dos direitos da personalidade, pode ser entendida como o conjunto de traços próprios de um indivíduo, que o caracterizam como sujeito. É o manifesto sinal de sua individualidade, aquilo que o torna singular.** 3. A transexualidade pode ser compreendida como profundo conflito com a identidade genética e morfológica. Exprime o sentimento de inadequação em relação ao gênero, e de incongruência psíquica em relação ao sexo biológico/morfológico. O indivíduo não se enxerga como aquilo que tem convicção de ser, desenvolvendo repulsa e rejeição que não raro conduzem à automutilação ou ao suicídio. **4. O registro da pessoa física, enquanto espelho da identidade civil, deve superar a visão reducionista ligada ao aspecto biológico/morfológico e passar a considerar o aspecto psicossocial - expressão da personalidade, como forma de permitir a garantia de uma existência digna.** 5. Exigir a realização de cirurgia de transgenitalização como elemento imprescindível à alteração de sexo no registro civil denota imposição severamente desproporcional, mormente quando se trata de pessoa que se apresenta socialmente como do sexo oposto, mormente quando isso resta comprovado por laudo pericial. 6. Não se pode olvidar que, mesmo se considerada a exclusão dos custos da cirurgia- se consolidada a sua realização através do Sistema Único de Saúde-, o procedimento de transgenitalização, como inerente a qualquer outra intervenção, envolve riscos de complicações e sequelas, especialmente se consideradas a delicadeza e relevância dos sistemas e estruturas envolvidas situação que toca o direito à saúde. Tampouco se deve descuidar da hipótese em que o transexual guarda interesse em procriar antes de realizar a transgenitalização – hipótese pertinente ao direito de liberdade. Tendo sido reconhecida a condição de transexual, a ponto de deferir de pleito a alteração nominal com base na necessidade de tornar inexistentes as situações constrangedoras quando da exibição do registro civil, é imperiosa, pelas mesmas razões, a redesignação sexual nestes assentamentos, sob pena de provimento judicial apresenta-se inócuo. 7. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.626.739 o Supremo Tribunal Federal, analisando a tese de repercussão geral nº 761, definiram ser possível a alteração de sexo no registro civil, mesmo para cidadãos não submetidos ao procedimento de transegenitalização. 8. Recurso conhecido e provido. (TJ-DF 201500110260473- Segredo de Justiça 0003988-87.2015.8.07.0016, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 21/03/2018, 2º TURMA CIVEL, Data de Publicação: Publicado no SJE: 27/03/2018, p. 269/277, grifo nosso).

Inicialmente, prefere-se esclarecer que, após rápida pesquisa em banco online, os julgados dos demais Tribunais apresentam consonâncias com aqui apresentada.

A jurisprudência exposta aqui foi proferida em sede recursal pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Nela, além de outros elementos, nota-se que o entendimento de que a identidade sexual compõe elemento mínimo dos direitos da personalidade e, conse-

quentemente, da dignidade da pessoa humana, como foi dito no capítulo anterior. Tal identidade deve superar a visão reducionista gerada pela aparência biológica, devendo respeitar os aspectos psicossociais que representam traços da personalidade. Os demais tópicos sobre alteração do nome social e sexo no registro irão ser abordados em item posterior.

Sendo assim, por tudo que consta aqui o direito à sexualidade possui fundamentação no direito da personalidade no que tange aos atos e disposições do corpo e ao direito à não submissão a tratamento médico de risco, quando se fala em cirurgia de redesignação e processo transexualizador.

4.2 O DIREITO AO NOME AO PSEUDÔNIMO

O nome, como já dito, possui o objetivo de individualizar a pessoa, sendo sua identificação em primeiro momento.

Como exemplo da constituição do direito a sexualidade nos direitos da personalidade, temos a criação e permissão do nome social como mecanismo de acesso aos transexual para construção da sua identidade.

O nome social foi sistematizado no Decreto nº 8727 de 28 de abril de 2016. Este Decreto tratou de regulamentar o uso do nome social bem como o reconhecimento da identidade de gênero.

Em conformidade com tal Decreto, o nome social se refere à “designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida” (BRASIL, 2016). O nome social não deve ser confundido com a expressão “identidade de gênero” uma vez que esta seria a “dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e com isso se traduz em sua prática social”.

O requerimento sobre o nome social pode ser feito pela pessoa transexual ou travesti, não precisando mais necessitar do Processo Transexualizador, é o que diz julgamento do RE 670.422 e ADI 4.275.

Feito a análise legal do assunto, é preciso analisar como a jurisprudência pátria vem tratando o tema:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E INDICAÇÃO DO SEXO (GÊNERO) FEMININO PARA O MASCULINO. PESSOA TRANSEXUAL. **DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO**. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS. PONDERAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRECEDENTE DO STJ. PARECER FAVORÁVEL DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. ACOLHIMENTO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. À luz do disposto nos arts. 55, 57 e 58 da Lei n.º 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público. 2. A humilhação social decorrente da exposição do nome de registro e do gênero com a qual o Apelante não se

identifica, é motivo de sofrimento psicossocial, não apenas para este caso em questão, mas para todos os sujeitos que, não se identificam com o gênero socialmente atribuído. **3. Isso porque, se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0568650-05.2015.8.05.0001, Relator(a): Joanice Maria Guimarães de Jesus, Terceira Câmara Cível da Bahia, Publicado em: 04/04/2018, grifo nosso)

Em primeiro, cumpre esclarecer que, após breve pesquisa em dados online, as jurisprudências dos demais Estados vem seguindo em conformidade com aqui apresentada, em relação ao tema apontado.

A jurisprudência em tela é de origem do Tribunal de Justiça da Bahia, o qual a decisão foi proferida em sede recursal. Observa-se, inicialmente, a conformidade do julgado em relação ao posicionamento do STF sobre a desnecessidade da pessoa transexual ou travesti em realizar cirurgia ou iniciar o procedimento de hormonização para ser possível a retificação do nome social. Além disso, o julgado deixa explícito a conjugação da importância do nome como direito inerente à personalidade e, enfim, da dignidade da humana.

Neste sentido, por tudo que foi explanado, a proteção ao nome é um dos direitos da personalidade. Indivíduos transexuais ou travestis precisam do procedimento de retificação de seu nome como mecanismo de preservação de suas identidades sexuais e, por assim dizer, da sua personalidade. Desta forma, a instituição do nome social é um avanço no sentido de garantia dos direitos sexuais e fundamentar essa garantia nos preceitos da personalidade é dizer que ambos se sustentam no mesmo pilar que é a dignidade humana.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que consta, é possível inferir que os direitos fundamentais são garantias individuais que, dentre outras funções, salvaguardam o ser humano das ingerências do Estado na vida particular. Além disso, representam direitos que servem de proteção à liberdade, igualdade e justiça.

Por defender a liberdade individual, temos que essa se compõe de diversas outras dentre elas: liberdade religiosa, de pensamento, de personalidade, locomoção, dentre outras. Em relação aos tipos de liberdade, neste trabalho, merece destaque a liberdade sexual que seria a forma como a pessoa pode expressar livremente a sua sexualidade. Desta forma, tenho que o direito à sexualidade encontra fundamento nos direitos fundamentais, justamente por compor um dos exemplos de liberdade.

Aquém desse aspecto, é importante elucidar que a própria sexualidade em si já integra elemento próprio da condição humana, por isso deve ser respeitada sob pena de ataque a dignidade humana.

Ainda a respeito dos direitos fundamentais, é preciso considerar que o direito à sexualidade integra as três dimensões de direito, já que está associado à liberdade individual, como dito; a igualdade social, no sentido de proteção das minorias políticas; e solidariedade humana, por compor condição humana.

Feito isso, o trabalho parte para o direito da personalidade, inicialmente, conceituando que estes direitos representam uma extensão dos direitos fundamentais por fundarem na dignidade humana.

Pelo fato de compreender o direito da personalidade como instrumentos jurídicos que protegem a própria essência humana, o direito à sexualidade surge, neste contexto, como elemento integrante da personalidade humana. Para isso, cuidou de trazer o rol de direitos da personalidade e associar com o direito à sexualidade.

Em relação aos atos e disposições do próprio corpo e o direito à não submissão a trabalho médico de risco, abordou a cirurgia de redesignação sexual e o procedimento transexualizador.

Sobre o direito ao nome e ao pseudônimo discutiu a criação do nome social, instrumento jurídico que buscou regulamentar o reconhecimento da identidade de gênero pelo nome das pessoas transexuais e travestis.

Portanto, o trabalho, de forma geral, cuidou de tratar sobre a definição de direitos básicos e sua aplicação frente a manifestação da sexualidade, em particular a dos transexuais.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2018.
- GOVERNO DO BRASIL. *Direito à sexualidade*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2012/04/direito-a-sexualidade>. Acesso em: 01/10/2018.
- BRASIL. Lei 10.741, de 1.10.2003. *Código Civil*. Diário Oficial da União, de 3 out. 2003.
- BRASIL. Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Diário Oficial da União, de 9 set. 1942
- BRASIL. Decreto 8727, de 28 de abril de 2016. Diário Oficial da União de 29 fev. 2016.
- BRASIL. Portaria 2803, de 19 de novembro de 2013. Diário Oficial da União de 20 nov. 2013.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 1993.

- CASTRO, Cristina Veloso de. *As garantias Constitucionais das pessoas transexuais*. Birigui: Boreal, 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CORRÊA, Sônia. Princípios da Yogyakarta. *Democracia Viva*, n. 37, p. 47-49, dez. 2007. Disponível em: <http://www.rcdh.es.gov.br/sites/default/files/ARTIGO%202007%20SoniaCorrea%20RESENHA%20PRINCIPIOS%20YOGYAKARTA%20s%20Orientacao%20Sexual.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2017.
- DICIONÁRIO de língua portuguesa. Brasil: Positivo informática Ltda., 2010. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: O preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: O preconceito & a Justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. *Novo curso de Direito Civil: Parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009, v.1.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.
- GUERRA, Sidney. *Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LIMA, Anderson Petilde; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Sexualidade, direito e dignidade da pessoa humana: o reconhecimento da liberdade sexual como integrante do mínimo existencial. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XX, n. 162, jul. 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19196&revista_caderno=6. Acesso em: 10 out. 2018.
- MALVEIRA, Jamille Saraty. *Direito à sexualidade: uma perspectiva juscivilística*. Disponível em: <http://www.publica-direito.com.br/artigos/?cod=6ec0c5782be255c0>. Acesso: 1 out. 2018.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 7. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.
- MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá: 2005.
- MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MEZZARONA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MORAES, Alexandre. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2007.
- OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

POMPEU, Ana. *STF autoriza pessoa trans a mudar o nome mesmo sem cirurgia ou decisão judicial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/stf-autoriza-trans-mudar-nome-cirurgia-ou-decisao-judicial>. Acesso em: 1 out. 2018.

RAMSEY, Gerald. *Transexuais: Perguntas e respostas*. 1.ed. São Paulo: Editora GLS, 1998.

REIS, João Victor. *UEMS aprova cotas para negros, travestis, indígenas e deficientes*. Disponível em: <https://www.midiamax.com.br/cotidiano/2018/uems-aprova-cotas-para-negros-travestis-indigenas-e-deficientes/>. Acesso em: 1 out. 2018.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 34. ed. atual, São Paulo: Saraiva, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 8. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 1.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 10. ed. São Paulo: Método, 2014. v. 1.

TJBA. Apelação: APL 0568650- 05.2015.8.05.001. Relator: Joalice Maria Guimarães de Jesus. DJ:04/04/2018. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563388944/apelacao-apl-5686500520158050001>. Acesso em: 1 out. 2018.

TJDF. Apelação: APL 0731785-26.2017.8.07.0016 – Segredo de Justiça. Relator: Cesar Loyola. DJ: 27/02/2018. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549939997/7317852620178070016-segredo-de-justica-0731785-2620178070016>. Acesso em: 1 out. 2018.

TJPR. Apelação: APL 0000544-27.2013.8.16.0158. Relator: Aldemar Sternadt. DJ:20/11/2015. *JusBrasil*. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000002132391/Ac%C3%B3o-0000544-27.2013.8.16.0158#>. Acesso em: 1 out. 2018.

TJRS. Apelação: APL70076994102. Relator: José Antônio Daltoe Cezar. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/599093034/apelacao-civel-ac-70076994102-rs>. Acesso em: 1 out. 2018.

TRF-2. Recurso Em Sentido Estrito: RES: 952 RN 0004412-08.2006.4.05.8400, Relator: Desembargador Federal Petrucio Ferreira. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <https://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8144105/recurso-em-sentido-estrito-rse-952-rn-0004412-0820064058400> . Acesso em: 1 out. 2018.

TRT-2. Recurso Ordinário: 00025070920115020311 SP 00025070920115020311 A28. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. *JusBrasil*, 2018. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137609984/recurso-ordinario-ro-10612020135020078-sp-00010612020135020078-a28>. Acesso em: 1 out. 2018.

WAS. *Declaração Universal dos Direitos Sexuais*: Durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong (China), entre 23 e 27 de agosto 2000 a Assembléia Geral da WAS – World Association for Sexology, aprovou as emendas para a Declaração de Direitos Sexuais, decidida em Valência, no XIII Congresso Mundial de Sexologia. Disponível em: <https://lblnacional.wordpress.com/tag/xv-congresso-de-hong-kong/>. Acesso em: 24 mar. 2017.

Recebido/Received: 18.06.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

NEOLIBERALISMO, AUSTERIDADE E O DESMANTELAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DOS EFEITOS SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA

NEOLIBERALISM, AUSTERITY AND THE DISMANTLING
OF SOCIAL RIGHTS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE
OF THE EFFECTS ON THE SOCIAL SECURITY REFORM

TÁSSIA APARECIDA GERVASONI¹

RAFAELA ROVANI DE LINHARES²

RESUMO

No cenário de crises do Estado, do avanço do neoliberalismo e das medidas de austeridade, o artigo procura relacionar a reforma da previdência com o desmantelamento dos direitos sociais nos países. Assim, o intuito do trabalho é responder ao seguinte problema de pesquisa: como se verifica a influência do neoliberalismo nos discursos em favor da reforma da previdência? A partir disso, a pesquisa objetiva analisar de que forma o neoliberalismo foi capaz de insuflar teses e argumentos em favor dessa política de reforma. Ao final, a hipótese de pesquisa fora corroborada, pois o neoliberalismo, além de converter todos os domínios da vida em economia, também é responsável pelos desinvestimentos drásticos em direitos sociais realizados pelos Estados, ao interferir na ação política dos entes públicos, por meio da imposição de políticas de austeridade, fundadas na redução dos gastos públicos e indutoras do crescimento econômico, bem como do pagamento da dívida pública dos Estados. A pesquisa foi desenvolvida por meio do método de abordagem dedutivo.

Palavras-chave: crises do Estado; neoliberalismo; austeridade; direitos sociais; reforma da previdência.

1 Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de Direito Constitucional e Ciência Política na Faculdade Meridional - IMED. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado na Faculdade Meridional - IMED. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estado, Constituição e Democracia, vinculado ao CNPq. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8774-5421>.

2 Mestranda em Direito na Faculdade Meridional - IMED/Passo Fundo. Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Advogada. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0003-4331-8062>.

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

GERVASONI, Tássia Aparecida; LINHARES, Rafaela Rovani de. Neoliberalismo, austeridade e o desmantelamento dos direitos sociais: uma análise na perspectiva dos efeitos sobre a reforma da previdência. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 157-173, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8334>.

ABSTRACT

In the context of state crises, the advancement of the neoliberalism and the austerity measures, the article seeks to relate the social security reform to the dismantling of social rights in the countries. Thus, the aim of the paper is to answer the following research problem: how is the influence of neoliberalism verified in the speeches in favor of pension reform? From this, the research aims to analyze how neoliberalism was able to increase theses and arguments in favor of this reform policy. In the end, the research hypothesis had been corroborated, since neoliberalism, in addition to converting all areas of life into economics, is also responsible for the drastic divestments in social rights carried out by States, by interfering in the political action of public entities, through imposition of austerity policies, based on the reduction of public spending and inducing economic growth, as well as the payment of the public debt of the States. The research was developed using the deductive approach method.

Keywords: State crises; neoliberalism; austerity; social rights; social security reform.

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, por meio de um cenário de rearticulação da sociedade neoliberal, há uma série de distorções e transformações que afetam o Estado, caracterizado como instituição central da modernidade e constituído para salvaguardar os direitos e as relações democráticas da sociedade. Nesse novo contexto, de maneira acentuada se pode perceber as diversas crises que atravessam as instituições estatais e promovem algumas insuficiências em sua atuação.

Na verdade, compreendidas algumas situações de crises, partindo da instrumentalização da globalização e da expansão do neoliberalismo, a percepção inicial é a de que, cada vez mais, os Estados estão distantes de cumprir as promessas de seu projeto de bem-estar forjado durante a modernidade, à medida em que sua ação é constantemente limitada perante a promoção de articulações e interesses privados, por aqueles que hoje se encontram no topo da pirâmide. Nesse sentido, o trabalho pretende observar alguns indicativos dos caminhos entre a ascensão das políticas de austeridade econômica em alguns países e suas intersecções com a racionalidade neoliberal.

Partindo da análise das práticas políticas em torno dessa ideia de austeridade ou redução de custos, pelo discurso em direção à idealização de um novo projeto de crescimento econômico, a pesquisa preocupa-se em analisar de que forma o neoliberalismo foi capaz de insuflar teses e argumentos na direção de uma conjuntura política que resultou na aprovação da Emenda Constitucional 103/2019, conhecida como reforma da previdência. Para tanto, o estudo pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: como se verifica a influência do neoliberalismo nos discursos em favor da reforma da previdência?

A hipótese de pesquisa sugere que o neoliberalismo, além de converter todos os domínios da vida em economia, também é responsável pelos desinvestimentos drásticos em direitos sociais realizados pelos Estados, ao interferir na ação política dos entes públicos, por meio da imposição de políticas de austeridade, fundadas na redução dos gastos públicos e indutoras do crescimento econômico, bem como do pagamento da dívida pública dos Estados. Quer dizer, às elites econômicas, ao mercado financeiro e aos bancos mundiais é interessante o corte de gastos públicos, as privatizações e as desregulamentações estatais para que haja capacidade econômica de quitar a dívida. Dessa forma, a influência neoliberal nas

políticas como a da reforma da previdência pode ser verificada quando do interesse em eliminar a seguridade social e promover também a economização do Estado, pelo sequestro do poder político.

No primeiro ponto, o trabalho irá analisar os discursos neoliberais e da austeridade, assim como a relação entre ambos. No segundo momento, abordará especificamente os contornos neoliberais presentes na reforma da previdência, considerada uma das mais recentes medidas de austeridade do Brasil. A pesquisa será desenvolvida por meio do método de abordagem dedutivo, pois partirá da análise do neoliberalismo e da austeridade como categorias gerais para, no decorrer da pesquisa e aprofundamento do estudo dessas categorias, especificá-las e inseri-las no contexto da reforma da previdência. Como método de procedimento, adotar-se-á o método monográfico. Por fim, a técnica de pesquisa será a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica.

2. NEOLIBERALISMO E AUSTRIDADE: TRAÇOS E CARACTERIZAÇÃO DO DISCURSO

A intensificação dos processos da globalização, assim como as dificuldades enfrentadas pelos países em decorrência da crise fiscal (caracterizada pelo aumento da dívida pública) acentuada no final do século XX, corroboraram um quadro de expansão das políticas neoliberais (das quais austeridade é uma delas) como forma de atingir o equilíbrio das contas do Estado. Embora as percepções acerca da relação entre neoliberalismo e austeridade sejam delimitadas ao longo deste primeiro capítulo, é importante situar o leitor, desde logo, acerca da forma como a experiência neoliberal está associada ao aprofundamento das políticas de austeridade, sendo justamente esta a proposta central do capítulo de abertura que se segue.

2.1 NEOLIBERALISMO COMO ANTÍTESE DO ESTADO SOCIAL

Na atual ordem globalizada, o Estado, instituição central da modernidade, vem passando por um processo de fragmentação em razão de um conjunto de crises que se desdobram em dimensões conceitual, estrutural, institucional, funcional e política. Nesse cenário de complexidades, há uma série de novos atores na arena transnacional, a exemplo de grandes empresas e organismos financeiros que, pelo protagonismo conquistado nas últimas décadas, acabam por enfraquecer e condicionar as instituições estatais (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 25).

Os rumos assumidos pela modernidade demonstram que a conformação do caráter social do Estado, voltado à promoção e proteção do bem-estar social, assim como à implementação de prestações públicas, também enfrenta situações de crises³. Na medida em que

3 Inobstante a complexidade que o tema envolve, a abordagem das razões da crise pode ser feita de inúmeras formas. A primeira delas diz respeito aos apontamentos de Bolzan de Moraes, para quem o Estado de bem-estar social está no centro de uma crise estrutural do Estado, a qual é dividida pelo autor em três vertentes: a crise fiscal-financeira, caracterizada pela fragilização das estruturas políticas de caráter social, as quais pressupõem um rearranjo sustentável; a crise ideológica, pela qual questiona-se as formas de organização e gestão adotadas pelo Estado de bem-estar social e põe-se em contradição à democracia (como fórmula política) e à burocracia (como arranjo funcional); e a crise filosófica, que atinge os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo de bem-estar social e se traduz na incapacidade de consolidação do projeto de Estado

os países são confrontados pelas reviravoltas produzidas pela globalização neoliberal⁴ e seus projetos de reforma, há enfraquecimento do projeto de bem-estar social e, conseqüentemente, a desproteção dos direitos sociais daquela parcela da população desfavorecida pelos processos econômicos contemporâneos (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 40).

Nota-se uma situação em que há certa perda de capacidade de coordenação econômica do Estado, bem como da sua autonomia na formulação de estratégias de regulação, o que evidencia não somente situações de crises, como também a perda de sua centralidade de atuação. Desse modo, tem-se um cenário em que o Estado dispõe de menores investimentos para proporcionar o atendimento das demandas dos setores mais dependentes e menores possibilidades de formular estratégias de resistência aos agentes econômicos que endividam o setor público (SPENGLER; WRASSE, 2019, p. 133). Em outras palavras, quer dizer que essa retirada do Estado como eixo exclusivo de atuação reflete sua incapacidade enquanto provedor dos direitos sociais e sua flexibilidade em relação às determinações dos poderes privados.

Nesse sentido, paralelamente à existência de um Estado Social fraco ou fragmentado, torna-se clara a compreensão de que as crises que atravessam esse modelo também são resultado da ascensão de políticas neoliberais que, nas últimas décadas, têm sido responsáveis por seu desmonte. Isso porque, o neoliberalismo, embora seja uma expressão de sentido polissêmico⁵, conforme perspectiva de Wendy Brown (2019, p. 29), “é comumente associado a um conjunto de políticas que privatizam a propriedade e os serviços públicos, reduzindo o Estado Social”, por meio de processos de amordaçamento do trabalho, desregulação do capital e produção de clima de impostos e tarifas amigáveis para investidores estrangeiros⁶. Pode-se afirmar que o neoliberalismo é, em muito, responsável pelas conhecidas crises do Estado, já que essa corrente nega a própria ideia e importância do componente da justiça social atrelado à figura estatal.

É possível compreender, com base em Brown (2018, p. 7-8), uma dupla face do modo como processos introduzidos pelo neoliberalismo afetam os indivíduos pois, enquanto de um lado buscam emancipá-los das redes de regulamentação estatal, pelos ideais clássicos de liberdade individual e autonomia, por outro, esvaziam e eliminam diversos bens públicos (por meio da privatização de empresas, por exemplo), acabam com benefícios de seguridade social e, ainda, desatam os poderes do capital corporativo e financeiro e desmantelam aquela clássica solidariedade, própria da modernidade.

O neoliberalismo não é considerado singular, nem constante, ao contrário, toma diferentes formas e conteúdos nos mais diversos âmbitos, por isso não se pode ignorar a constatação de Klein (2007, p. 54) ao afirmar que essa ideologia é camaleônica e não obedece a uma simples identidade ou nomenclatura.

social, pela desagregação de sua base, essencialmente na construção insuficiente das estratégias de políticas públicas destinadas a efetivação dos direitos sociais (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 42-48).

4 À medida em que a globalização ganhou força especialmente a partir dos anos 1980, novas redes de produção internacional se formaram, assim como houve a dispersão de unidades produtivas em diferentes países, interpenetração de mercados, instantaneidade dos fluxos financeiros e modificação dos tipos de riqueza e trabalho.

5 Parafrazeando Foucault, Gago (2015, p. 224) explica que o chamado neoliberalismo da escola ordoliberal surgiu na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, no intuito de legitimar um estado “inexistente”, diferentemente do pensamento neoliberal do século XVIII, que tinha por base a introdução da liberdade de mercado frente a existência de uma “razão de estado”.

6 Nesse sentido, Brown (2019, p. 29) cita como exemplo as políticas impostas ao Chile por Augusto Pinochet, muitas vezes determinadas pelo Fundo Monetário Internacional na forma de mandatos de “ajuste estrutural” vinculados à reestruturação dos empréstimos e da dívida.

Ainda assim, como forma de situar o leitor, adota-se a percepção de Dardot e Laval (2016, p. 15-17) que associam o neoliberalismo a um “conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens segundo o princípio universal da concorrência”. A ideia defendida pelos autores é no sentido que o neoliberalismo é fundamentalmente uma “racionalidade” e, como tal, “tende a estruturar e organizar não apenas ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados”. Trata-se, portanto, de uma racionalidade governamental que, além de moldar a subjetividade dos indivíduos, pelo universo da competição generalizada, tem sido capaz de reger as políticas públicas, comandar as relações econômicas mundiais e transformar a sociedade.

Além disso, é interessante analisar o modo como ele afeta desde o funcionamento dos Estados até a esfera psíquica dos indivíduos. Como observa Berardi (2003, p. 10), na sociedade atual há um novo discurso produtivo e cultural, impulsionado pelo neoliberalismo, carregado por uma promessa de felicidade individual e ampliação dos horizontes de conhecimento por meio do êxito profissional. Essa falsa promessa, no entender do autor, impulsiona a esperança de lograr felicidade e êxito aos trabalhadores que, muitas vezes, são altamente formados e qualificados, porém têm aceitado laborar em condições de um espantoso estresse, inclusive com salários severamente baixos, fascinados por uma representação ambígua de que são empresários de si mesmos, tomando a competição como a regra universal da existência humana.

Compartilhando preocupações semelhantes, Han (2015, p. 29-30) explica que o indivíduo nessa ordem neoliberal é “senhor e soberano de si mesmo”. O sujeito de desempenho está livre de qualquer instância externa que o obriga a trabalhar e, simplesmente, é submisso a si mesmo. Nesse sentido, o autor defende a ideia de que, ao contrário do sujeito de obediência trabalhado por Foucault, esse novo sujeito do desempenho se entrega à “livre coerção de maximizar o desempenho”. Nesse caso, como bem observado pelo autor, o excesso de trabalho se transforma em autoexploração, a qual acaba se tornando mais eficiente do que uma exploração do outro, pois caminha de mãos dadas com o sentimento de liberdade.

Ao introduzir uma espécie de economização da sociedade por meio da conversão de todos os domínios da vida em economia, inverte-se a liberdade originalmente prometida pelo neoliberalismo e, ao mesmo tempo, os fins e a valorização dos cidadãos, tratados como empresas. A partir desse momento, para Brown (2015, p. 29-30), há a caracterização de uma inversão paradoxal, pela qual o indivíduo, ao mesmo tempo em que é libertado das amarras da regulamentação estatal, agora compromete-se com o bem-estar geral da nação, sacrificando-se em nome do crescimento econômico⁷. Revela-se, na perspectiva da autora, “uma lógica que combina um pensamento simplificador sobre o capital humano de empresas de sucesso com um discurso nacional-teológico de sacrifício moralizado”. Como exemplo desse paradoxo neoliberal está a promoção de fundos de aposentadoria privados, que colapsam ou somem a cada crise financeira.

Nesse contexto, é como se todas as instituições fossem mecanismos de funcionamento por aperfeiçoar. Não apenas a empresa, mas o Estado e também todos os indivíduos em suas relações “calculam suas possibilidades de viver em termos de custo benefício”. Em relação

7 Complementa Brown (2018, p. 35): “Enquanto a racionalidade política neoliberal, administrada pela governança, elimina os últimos traços da formulação republicana clássica de cidadania como engajamento público, ela no entanto retém, transformada, a ideia de sacrifício cidadão”.

ao Estado, em todas as suas dimensões, “passa a ser colonizado pelo discurso da gestão empresarial, pautado por uma visão formal, abstrata e hedonista da eficiência, que despreza qualquer elemento que transcende a esfera econômica e monetária” (MOURA; BOLZAN DE MORAIS, 2017, p. 187).

Como se pode perceber, o pensamento neoliberal toma conta de todos os âmbitos da vida e, com efeito, não tardou a alcançar o Estado e suas políticas. Nesse sentido é a percepção de Ferrajoli (2015, p. 158), ao tratar da era da globalização e da potência da ideologia liberal⁸ e analisar a forma com que ambas culminaram no desenvolvimento de um mercado sem regras que influencia diretamente as políticas sociais dos países agravando, ainda mais, a crise do Estado. Nessa linha, além das políticas neoliberais condicionarem as ações estatais e determinarem cortes no investimento público de saúde e educação, privatizações, desregulações e liberalizações, dão seguimento a uma espiral recessiva nos países, acompanhada do crescimento das desigualdades, dos menores investimentos e das políticas de austeridade.

Investigar ou retratar o modo como essas forças externas atuam no interior dos Estados é interessante até para compreender de que forma a atual conjuntura de crises se desenvolveu ao longo dos anos. Nesse sentido, as políticas neoliberais das elites capitalistas operam mudanças concretas no tecido social dos Estados, sem que estes detenham controle de suas ações (GAGO, 2015, p. 255). Basicamente, o neoliberalismo tem capturado o poder público no nível dos próprios governos. Por meio do endividamento do Estado e dos outros mecanismos, gera-se um processo em que, cada vez mais, “o governo tem de prestar contas ao ‘mercado’, e virar as costas para a cidadania”. Com isso, passa a prevalecer, na contramão da democracia, o governo que não responde aos interesses da população que o elegeu, mas aos interesses do mercado, ou seja, essencialmente aos interesses financeiros (DOWBOR, 2017, p. 134).

Inobstante a isso, importa destacar que, ao neoliberalismo, é interessante a atuação do Estado, por isso, não se trata de retirar o Estado de cena, mas deste curvar-se às novas condições impostas pelos poderes privados. A própria construção política das finanças globais pode elucidar esse panorama, pois com os recursos do Estado e com a retórica do interesse nacional os governos conduzem políticas vantajosas para as empresas e desvantajosas para os assalariados de seus países. Nesse caso, é interessante notar que os Estados são peça fundamental para a efetivação dos interesses privados, tanto que os retrocessos sociais impostos à grande parte da população pela disciplina neoliberal organizam uma transferência de renda para classes mais afortunadas por meio de discursos dissimulados que possibilitam que se deposite sobre outras instâncias a culpa pelo desmantelamento do Estado Social (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 282).

Como sublinha Brown (2019, p. 53), há ainda que se considerar a existência de todo um discurso neoliberal historicamente construído também no senso comum, em torno da ideia de que o Estado Social é o culpado pela catástrofe econômica que os países vêm enfrentando. Esse descompasso, ao lado do discurso de responsabilidade pessoal e da competição no mercado em torno da liberdade individual, propaga a ideia de que impostos são roubo, além de culpar os pobres por sua condição de pobreza, assim como atribuir às próprias minorias sociais e grupos discriminados a responsabilidade por sua presença minúscula nas

8 Para não tomar as expressões “liberalismo” e “neoliberalismo” como equivalentes, vale sublinhar que “o assalto neoliberal ao social, juntamente com sua identificação do poder exclusivamente com coerção, promulgou como consequência uma reformatação do liberalismo” (BROWN, 2019, p. 53).

posições de elite. Em outras palavras, esse ataque ao social pelo neoliberalismo franqueia o exercício da liberdade, sem se importar com a sociedade e sem se preocupar com o bem-comum. Significa afirmar a destruição do “lêxico pelo qual a liberdade torna-se democrática, combinada com a consciência social e aninhada na igualdade política”. Significa afirmar, em algum sentido, a tentativa de acabar com a democracia, já que esta não existe sem que haja justiça social.

De certa forma, o Estado não abandonou seu papel na gestão da população, mas sua intervenção parece atender a outros motivos: no lugar de economia de bem-estar, por meio da qual se dava ênfase à harmonia do progresso econômico e a distribuição equitativa dos frutos do crescimento, “a nova lógica vê as populações e os indivíduos sob o ângulo mais estreito de sua contribuição e seu custo na competição mundial”. Esse contexto é semelhante à afirmação de um novo gênero de política social, no qual se enfraquece o poder de negociação dos sindicatos, degrada-se o direito trabalhista, baixa-se o custo do trabalho, diminui-se o valor das aposentadorias e qualidade da proteção social em busca de adequação à globalização (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 284).

Não há dúvidas quanto à existência de um desinvestimento dramático em direitos sociais, na medida em que a economização da dimensão política resulta na desvinculação do poder popular e da democracia, com Estados que, cada vez mais, abrem mão da ideia do social. Por meio de uma inversão de valores, os direitos sociais e mesmo serviços de bem-estar e assistência social tornam-se a antítese de uma democracia de mercado, ou seja, inaceitáveis bloqueios ao mítico livre mercado. Nessa perspectiva, ao mesmo tempo em que se estreitam os laços entre Estado, finanças e capital corporativo, a ação popular de trabalhadores e cidadãos é praticamente retirada de cena, tanto do discurso político, quanto da imaginação política popular e das elites (BROWN, 2018, p. 29-30).

As circunstâncias que levam à compreensão da forma como o protagonismo dos organismos financeiros vêm tornando os governos nacionais impotentes permitem chamar atenção à influência que agências de classificação de crédito (ou de classificação de riscos) exercem nesse cenário. As notas atribuídas aos países por essas agências privadas de *rating* são capazes de determinar investimentos de grandes empresas em determinados países e, mais do que isso, essas classificações podem estar diretamente relacionadas à imposição de políticas de austeridade aos países, cortando o orçamento do Estado, para promover crescimento. Por exemplo, bastou que em agosto de 2011 a agência *Standard & Poor's* baixasse a nota de crédito triplo dos Estados Unidos, afirmando uma prolongada controvérsia acerca da elevação do teto estatutário da dívida e o respectivo debate da política orçamentária, para que os cortes no orçamento de uma década (austeridade) voltassem a ser discutidos no Senado (BLYTH, 2017, p. 23).

Também o Brasil, no segundo semestre de 2015, serviu de exemplo de como os Estados nacionais são incapazes de conduzir algumas forças e articulações externas, quando a mesma agência (*Standard & Poor's*) rebaixou sua nota de crédito em razão da grave crise política que assolava o país, sobretudo pelas denúncias de esquemas de corrupção envolvendo empresas públicas e privadas. No dia seguinte ao rebaixamento, o dólar abriu a sessão em alta, ultrapassando, na época, R\$ 3,90, o que representou um risco de abalo dramático à moeda do

país⁹. Sem contar que, com o rebaixamento, perdem-se chances de investimentos no país, na medida em que alguns grandes investidores são vinculados a estatutos que proíbem aplicação de capital em países que recebam notas insatisfatórias (GERVASONI, 2017, p. 228-229).

Inúmeras situações poderiam ser chamadas a ilustrar a influência que os mercados financeiros exercem sobre os Estados. Com efeito, a captura do poder político pelo mecanismo da dívida é apenas uma forma de retratar essa influência e, talvez, a mais importante também para compor a maneira como essas medidas de austeridade tornam-se cada vez mais comuns dentre as políticas dos Estados. Conforme abordagem de Dowbor (2017, p. 126), os grandes grupos financeiros têm poder suficiente para impor a nomeação dos responsáveis em postos chave, como nos bancos centrais, transformando pressão externa em poder estrutural internalizado. As instituições financeiras controlam a dívida pública, o que lhes confere maior gerência de alavancagem sobre as políticas e prioridades dos governos. Nesse sentido, acabam demandando tipicamente medidas de austeridade e reformas estruturais destinadas a favorecer uma economia de mercado neoliberal que, em última instância, beneficia os mesmos bancos e corporações. É basicamente reconhecer um percurso cíclico ou uma armadilha da dívida, pois os organismos financeiros têm interesse de que os Estados quitem a dívida e, por isso, reduzir os gastos sociais se torna primordial.

2.2 AUSTERIDADE E SUAS IMBRICAÇÕES COM A RACIONALIDADE NEOLIBERAL

Conforme a racionalidade neoliberal se intensifica e ganha forma como um projeto global, no lugar de Estado de bem-estar e políticas sociais, a austeridade é apresentada como a única medida capaz de equilibrar as contas. Conforme explica Blyth (2017, p. 30), para quem a austeridade é uma ideia perigosa, esta se define como uma forma de deflação voluntária em que a economia se ajusta através da redução de salários, preços e despesa pública, para restabelecer a competitividade que, supostamente, se consegue melhor cortando o orçamento do Estado, as dívidas e os déficits. A autora afirma que a austeridade é “apelativa” e habitualmente resumida na frase “não se pode sanar a dívida com mais dívida”, com a qual inclusive concorda. No entanto, sua preocupação está no sentido de que quem realmente paga a dívida são os que se encontram na base da distribuição de renda e acabam perdendo muito mais do que os que estão no topo e praticamente não dependem de serviços produzidos pelo governo. Em outras palavras, quer dizer que a população empobrecida e dependente de proteção social do Estado acaba pagando a maior parcela da dívida, pela restrição de direitos sociais, do que aqueles que detém riqueza.

Aliás, mostra-se acertada a percepção de Dowbor (2017, p. 137) de que a esfera pública e a população encontram-se endividadas nas mãos dos gigantes do sistema financeiros. Do retrato brasileiro atual, além da famosa dívida do Estado, a população encontra-se cada vez mais endividada. Perplexas, as pessoas percebem seu nome “sujo” na Serasa-Experian (que, por sinal, é uma multinacional) caso não respeitem as truncadas regras do sistema. Nesse

9 Em 2015, o dólar no Brasil era cotado em R\$ 2,68 no mês de janeiro e chegou a R\$ 3,42 no final de julho. Já no final do ano, em dezembro, a cotação era de R\$3,94. Essa informação foi extraída de: G1. **Dólar sobe 48% em 2015, maior alta anual em quase 13 anos**, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/mercados/noticia/2015/12/dolar-termina-ultima-sesao-do-ano-em-alta.html>. Acesso em: 08 jul. 2020.

caso, o que parece restar é um sentimento de impotência, pois na confusão das regras financeiras, os cidadãos contribuem para a concentração de riqueza e poder com os altos juros pagos aos bancos e à dívida pública e pelas políticas de austeridade que os privam de seus direitos.

Não se pode deixar de considerar, além disso, que os governos ocidentais, os bancos centrais, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e instituições internacionais afins patrocinam um discurso favorável à necessidade de reduzir as dívidas governamentais excessivas, reduzir os programas de bem-estar social excessivos, reduzir a regulamentação excessiva. Essa é a linguagem das principais instituições que colocam ordem no mundo globalizado neoliberal, propagando a promessa implícita de que ao reduzir esses excessos de políticas sociais, seria semelhante a reduzir a dívida excessiva dos países. Dessa forma, os atores econômicos e financeiros querem “um mundo em que os governos gastem muito menos com serviços sociais ou com as necessidades das economias de bairro ou das pequenas empresas, e muito mais com as desregulações e infraestruturas que os setores econômicos corporativos almejam” (SASSEN, 2016, p. 253).

Essa perspectiva é reconhecida também por Brown (2018, p. 41-42), para quem os discursos de austeridade passaram a dominar o cenário político dos Estados, como princípio de uma realidade incontestável. Significa dizer que o cidadão aprendeu a aceitar cortes drásticos em prestações e serviços sociais e, no lugar de ser protegido pelo Estado, esse novo cidadão responsabilizado tolera a privação, insegurança e extrema exposição para manter a produtividade, o crescimento, a estabilidade fiscal ou a influência mercantil da nação. Nos movimentos da sociedade neoliberal, ao passo em que toda esfera da vida é mercantilizada e o Estado é reconfigurado segundo um modelo empresarial, tornando crescimento econômico seu único fim, toda cidadania possível consiste em alinhar as expectativas e modos de vida a esses fins.

Com múltiplas facetas, as práticas neoliberais de integrar tanto os países, quanto os cidadãos, num projeto comum de crescimento econômico, minam a premissa de solidariedade da modernidade, por meio de discursos de ódio em relação a trabalhadores, pensionistas, imigrantes, beneficiários de assistência social, mulheres, dentre outras parcelas da população excluídas da elite econômica e que, por sinal, são descritas como “sanguessugas que operam num velho mundo de privilégios ao invés de se virarem sozinhos”. Se isso não bastasse, “também são culpabilizados por afundar os Estados em dívidas, emperrar o crescimento e levar a economia mundial à beira do colapso” (BROWN, 2018, p. 40).

Por fim, dessas imbricações entre austeridade e neoliberalismo, fato é que, gradativamente, os Estados têm desinvestido em direitos sociais. Aliás, é interessante notar como o paradoxo neoliberal tem uma série de particularidades: enquanto, de um lado, explora as pessoas que tem condições de trabalhar e as torna empresárias de si mesmas, de outro, expurga os direitos sociais da população que, de alguma forma, é dependente de políticas públicas. Tal realidade pode ser verificada nas políticas de austeridade, também conhecidas como reformas, cada vez mais comuns nos interiores dos Estados em termos de direitos e prestações sociais. Até aqui, o que se pretende assinalar é que austeridade/redução de custos é a política que dá ensejo a cortes de investimentos em saúde e educação, a reformas trabalhistas, a reformas previdenciárias ou a esses discursos políticos e neoliberais de que os países estão caminhando rumo ao (ilusório) crescimento econômico.

3. A INFLUÊNCIA DO NEOLIBERALISMO NO DEBATE SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Alcançado esse ponto, parecem claros os impactos decorrentes da ascensão neoliberal em todos os domínios da vida, assim como nos Estados. Nesse novo cenário, os desinvestimentos em direitos sociais são recorrentes, na medida em que as chamadas reduções de gastos representam tanto a economização da esfera política do Estado, conforme abordado no ponto anterior, quanto a evidência de uma união entre neoliberalismo e austeridade, atualmente dominante nos discursos dos líderes governamentais em grande parte dos países, ainda que disfarçada ou distorcida pela ideia de crescimento econômico.

Com efeito, a racionalidade política neoliberal, aos poucos, elimina os últimos traços da formulação clássica de cidadania como engajamento público, ao transformá-la na ideia de sacrifício cidadão em defesa do crescimento econômico do país. Um exemplo trabalhado por Brown (2018, p. 31-32) dessa conversão de cidadania e justiça democráticas em propósitos econômicos pode ser observado no discurso de Obama em 2013, logo após sua reeleição. Ao clamar por justiça social e recuperação ambiental, cada fala do ex-presidente dos Estados Unidos remetia à contribuição da agenda progressista para o crescimento econômico. Assim, quando Obama argumentou a favor do *Medicare*, de reformas na imigração, pelo aumento do salário mínimo, pela luta contra a discriminação sexual e pelo investimento em pesquisa, moradia, energia limpa e educação, todas essas causas foram em defesa “da sua contribuição para o crescimento econômico e competitividade norte-americana¹⁰”.

Percebe-se que o caráter econômico e efficientista das políticas estatais convertem a imagem do Estado em empresa, o que diverge, e muito, da sua construção moderna. Aliás, essa conversão é facilmente verificada na ocasião de falas e discursos em defesa das políticas de austeridade em que se promete a redução de custos/despesas em nome do crescimento/desenvolvimento econômico dos países. Essa tendência não somente é observada em diversos países, como também no Brasil, onde o incremento desse impulso neoliberal pode ser visualizado nas reformas constitucionais de ajustes fiscais que se iniciaram pela Emenda Constitucional n. 95 em 2016, estendendo-se pelas reformas trabalhista e previdenciária.

Por exemplo, a reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), aprovada no Brasil em 2017, modificou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e trouxe inúmeros prejuízos aos trabalhadores. Nesse caso, assim como ocorre na maioria das políticas de austeridade, sua proposição veio disfarçada de interesse público, a partir da promessa de geração de empregos e crescimento econômico em benefício da população. Contudo, conforme esperado por especialistas e críticos da proposta, a promessa não se realizou. Contrariamente à expectativa do governo federal de que a reforma trabalhista gerasse empregos formais, a taxa de desemprego no Brasil alcançou 12,2% no primeiro trimestre de 2020, com um aumento de 1,3% em comparação ao último trimestre de 2019. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e

10 Brown (2018, p. 32) transcreve alguns trechos da fala de Obama: “Todo dia devemos nos fazer três perguntas enquanto nação: Como atrair mais postos de trabalho para nossas costas? Como equipar nosso povo com as competências necessárias para fazer esses trabalhos? E como nos assegurar de que o trabalho duro leva a uma vida decente?”. A partir dessa fala, facilmente se percebe a forma como essa racionalidade liberal é escondida em determinados discursos, sem que os ouvintes se deem conta de que são “enfeitados” pela fábrica da ilusão e da eficiência neoliberal.

Estatística (IBGE, 2020) trata-se de 1,2 milhões de pessoas a mais na fila por um emprego. No total, o país somou 12,9 milhões de desempregados em abril de 2020¹¹.

Não obstante essas circunstâncias que já são desanimadoras aos direitos sociais no Brasil, a análise a que o artigo pretende dedicar atenção é, de forma especial, a reforma da previdência (Emenda Constitucional 103/2019) e os entornos neoliberais presentes nessa medida de austeridade. De antemão, pode-se afirmar que, assim como ocorre com outras propostas de medidas de redução de custos, a mudança no sistema de previdência dos países costuma vir justificada pela premissa de esgotamento dos cofres públicos ou insuficiência de receita para cobrir despesas sociais. Por essas razões, antes de avançar para esse ponto em específico, é interessante ter clareza quanto ao alcance da lógica da austeridade fiscal que sustenta a medida de realização de ajuste fiscal pelo governo, preferencialmente em gastos públicos, diante de fatores como a desaceleração econômica e/ou aumento da dívida pública.

Basicamente, a referência ao interesse neoliberal na austeridade reflete o fato de os Estados estarem completamente envolvidos no mercado das finanças (ponto elucidado anteriormente), de modo que esse ajuste conhecido como austeridade teria efeitos positivos sobre a confiança dos agentes na economia. Significa dizer que, ao mostrar responsabilidade em relação à dívida pública (de um modo que corresponda às expectativas dos investidores), o governo ganha crédito junto aos agentes econômicos e, por essa melhora nas expectativas, a economia passaria por uma recuperação decorrente do aumento do investimento dos empresários, consumo das famílias e atração de capitais externos. A austeridade, portanto, teria “a capacidade de reequilibrar a economia, reduzir a dívida pública e retomar o crescimento econômico” (ROSSI; DWECK; ARANTES, 2018, p. 16-17).

Por esses motivos é que se pode constatar a influência de atores privados em relação à aprovação de medidas de austeridade nos países. Retomando ao objeto do presente estudo, há fortes indícios de que a reforma da previdência no Brasil (agora consolidada na EC 103/2019) foi aprovada como forma de atender inclusive a interesses de determinados entes privados. Embora seja difícil estabelecer em que medida há efetiva responsabilidade desses agentes nas decisões do Congresso Nacional e não se tenha clareza quanto à força das corporações empresariais no cenário econômico brasileiro, é possível verificar essa realidade quando se comparam os votos do Congresso Nacional na reforma da previdência e as doações durante as campanhas eleitorais de pessoas vinculadas a grandes corporações atuantes no Brasil.

Dessa forma, consegue-se notar o interesse direto e, por vezes, manifesto, dessas empresas na aprovação de determinadas reformas, como a da previdência. No geral, verificam-se doações para múltiplos candidatos, como forma de ser garantida a efetiva influência nas votações do Congresso Nacional. Todavia, de maneira específica, uma pesquisa realizada com base nas prestações de contas da campanha eleitoral do ano de 2018 e nos votos do projeto da reforma na Câmara dos Deputados é um bom exemplo a elucidar essa interferência¹². Precisamente partindo-se do *ranking* de doadores apresentado pelo Tribunal Superior Eleitoral, no qual José Salim Mattar Junior, dono da Localiza Hertz (maior empresa de aluguel de

11 Isso sem contar os impactos decorrentes da pandemia Covid-19 que, conforme já avaliado por especialistas, trará números ainda mais elevados em relação ao desemprego no Brasil.

12 Para a construção da análise, foram mapeados os dados disponibilizados pelo G1 em: <http://especiais.g1.globo.com/politica/2019/o-voto-dos-deputados/#/deputados/undefined>, referente aos votos de cada deputado federal nos dois turnos da proposta de reforma da previdência, bem como a prestação de contas da campanha eleitoral de 2018 disponibilizada pelo Tribunal Superior Eleitoral em: <http://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/consulta/campanha/2018/2022802018/ranks>.

carros da América Latina), aparece como o quarto maior doador (o total declarado foi de R\$ 2.920.000,00 em doações), verificou-se que, dos oito deputados federais eleitos que receberam doações do empresário durante a campanha, todos votaram de favoravelmente à aprovação do projeto de reforma da previdência¹³.

A reforma da previdência, considerada uma das mais recentes medidas de austeridade no Brasil, carregou consigo discursos funcionais para justificar sua implantação, próprios do neoliberalismo, como a famosa fala de que “não há alternativa” ou a falsa visão de que “as demandas sociais da democracia não cabem no orçamento”. Tais construções ideológicas caminham no sentido da privatização e das imposições de graves retrocessos sociais, como foi o caso da aprovação da reforma. De igual modo, os discursos que fazem parecer que todos os cidadãos são igualmente afetados e implicados por tais medidas hoje atravessam nações, empresas, indústrias, cidades e instituições públicas, convocando os indivíduos ao “sacrifício pela sobrevivência ou recuperação do todo econômico, especialmente nos níveis mais baixos das escalas empresariais e de renda” (BROWN, 2018, p. 46).

Em certa medida, esses discursos carregam a falsa sensação de que as pessoas devem contribuir com o crescimento econômico da nação e, por isso, acabaram colaborando com a aceitação da população em relação aos diversos sequestros ocorrendo em termos de prestações de direitos, já que a austeridade, como princípio de uma realidade incontestável, faz com que os indivíduos tolerem drásticos cortes em assistência educacional, sanitária e previdenciária, por exemplo, em nome de um objetivo maior: recuperar a economia do país¹⁴.

Contudo, a realidade escancara uma perspectiva totalmente divergente dessas falsas promessas do neoliberalismo. Como bem avaliou o economista Eduardo Fagnani, professor da Unicamp, as mudanças introduzidas pela reforma serão responsáveis por criar “uma massa de miseráveis nas próximas décadas, pois poucos vão conseguir comprovar a idade mínima e o tempo de contribuição. E serão jogados para assistência”. Para Fagnani, o mercado de trabalho no Brasil já possui uma grande quantidade de pessoas na informalidade que não contribuem com a previdência. Com as regras ainda mais severas em relação à aposentadoria, cerca de 20% dessas pessoas não serão capazes de alcançar o benefício e acabarão lançadas à assistência, ganhando cerca de 400 ou 500 reais. Assim, ao somarem-se os impactos decorrentes da reforma trabalhista e da reforma da previdência, o cenário do país conduz a uma realidade em que haverá uma espécie de capitalismo sem consumidor. O economista é enfático ao afirmar que essas medidas irão gerar “uma colônia exportadora de soja, na qual a população não precisa ter renda” (IHU UNISINOS, 2019). Com base nesse entendimento, é possível concluir que, mesmo essa expectativa de crescimento econômico é ilusória com essas reformas pois o capital também depende, em certa medida, de que as pessoas tenham renda para serem potenciais consumidoras.

13 De acordo com o detalhamento da prestação de contas do empresário, os deputados federais que receberam doações do empresário e votaram “sim” foram: Rodrigo Maia (DEM-RJ), Marcel Van Hattem (Novo-RS), Tiago Mitraud (Novo-MG), Lucas Gonzales (Novo-MG), Paulo Eduardo Lima Martins (PSC-PR), Kim Kataguirri (DEM-SP), Pedro Cunha Lima (PSBD-PB), Vinicius Poit (Novo-SP).

14 Denise Gentil, doutora em economia e professora da UFRJ, afirma que, baseado nos preceitos constitucionais, não há que se falar em déficit previdenciário: “Em 2013 houve um superávit de R\$ 67 bilhões, em 2014 um superávit de R\$ 35 bilhões e em 2015 de R\$ 16 bilhões. Os anos de 2014 e 2015 são anos de recessão, mesmo assim o sistema de seguridade social gerou um superávit de R\$ 16 bilhões em 2015”. Na percepção da economista, insistir no argumento do déficit previdenciário como ideia central para fazer a reforma da previdência é equivocado, já que não há falta de recursos para cobrir os gastos (IHU UNISINOS, 2016).

Aliás, vários discursos favoráveis às recentes reformas no Brasil podem ser analisados de forma crítica. Por exemplo, o argumento de que supostamente a previdência precisaria ser reformada em razão da maior expectativa de vida das pessoas foi amplamente abordado pelo Ministério da Economia, tanto que resultou no aumento da idade mínima para aposentadoria (65 anos para homens e 62 anos para mulheres). Ocorre que tal perspectiva escancara um paradoxo cruel, pois o fato de a população estar conseguindo viver por mais tempo não deveria ser considerado um problema para o Estado, o que já indica uma possível contradição nas estratégias de aprovação da reforma. Se isso não bastasse, há ainda que se verificar as falas em torno do déficit, afirmando que a previdência seria o item de maior peso do orçamento da União. Ao contrário disso, de acordo com a Lei Orçamentária de 2019, a maior despesa prevista do governo federal era com o refinanciamento da dívida e com os pagamentos de juros e amortização da dívida (UOL LUPA, 2019).

Na verdade, em termos de direitos sociais no Brasil, os retrocessos são cada vez mais visíveis, justamente por essa característica neoliberal tão presente no âmbito político. O problema é que há um efeito cascata pareando essas reformas estruturais constantes, o que gera um descompasso entre os argumentos para a aprovação das reformas e a realidade que estas reproduzem. Como proposta elucidativa tem-se os números referentes à informalidade no país¹⁵, inclusive impulsionada pela reforma trabalhista e outras desregulamentações, agravando a situação da previdência. Considerando que uma das fontes de arrecadação vem inclusive sobre os salários e folhas de pagamento, maior desemprego e informalidade representarão menor arrecadação para a previdência, e vice e versa. Isso aponta uma contradição, pois o Estado promove uma reforma na previdência, de um lado, porque está em déficit, mas, de outro, uma reforma trabalhista que acarreta desemprego e informalidade.

Por sua vez, a coordenadora de pesquisas do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (Dieese), Patrícia Pelatieri, afirma que tratar a maior política de proteção social do país como um problema fiscal ou de despesa foi um dos grandes erros consubstanciados na reforma da previdência. Ao contrário da propaganda pela aprovação da reforma de que acabaria com os privilégios, o seu resultado concreto foi de que pobres e ricos acabaram impactados muito distintamente pela medida. Nesse sentido, o 1% mais rico da população não teve seus privilégios afetados, “porque não há nenhuma proposta de tributação desses bilionários para contribuir e equilibrar a arrecadação pública. Então, os privilegiados continuam privilegiados”. Na verdade, as regras ficaram ainda mais severas às pessoas que dependem dessa proteção já que, para se aposentar com 100% da média salarial, será necessário contribuir por 40 anos (IHU UNISINOS, 2019).

Além disso, é possível perceber que as mulheres são significativamente mais prejudicadas pela reforma da previdência do que a população masculina, tendo em vista o aumento da carência das aposentadorias e, considerando que, conforme dados do Dieese, em 2017, 62,8% das mulheres se aposentaram por idade, contra 37,2% dos homens, o que demonstra a dificuldade das seguradas em conseguir mais tempo de contribuição. O Instituto também avaliou, com base em dados de 2014, que as mulheres que se aposentam por idade têm, em

15 Embora a taxa de informalidade tenha apresentado uma pequena variação de 41% no último trimestre de 2019 para 39,9% no primeiro trimestre de 2020, o IBGE estimou que até fevereiro de 2020 havia um contingente de 36,8 milhões de trabalhadores informais no Brasil (IBGE, 2020).

média, 16 anos de contribuição no INSS, o que já significa um alerta em relação à dificuldade que se terá para alcançar o tempo necessário de contribuição (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019).

Tamanha é a tendência e interferência neoliberal no cenário político brasileiro que ainda há esforços para a aprovação de uma proposta paralela, defendida pelo Ministro da Economia, para a criação do sistema de capitalização privatizado, parecido com o que o Chile adotou quando reformou seu sistema de previdência, em meados de 1980, impulsionado pela ditadura de Pinochet de caráter neoliberal. Apenas para ilustrar como esse modelo funciona, cada trabalhador faz a própria poupança, que é depositada em uma conta individual, em vez de ir para um fundo coletivo. Enquanto fica guardado, o dinheiro é administrado por empresas privadas, que investem no mercado financeiro. O alerta é no sentido de que, em verdade, os grandes favorecidos pelo sistema privado de capitalização são os bancos, que vão dispor por décadas desse fundo bilionário. No Chile, as seis instituições que fizeram o modelo de capitalização lucraram bilhões, enquanto a aposentadoria dos trabalhadores ficou muito abaixo do esperado (IHU UNISINOS, 2019).

Seguindo na esteira de um neoliberalismo atuando em âmbito global, também é interessante destacar as medidas impostas pela *troika* (Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional) em relação ao Estado grego, com uma série de exigências e reformas em razão da gigantesca dívida do país. Como condição de resolver a crise econômica do país, os empréstimos concedidos por parte da *troika* impuseram condições à Grécia que vão desde mudanças na aposentadoria, aumento de impostos e privatizações, até o retorno dos credores ao país para fiscalizar a implementação das reformas (GERVASONI, 2017, p. 227-228). Sob esse prisma há contundentes razões para acreditar que os Estados são cada vez mais envolvidos com os bancos privados e o sistema financeiro e sempre menos comprometidos com os direitos sociais da população.

Por derradeiro, o ângulo de observação proposto com essas perspectivas críticas diz respeito à forma como o neoliberalismo guia alguns discursos e ações globais. O fato fundamental é que o neoliberalismo se tornou hoje a “racionalidade dominante, não deixando da democracia liberal nada além de um envelope vazio”. Enquanto dominante, essa racionalidade toma conta do espaço político e ganha corpo num conjunto de dispositivos discursivos, institucionais, políticos, jurídicos e econômicos que formam uma rede complexa e onipresente tratando-se, conforme entendimento de Dardot e Laval (2016, p. 384-385), de “um dispositivo global que, como qualquer dispositivo, é de natureza essencialmente estratégica”.

Apenas como mais um ponto de observação acerca das distintas maneiras de analisar a forma como o neoliberalismo tem permeado a atuação política no Brasil, oportunamente destacando a gestão do atual governo, em entrevista concedida à Folha de São Paulo (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020) em julho de 2020, o secretário de desestatização do Ministério da Economia fala sobre seus planos para a privatização de doze estatais em 2021¹⁶. Até aqui, sem novidade, já que desde 2015-2017 o país tem seguido essa linha neoliberal em relação a privatizar empresas e cortar custos com benefícios sociais em direção ao tão idealizado crescimento econômico.

16 A fala do secretário apresenta a estratégia do governo de desestatização, com o projeto inicial de privatizar as seguintes estatais: ABGF (Associação Brasileira Gestora de Fundos); Eletrobras; Nuclep (Nuclebrás Equipamentos Privados); Ceagesp (Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo); Ceasaminas (Centrais de Abastecimento de Minas Gerais); Codesa (Companhia de Docas do Espírito Santos) (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020).

O problema reside no fato de que, desde que a maior pandemia já vivenciada (Covid-19) passou a ser realidade nos países, muito se tem discutido acerca de uma possível redefinição da atuação do Estado no sentido de proteção aos direitos sociais, inclusive tendo voltado às pautas a discussão sobre estatização de empresas (contrária à política neoliberal predominante nas últimas décadas, responsável por influenciar a privatização de empresas e serviços essenciais - como a saúde). Como exemplo, tem-se o projeto de estatização de uma empresa exportadora de soja pela Argentina, assim como a França já manifestou interesse em estatizar as empresas *Renault* e *PSA*¹⁷. Nesse caso, compreende-se, por meio do discurso do secretário, certa insistência em políticas neoliberais, na contramão dos demais países e, certamente, sem se preocupar com a recuperação das mazelas sociais que a pandemia escancarou no Brasil. De fato, privatizar empresas também significa eliminar bens públicos e, com isso, cortar investimentos em saúde, educação e bens essenciais. Na medida em que se diminui a arrecadação do Estado, logo, minimizam-se os recursos disponíveis para investimentos e, nessa espiral recessiva, a população excluída das elites econômicas resta desamparada.

A ingerência neoliberal em relação às reformas estruturais interessadas em reduzir prestações de direitos sociais é assinalada por meio da austeridade que, ao lado da liberalização dos mercados e das privatizações, compõe os três pilares centrais do neoliberalismo. Nessa sequência, é possível observar a realidade brasileira, ao passo em que as políticas de austeridade vêm acontecendo em um período de extrema instabilidade política e aumento das mazelas sociais no país. Ademais, considerando que a defesa de interesses privados corrói a democracia e fortalece o poder corporativo no sistema político, o diagnóstico que pode ser feito do Brasil, especialmente nos últimos anos, é de um país no qual a austeridade – recentemente observada na reforma da previdência – justapõe as vítimas dos cortes (aqui considerando principalmente a parcela mais pobre da população) com os perpetradores dessas políticas, quais sejam, o sistema financeiro, as elites econômicas e os governos subservientes (ROSSI; DWECK; ARANTES, 2018, p. 28).

Ao assumir a força da privatização, constituída pela desregulamentação estatal e a ampliação do alcance da esfera pessoal e protegida, o neoliberalismo opera conceitualmente o desmonte das instituições públicas com normas de caráter privado, estendidas para deslegitimar as provisões de bem-estar social e o projeto de democratização do poder social. De um lado está o sujeito, empresário de si que é constantemente auto-explorado pela racionalidade neoliberal e, de outro, o mesmo sujeito vê sua vida cotidiana mercantilizada e seus direitos sociais retirados das pautas de interesses políticos dos países. Mas por que é interessante ao neoliberalismo que os países cortem ou reduzam os direitos de previdência social? Claramente a intenção é de que os indivíduos trabalhem sempre mais e que os Estados dispendam menos recursos com prestações assistenciais. Tudo isso em nome do interesse das elites, do mercado financeiro e dos bancos corporativos que, sem dúvida alguma, operam essa racionalidade neoliberal que age privatizando, solapando direitos e buscando o pagamento da dívida.

17 Esses dados foram extraídos de matérias da revista Valor Econômico, cujas fontes estão na lista de referências do trabalho.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável o fato de que o neoliberalismo, impulsionado pela globalização, foi capaz de se instrumentalizar e dismantelar as premissas do Estado e sua formação moderna, além de transformar o sujeito em um indivíduo livre e completamente desprotegido do capital. Desse cenário entre ascensão neoliberal, crise do Estado e erosão da sua função social, o que resulta é um contexto no qual os poderes privados dominam cada vez mais a esfera pública dos países.

Nesse sentido, com os Estados completamente envolvidos com o discurso efficientista neoliberal e com certa ilusão de crescimento econômico, as medidas de austeridade têm sido recorrentes nos países, principalmente por meio de reformas, como é o caso da previdência. Ocorre que, conforme restou analisado no decorrer do texto, há uma série de prejuízos à população dos países que, excluída das elites econômicas, resta desamparada de proteção estatal.

Não se trata tão somente de identificar uma racionalidade que opera constantemente e de modo onipresente, mas de verificar o quanto as sociedades estão cada vez mais imersas nessa perspectiva. Há um conjunto significativamente amplo de desregulamentações, reformas e precarização de direitos em curso, afetando a vida de indivíduos vulneráveis ao poder de grandes corporações, bancos e sistema financeiro, agindo em nome de seus interesses puramente econômicos. Dessa forma, a hipótese de pesquisa é corroborada, na medida em que a influência neoliberal nas políticas como a da reforma da previdência pode ser verificada pelo interesse desses poderes em eliminar a seguridade social e promover também a economização do Estado, pelo sequestro do poder político, por meio da ilusória construção de crescimento econômico.

REFERÊNCIAS

- BERARDI, Franco "Bifo". *La fábrica de la infelicidad*. Nuevas formas de trabajo y movimiento global. Madrid: Traficantes de Sueños, 2003.
- BLYTH, Mark. *Austeridade: a história de uma ideia perigosa*. Tradução de Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BROWN, Wendy. *Cidadania sacrificial: neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Rio de Janeiro: Zazie, 2018.
- BROWN, Wendy. *Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. Tradução de Mario Antunes Marino e Eduardo Altheman C. Santos. São Paulo: Politeia, 2019.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DOWBOR, Ladislau. *A era do capital improdutivo: Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo?* São Paulo: Autonomia Literária, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Governo planeja desestatizar 12 empresas em 2021, diz Salim Mattar*, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/governo-planeja-desestatizar-12-empresas-em-2021-diz-salim-mattar-veja-lista.shtml>. Acesso em: 8 jul. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Mulheres são maioria entre prejudicados pela reforma da Previdência*, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/mulheres-sao-maioria-entre-prejudicados-pela-reforma-da-previdencia.shtml>. Acesso em: 9 jul. 2020.

GAGO, Verónica. *La razón neoliberal economías barrocas y pragmática popular*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2015.

GERVASONI, Tássia Aparecida. *Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Desemprego sobe para 12,2% e atinge 12,9 milhões de pessoas no 1º trimestre*, 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27535-desemprego-sobe-para-12-2-e-atinge-12-9-milhoes-de-pessoas-no-1-trimestre>. Acesso em: 7 jul. 2020.

IHU - Instituto Humanitas Unisinos. *Pesquisadora do Dieese explica por que só os bancos ganham com a PEC da Previdência*, 2020. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/586982-pesquisadora-do-dieese-explica-por-que-sos-bancos-ganham-com-a-pec-da-previdencia?fbclid=IwAR1gb_UoMMxlw5-rsao05yNEIWonmg3QpplqqrVT1r-WN7YHFg2BGomk0FQk. Acesso em: 8 jul. 2020.

IHU - Instituto Humanitas Unisinos. *Previdência de Bolsonaro produzirá massa miserável, avalia economista*, 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/586875-previdencia-de-bolsonaro-produzira-massa-miseravel-avalia-economista>. Acesso em: 8 jul. 2020.

IHU - Instituto Humanitas Unisinos. *Entre a insustentável retórica do déficit e as verdadeiras razões da reforma previdenciária. Entrevista especial com Denise Gentil*, 2016. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/551994-entre-a-insustentavel-retorica-do-deficit-e-as-verdadeiras-razoes-da-reforma-previdenciaria-entrevista-especial-com-denise-gentil>. Acesso em: 9 jul. 2020.

KLEIN, Naomi. *The shock doctrine: the rise of disaster capitalism*. New York: Metropolitan Books, 2007.

LUPA, UOL. *Reforma da previdência: veja 56 falas checadas pela Lupa sobre o tema*, 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/07/09/previdencia-checagem-lupa/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

MOURA, Marcelo Oliveira de; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O neoliberalismo "eficientista" e as transformações da jurisdição. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 177-195, 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1565>. Acesso em: 2 jul. 2020.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther; ARANTES, Flávio. *Economia Política da Austeridade*. In: ROSSI, Pedro; DWECK, Esther; OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de. *Economia para poucos: impactos sociais de austeridade e alternativas para o Brasil*. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

SASSEN, Saskia. *Expulsões: Brutalidade e complexidade na economia global*. Tradução de Angélica Freitas. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A resignificação do paradigma estatal em tempos de globalização. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 54, p. 127-146, 2019. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/845>. Acesso em: 20 jul. 2020.

VALOR ECONÔMICO. *Governo argentino anuncia projeto para estatizar exportadora de soja Vicentin*, 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2020/06/09/governo-argentino-anuncia-projeto-para-estatizar-exportadora-de-soja-vicentin.ghtml>. Acesso em: 16 jun. 2020.

VALOR ECONÔMICO. *França admite estatizar empresas em dificuldade*, 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/03/18/franca-admite-estatizar-empresas-em-dificuldade.ghtml>. Acesso em: 16 jun. 2020.

Recebido/Received: 16.12.2020.

Aprovado/Approved: 27.03.2021.

JUSTIÇA FISCAL, FEDERAÇÃO E INTERPRETAÇÃO: ICMS SOBRE FRETE EM PRODUTOS DESTINADOS A ZONA FRANCA DE MANAUS

FISCAL JUSTICE, FEDERATION AND INTERPRETATION: ICMS ON FREIGHT IN PRODUCTS INTENDED FOR THE MANAUS FREE ZONE

NATÉRCIA SAMPAIO SIQUEIRA¹
IVSON COÊLHO SILVA²

RESUMO

O estudo em relevo trata da problemática da Zona Franca de Manaus, especialmente a questão da interpretação do ordenamento jurídico em vigor, para determinar qual o tipo de incentivos fiscais concedidos às empresas que se instalam na região. A partir das técnicas de interpretação, verificando qual o entendimento mais acertado sobre o tema, pode-se classificar tais incentivos como imunidades ou isenções tributárias. Ainda quanto ao tipo de interpretação, restritiva ou extensiva, a depender da classificação dos benefícios fiscais da citada área de livre comércio. Depois de delimitadas tais controvérsias, passa-se ao exame do ICMS incidente sobre o frete, quando o destino final das mercadorias for a Zona Franca de Manaus.

Palavras-chave: Zona Franca de Manaus; técnicas de interpretação; incentivos fiscais; ICMS; frete

ABSTRACT

The study in relief deals with the problems of the Manaus Free Zone, especially the question of the interpretation of the legal system in force, to determine the type of tax incentives granted to companies that settle in the region. From the interpretation techniques, verifying the most correct understanding on the subject, one can classify such incentives as immunities or tax exemptions. Also regarding the type of interpretation, restrictive or extensive, depending on the classification of tax benefits of the aforementioned free trade area. Once these controversies have been delimited, the ICMS tax on freight will be examined, when the final destination of the goods is the Free Zone of Manaus.

Keywords: Free Trade Zone of Manaus; interpretation techniques; tax incentives; ICMS; freight

- 1 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998), Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002), Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2011) e Pós-doutorado em Direito econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora do curso de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e membro do REPJAL. Atua na área da Teoria da Justiça e Justiça Tributária. É procuradora Fiscal do Município de Fortaleza. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7495-147X>.
- 2 Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Farias Brito (2005). Atualmente é procurador - Procuradoria-Geral do Município de Manaus, professor visitante do curso de pós-graduação do Centro Universitário do Norte, professor visitante do curso de pós-graduação da Faculdade Martha Falcão e professor visitante do curso de pós-graduação do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3249-5979>.

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

SIQUEIRA, Natércia Sampaio; SILVA, Ivson Coêlho. Justiça fiscal, Federação e interpretação: ICMS sobre frete em produtos destinados a Zona Franca de Manaus. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 174-191, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8179>.

1. INTRODUÇÃO

A Zona Franca de Manaus implica um regime de benefícios fiscais que possui por fundamento relevantes princípios e objetivos da Federação brasileira, dentre os quais o desenvolvimento sócio econômico, a redução das desigualdades sociais e a soberania nacional. Em razão das peculiaridades da região norte, se estruturou um regime fiscal adequado para que se alcançasse referidos objetivos.

Surge, por conseguinte, o problema referente à delimitação do raio de incidência dos benefícios fiscais. No presente artigo se pretende, especificamente, enfrentar o problema do alcance da exclusão do ICMS sobre a atividade do frete de mercadorias enviadas à ZFM. Isso, porque nos casos em que o destino final é o exterior, os tribunais superiores têm entendido que não incide o imposto estadual sob comento. Como, portanto, operações para a Zona Franca de Manaus são equiparadas a uma operação para o exterior, necessário averiguar se estariam sujeitas ao mesmo tratamento.

Propõe-se enfrentar a questão em dois aspectos: a natureza da ZFM, se é imunidade ou isenção; os métodos de interpretação que são próprios à imunidade e isenção. Tais abordagens, por sua vez, demandam a análise bibliográfica e de documentos sobre as peculiaridades da Região Norte, o processo de criação e extensão da Zona Franca de Manaus, para depois se delimitar a sua natureza e verificar qual o método interpretativo que lhe é mais adequado.

Neste processo, sem abrir mão da pesquisa bibliográfica, são identificadas as características de um sistema federativo justo e equânime, caracterizado pela cooperação. A partir desta base axiológica, abordam-se as técnicas de interpretação e os conceitos de Direito Tributário, de maneira a se compreender a diferença entre isenção e imunidade pelo viés da hermenêutica: ao passo que uma possui a interpretação restritiva como a adequada, à outra é possível a aplicação de uma interpretação sistêmica.

Ao final, reunidas as conclusões acerca da natureza da ZFM e do método de interpretação que lhe é adequado, responde-se à questão levantada no presente artigo, acerca da exclusão do ICMS sobre frete nas operações de envio de mercadorias à Zona Franca de Manaus.

2. PREVISÃO NORMATIVA DA ZONA FRANCA DE MANAUS

O caráter continental do Brasil implica diferentes culturas e realidades, decorrentes da história, do clima, da posição geográfica, da comunicabilidade, da ocupação. Tem-se grande parte do Sul com características marcadamente europeias, em função da imigração de alemães, italianos, poloneses, lituanos e tantos outros. A amenidade do clima, as terras amplas e verdes, a comunicabilidade com os outros países e povos do sul, marcam uma cultura e uma economia de todo distinta do sertão nordestino, castigado pelo calor e seca. Sem comunicação com o litoral, o sertão nordestino, até o início do séc. XX, mostrava-se pouco institucionalizado, ainda envergando uma cultura com traços fortemente colonialistas, cuja honra era alimentada por uma virilidade que se construía no convívio íntimo com o sangue e a violência. Nada semelhante, por sua vez, às regiões mais ricas do Sudeste, que com o extrativismo

mineral, a agricultura do café e a ocupação pela Corte contou, desde os tempos da colonização, com recursos econômicos e equipamentos urbanos que possibilitaram as bases para a forte industrialização que se seguiu durante o séc. XX.

Neste cenário de diversidade, o Norte mostra-se bastante rico. De primeiro, a vegetação e geografia, que o tornam dificilmente conectado, mediante vias de transporte, com o restante do país. Vastas áreas isoladas, sujeitas à forte umidade, tomadas por uma floresta fechada e por animais selvagens, dificultam a construção de centros urbanos modernos e interligados. Por conta mesmo da riqueza natural, as cidades do norte vocacionam-se ao isolamento, não obstante a formação de nichos urbanos que alimentados, ciclicamente, por culturas e extrações vegetais, desenvolveram-se numa dinâmica social de forte desigualdade sócio econômica.

Ademais, a singularidade geográfica do Norte fragiliza as suas fronteiras com países da América Latina, marcadamente Venezuela, Colômbia, Bolívia e Peru. A comunicação com a América Latina Amazônica e com a América Central promete ser mais fácil e intensa do que com o restante do país. Característica essa que, desde meados do Sec. XX até os tempos atuais, se têm mostrado problemática em virtude da plantação e tráfico de drogas e do desenvolvimento de atividades extrativistas criminosas.

A necessidade de se assegurar a infraestrutura adequada a uma eficiente institucionalização da máquina pública, de ocupar os espaços, de interligar cidades e povoados, de melhorar as comunicações, de abrandar o isolamento e dificultar a escalada de atividades criminosas, motivou a elaboração de políticas públicas estratégicas, especialmente voltadas para a Região Norte, dentre as quais se destaca a Zona Franca de Manaus. Apesar do grande território e da riqueza angariada pela borracha em períodos específicos da sua história, Manaus não conseguia evoluir nos mais variados aspectos, nomeadamente, o econômico.

Comunga do mesmo entendimento o professor André Elali (MARTINS; ELALI; PEIXOTO, 2008, p. 470-471), segundo o qual a ZFM foi criada para desenvolvimento de um polo industrial na região, tentando-se reduzir as desigualdades regionais entre ela e as demais. Sua implementação ensejou um aumento expressivo no número de habitantes, passando-se, no intervalo de 1970 a 1985, de trezentos mil para oitocentos mil habitantes. Mudaram-se, para o autor, as atividades econômicas da região, havendo um fomento nas que anteriormente não possuíam importância, como, por exemplo, pesca e extrativismo. A legislação atinente à ZFM trouxe diversos benefícios fiscais, como isenção de II e do IPI em relação à importação dos insumos destinados, à exportação e à produção para consumo local, redução do Imposto de Importação sobre insumos necessários em determinados processos de industrialização, equiparação, para todos os efeitos fiscais, a uma exportação quanto à venda de mercadorias do restante do Brasil com isenção de IPI e de ICMS. Ainda há isenção de IPI e de ICMS sobre vendas ao exterior, redução de 25% para 100% do IOF sobre operações de câmbio no que diz respeito às importações, restituição de ICMS, no âmbito estadual, de 45% a 100%, a depender da atividade envolvida, isenção, para alguns serviços, de ISS, isenção por dez anos, prorrogáveis, do IRPJ das empresas instaladas na região e regime especial de IRPJ para empresas que atendam a determinados requisitos.

Por conta disso, segundo o mencionado jurista, houve crescimento considerável do setor industrial local, aumentando-se a oferta de empregos, com a consequente diminuição das

desigualdades sociais e regionais, haja vista o melhor desenvolvimento econômico da Zona Franca de Manaus, com uma majoração em relação a períodos anteriores.

O Decreto-lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, buscou fortalecer as bases econômicas da região por ele estabelecidas, passando-se a tratar a Zona Franca de Manaus como uma área de livre comércio, e dando-lhe incentivos fiscais, para fomento da sua economia, tornando atrativa a ida de empresas para a exploração de suas atividades, com a desoneração da carga tributária de seus produtos.

Ataliba e Giardino (1987, p. 206), ao examinarem a matéria, averbaram que, nos idos de 1967, havia grande expectativa sobre a criação da ZFM, com escopo de fixar população na região, bem como atrair capitais, aumentar o consumo da matéria-prima ali produzida e criar um centro industrial regional, já que, além de todas as vantagens citadas, cuidava-se, por via de consequência, da segurança nacional, em decorrência da ocupação de vasta área fronteiriça com outros países. Concluíram, nos citados estudos, que os benefícios fiscais concedidos àquela região foram acertados, sobretudo pelo “interesse nacional” dos desígnios elencados.

O art. 1º, do Decreto-lei nº 288/67, preconiza que “a Zona Franca de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância a que se encontram os centros consumidores de seus produtos” (BRASIL, 1967).

O art. 4º, do Decreto-lei 288/67, prescreve que “a exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro ” (BRASIL, 1967).

Para reforçar, a Assembleia Nacional Constituinte, quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, inseriu a matéria em seu texto. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 40, disciplinou que “é mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição” (BRASIL, 1988).

Posteriormente, o Poder Constituinte Derivado, por meio da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, prorrogou a Zona Franca de Manaus por mais dez anos, inserindo-se o art. 92, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em 2014, através da Emenda Constitucional nº 83, foram acrescentados 50 (cinquenta) anos ao prazo fixado pelo art. 92 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Sobre o assunto, o STF, ao analisar a constitucionalidade do creditamento do IPI sobre os produtos adquiridos na zona Franca de Manaus, diante da ausência de previsão legal, manifestou-se no sentido de que “a regra da não cumulatividade cede espaço para a realização da igualdade, do pacto federativo, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”. (Informativo 938, RE 596614-SP). Uma vez que a Zona Franca de Manaus se justifica “por razões de soberania nacional, inserção nas cadeias globais de consumo e de produção, integração econômica regional e redução das desigualdades regionais e sociais em âmbito federativo” (Informativo 938, RE 596614-SP), o Supremo Tribunal Federal considerou que se deveria, no caso, lançar mão de uma análise sistemática dos princípios e interesses cons-

titudacionais, que justificariam a exceção à não-cumulatividade. Considerou-se que, em razão das peculiaridades da região, dificilmente se teriam atrativos à exploração da atividade econômica, razão pela qual a interpretação dos dispositivos que concedem benefícios fiscais deveria se dar da forma mais ampla, de maneira a se possibilitar o efetivo desenvolvimento da região.

Na ocasião, também se ponderou que as sucessivas prorrogações do arcabouço normativo que cria a Zona Franca de Manaus implicam a manutenção de uma política estratégica de desenvolvimento, fundamental, também no caso, à soberania nacional. É preciso ocupar o Norte. Ainda consta do informativo um argumento relevante ao tratamento da matéria: a necessária legalidade da isenção – creditamento ficto do IPI – faz-se necessária quando a regra é a incidência tributária. Mas uma vez que a regra seja a da não incidência, a necessidade da legalidade se daria para a criação e cobrança do tributo, uma vez que, aí sim, se estaria a excepcionar o estado então vigente: a não incidência.

A zona Franca de Manaus é, portanto, um programa estratégico constitucional e infra-constitucional de desenvolvimento socioeconômico, com os propósitos de ocupação da região norte e redução das desigualdades regionais. Este arcabouço principiológico justifica uma interpretação ampla dos benefícios fiscais, de maneira que a Zona Franca de Manaus, efetivamente, alcance a sua finalidade.

3. DISTINÇÃO ENTRE IMUNIDADE E ISENÇÃO

Não se pode perder de vista o dado acima trabalhado: a zona Franca de Manaus é um regime constitucional de “intributabilidade”. Por conseguinte, a ZFM reveste-se do caráter de imunidade, cuja primeira distinção basilar em relação à isenção é a previsão normativa. Enquanto aquela se encontra incrustada no texto constitucional, esta se insere nas leis. O professor Paulo de Barros Carvalho (1999, p. 178) leciona sobre as imunidades como sendo uma classe finita e determinável de normas constitucionais, que retiram da competência dos entes o poder de tributar sobre determinados fatos, expedindo regras instituidoras de tributos que alberguem situações específicas e suficientemente configuradas.

No mesmo diapasão, Ulhoa Canto (1958, p. 34), defende a impossibilidade de incidência que decorre de uma proibição imanente, por estar na Constituição, de um ente com poder impositivo, de exercê-lo, em relação a certos fatos e pessoas. Assim, segundo ele, é uma limitação à competência tributária que os entes federativos recebem do texto constitucional, vez que os setores a eles reservados na partilha da competência impositiva, já lhes são confiados com exclusão de certas pessoas ou fatos. Segue a mesma linha de ideias, dentre outros, Correa (2011, p. 811)³.

Sem perder de vista a origem constitucional da imunidade, ela também existe na modalidade implícita: o exemplo é o do mínimo vital. A origem constitucional da imunidade não

3 Para ele, a imunidade pode ser caracterizada por três questões relevantes. Primeiro, por ter origem expressa na Constituição. Segundo, por ter caráter de permanência, persistindo, enquanto em vigor, o estatuto constitucional. Terceiro, por ter essência abstrata, existindo em função da norma constitucional.

implica a necessária previsão linguística na forma de uma regra de exclusão da tributação. É suficiente que se identifique uma área de não tributação, que pode se dar tanto em razão de uma regra constitucional explícita, como de um regime ou instituto constitucional, tal qual o mínimo vital: a renda, o patrimônio e o consumo que sejam de forma módica vertidos à satisfação de necessidades básicas não revelam capacidade contributiva para custear os gastos públicos. Por conseguinte, não se perfaz a causa dos impostos, conforme disciplina o art. 145, Parágrafo primeiro, da Constituição Federal, o que exclui a possibilidade de incidência dessa espécie tributária. É a análise sistêmica da Constituição que leva à delimitação de uma área que, de forma ontológica, exclui a possibilidade de exação, independente de uma manifestação explícita do texto constitucional.

A imunidade pode se dar não apenas na modalidade implícita, como quando o legislador constitucional estipular, explicitamente, uma área de não incidência, mediante o uso de nomenclatura equivocada, como isenção. Em tais casos, caracteriza-se uma falta de técnica do Poder Constituinte: a “isenção”, por estar prevista na Constituição, é uma imunidade, visto que implica impedimento à tributação pelo ente federado. Veja-se, por exemplo, o art. 195, §7º, da CF/88, que diz serem **isentas** de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei (BRASIL, 1988) .

Baleeiro (1960, p. 308) conceitua a imunidade como o “caso em que o legislador ordinário não pode tributar pessoa, coisa ou atividade, porque lhe defende fazê-lo expressa ou implicitamente a Constituição”. Mesmo o texto tratando como se isenção fosse, por estar no Texto Constitucional, aquilata-se que é uma imunidade, inclusive já várias vezes dito pelo próprio Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição. Veja-se, como exemplo, o seguinte excerto ementário:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. QUOTA PATRONAL. ENTIDADE DE FINS ASSISTENCIAIS, FILANTRÓPICOS E EDUCACIONAIS. IMUNIDADE (CF, ART. 195, § 7º). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...)

A cláusula inscrita no art. 195, §7º, da Carta Política - não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a Seguridade Social - contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, §7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. Precedente: RTJ 137/965 (...) (BRASIL, 1996).

A imunidade, portanto, é regime de índole constitucional que obsta aos entes federados a competência para a tributação de pessoas, situações e objetos. Ainda que haja a discussão doutrinária acerca de a imunidade participar negativamente da delimitação da competência ou lhe reduzir, o importante é a compreensão de que, diante da imunidade, não há competência tributária. Por outro lado, não se pode perder por perspectiva que a imunidade é uma exceção ao dever fundamental de pagar imposto, de maneira que ela deve ser justificada

em princípios, políticas e interesses constitucionais: é como se manifestou o STF acerca da Zona Franca de Manaus. A superação das desigualdades regionais, o desenvolvimento sócio econômico e a soberania nacional são princípios e objetivos constitucionais que servem de fundamento à Zona Franca de Manaus. Por conseguinte, os benefícios da Zona Franca devem ser interpretados de maneira a viabilizar a realização dos seus fundamentos. A análise é sistêmica, como bem definiu o STF.

Já a isenção, como delineado alhures, está prevista nas normas infraconstitucionais. O professor Ruy Barbosa Nogueira (1999), cuidou da matéria, de forma muito lúcida, afirmando que a “isenção é a dispensa de pagamento de tributo devido, feita por disposição expressa da lei e por isso mesmo excepcionada da tributação”.

Seguindo o mesmo trilhar, Moraes (1982, p. 180-181), afirma que a isenção se configura como um favor fiscal, conferido por lei, para dispensar o contribuinte do pagamento do tributo. Há concretização do fato gerador do tributo sendo este devido, mas a lei dispensa seu pagamento. Tem-se que a isenção é favor fiscal decorrente de lei, embora possa ter por ponto de partida recomendação constitucional, como era o caso do art. 15, §1º, da Constituição anterior, que declarava isentos do imposto de consumo os artigos classificados pela lei, como mínimos indispensáveis à habitação, ao vestuário, à alimentação, ao tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica. Consoante se pode observar, a Constituição não isentava nenhum artigo do imposto de consumo, mas recomendava à lei classificar artigos que entendesse constituir o mínimo para os casos indicados, e, por conseguinte, isentá-los da citada exação. A lei ordinária que excluiu da incidência, por meio de isenção, os artigos que ela entendeu constituir o mínimo indispensável para os fins determinados pela Constituição. Só existe isenção depois de surgida a incidência, possuindo aspecto excepcional e provisório, dependendo da vontade do legislador ordinário e surge com a lei que estabelece o tributo ou depois, em lei apartada.

Já a não incidência se cuida de quando o fato praticado pelo contribuinte **não se amolda** ao fato típico tributário, ou **fato imponible**. O professor Nogueira (1999) a define como a situação que fica fora dos limites do campo tributário, ou melhor, a não-ocorrência do fato gerador, porque a norma não descreve a hipótese de incidência.

O que de perto interessa, não obstante, são as regras de exclusão da tributação: a imunidade, que atua no âmbito da Constituição Federal, exclui ou delimita negativamente a competência tributária, em razão de interesses e princípios constitucionais. Já a isenção, que implica o exercício da competência tributária pelo ente federado, é lei que reduz o âmbito de incidência tributária ou a responsabilidade pelo seu pagamento. Segundo alguns doutrinadores, como Sacha Calmon no seu livro “Teoria geral da norma, da interpretação e da exoneração tributária”, a lei de isenção integra a norma que cria o tributo: ela junta-se à lei que o cria, pois dela retira determinada pessoa, situação ou objeto do raio de incidência, o delimitando. Já o CTN qualifica a isenção como mera exclusão do tributo: a lei extirpa o dever de pagar o tributo.

Seja como for, a isenção integra a lei que define a incidência do tributo, de maneira que está sujeita ao seu regime de interpretação. A isenção, ademais, é regra de exceção: a sua criação implica a discricionariedade que é característica da competência tributária dos entes federados. Por tais razões, o Código Tributário Nacional dispõe que ela deve ser interpretada restritivamente:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção; (grifos nossos)

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. (BRASIL, 1966)

Por outro lado, quando se cuida de imunidade tributária, a forma de interpretação é diversa. A delimitação negativa da competência tributária decorre de princípios, interesses, objetivos, políticas e direitos constitucionais que demandam uma interpretação integrada e coerente. A norma de isenção é excepcional, devendo ser interpretada de modo literal, não comportando interpretação por analogia, visto que o seu alcance não pode ampliar as hipóteses em que a lei concedeu o favor fiscal. Distintamente da imunidade, que pode ter alargado o conceito, para satisfação da finalidade constitucional elencada. Nesta deve-se buscar a supremacia da Constituição. (MACHADO, 2011, p. 552).

Falando, propriamente, dos direitos fundamentais, Sarlet (2017, p. 35) pontifica que, em princípio, não há apenas os direitos fundamentais previstos no Título II da Constituição, mas outros direitos dispersos no Texto Constitucional. Seguindo o mesmo trilhar, Pontes (2004, p. 82) pontifica que em razão do caráter “dramático” da relação entre indivíduo e Estado, enquanto ente tributante, a aplicação dos direitos fundamentais possui extrema importância, máxime em razão da invasão do Estado sobre a esfera das liberdades individuais, em busca de numerário. Por isso, impõe-se o reconhecimento dos direitos fundamentais como proteção necessária contra as agressões às liberdades individuais.

A estreita relação dos direitos fundamentais com as possibilidades e os limites da tributação concedem ao *Estatuto do contribuinte* o status de liberdade ou garantia elementar da pessoa no Estado Democrático de Direito. O Supremo Tribunal Federal já pacificou seu entendimento, segundo o qual o *Estatuto do Contribuinte* (limitações ao poder de tributar, dentre as quais se enquadram algumas imunidades explícitas e outras implícitas) são direitos fundamentais, e, de conseguinte, devem ser interpretados como tal. Exemplo clássico se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 712/DF. Naquela ocasião, o Ministro Celso de Mello afirmou que os princípios tributários são uma conquista político-jurídica dos contribuintes, e se configuram como expressão dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do Estado, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder público, que se submete à imperatividade de suas restrições.

A questão que não se pode olvidar é que a imunidade, como área de “intributabilidade”, muitas vezes decorre da análise conjunta das normas que compõem o regime tributário: princípios e/ou regras, alguns de caráter fundamental, que em conjunto definem a área de aplicação da imunidade e de exclusão da competência. A atividade é complexa: a) identificar as normas envolvidas; b) verificar se o instrumento (não tributação) é adequado, suficiente e não mais do que suficiente para realizar o seu fundamento constitucional; c) identificar possíveis princípios, interesses, objetivos e regras que podem ser negativamente afetados pelo instrumento de não tributação; d) delimitar o ponto ótimo em que a imunidade, seja explícita ou implícita, alcança os seus objetivos sem prejudicar, de forma elementar, outras regras e princípios constitucionais.

Por conseguinte, é imperioso verificar as técnicas ou métodos de interpretação, para, em seguida, analisar como se deve realizar a leitura dos incentivos tributários que caracterizam o regime jurídico da Zona Franca de Manaus: ela deve se compatibilizar com a anatomia e a funcionalidade não apenas do regime tributário, como da constituição, em sua integralidade.

4. TÉCNICAS INTERPRETATIVAS E ENQUADRAMENTO DOS INCENTIVOS DA ZFM: IMUNIDADES OU ISENÇÕES?

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a Ciência do Direito tem como precípua objetivo interpretar os textos normativos e suas intenções. Para ele, “esta finalidade prática domina a tarefa interpretativa. Por isto esta se distingue de atividades semelhantes das demais ciências humanas”. (FERRAZ JR., 2012, p. 73).

Tem-se, no Direito, várias técnicas de interpretação, a saber: gramatical, lógica, sistemática, teleológica, histórico evolutiva.

Assim, o primeiro aspecto a se debruçar o intérprete, é o gramatical, para perquirir os conceitos elencados no texto normativo. Com esta técnica de interpretação, o jurista analisa uma interpretação dos vocábulos constantes naquela norma, objetivando extrair seu comando aos jurisdicionados. Segundo Ferraz Júnior (2012, p. 75), cabe ao intérprete, primeiramente, estabelecer uma *definição*. A jurídica varia entre o uso corrente da palavra para a designação do fato, e à sua designação normativa. Os dois aspectos podem ou não coincidir. O surgimento do texto, com essa estreiteza semântica, é o primeiro contato do intérprete com a mensagem feita pelo legislador e marca o início da aventura exegética. (CARVALHO, 2008, p. 182).

Não apenas, no Direito, há várias palavras com mais de uma definição possível, como outras considerações, além da semântica, se fazem necessárias, tais quais a sistematicidade, a coerência, a historicidade e a eficiência. Desta feita, para além da literalidade, devem-se utilizar outras técnicas interpretativas, sobretudo a lógica e a sistemática.

A questão é que por se tratar de um todo que se pretende coerente e integrado, a interpretação literal nem sempre se faz suficiente: a) primeiro porque, ao lançar-se mão dela, vai-se construindo um direito tópico; b) por esta razão, a interpretação literal não evita conflitos entre diferentes leis. Ferraz Júnior (2012, p. 76), diante dessa problemática, trata do método lógico, ou técnica lógica de interpretação. A incompatibilidade se distingue da contraditoriedade (dois textos são contraditórios não se podem ser afirmados, em qualquer situação, ao mesmo tempo). A contraditoriedade é um problema analítico no sentido da lógica formal, exigindo a constituição de um sistema formal, rigorosamente construído. Já a incompatibilidade é um problema analítico e empírico. A oposição entre dois textos incompatíveis não decorre apenas de sua oposição formal, mas exige uma referência a uma situação.

Por isto mesmo, a leitura do direito não pode descuidar do seu caráter sistêmico. Ela é a técnica que permite ao intérprete, de modo definitivo, extrair o sentido escorreito do texto normativo, uma vez que observa o caráter ético e epistemológico da coerência.

Sempre haverá a obrigatoriedade de o intérprete buscar o sentido do texto, cotejando-se com a Constituição, vez que, sem ela, a norma não possui qualquer significado. (GRAU, 2003, p. 40)

Quando aplicada essa técnica, devem-se captar os fins para os quais a norma é construída, conforme explicita Ferraz Júnior (2012, p. 79). Para ele, a percepção dos fins não é imanente a cada norma tomada isoladamente, mas exige uma visão ampliada da norma dentro do ordenamento. O citado autor afirma que a interpretação sistemática culmina num procedimento de participação do intérprete, na criação do direito, ao passo que na histórico-evolutiva se buscam os objetivos do legislador, perscrutando-se com as situações históricas da época, exigindo-se uma nova avaliação dos valores, comparando-os com os da realidade atual. (FERRAZ JR, 2012, p. 79).

Freitas (1995, p. 15) defende que tal método de interpretação tem como escopo analisar um conjunto de normas, para, em seguida, poder se extrair o sentido mais amplo do que está positivado nas normas, em sentido literal. Para ele, a interpretação sistemática busca o sistema jurídico em sua totalidade axiológica, lembrando, ainda, que até na tradição romano-germânica, o Direito é maior do que o conjunto das normas. A interpretação sistemática sempre será contemporânea ao Direito, não o antecedendo nem o sucedendo. Ela lhe confere vida e dinamicidade, fazendo com que o conteúdo jurídico transcenda o mero e esparsamente positivado.

Na mesma linha, Maximiliano (2011, p. 100) defende que se deve comparar a prescrição positivada com a que dela proveio, buscando-se a ligação entre regra e exceção, geral e particular. Com essa submissão, o preceito adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é mais bem compreendido.

A interpretação sistêmica, que integra regras e princípios a partir da axiologia elementar da Constituição Federal, tem-se tornado a hermenêutica que se tem realizado preferencialmente na prática jurídica brasileira. A Constituição de 1988, constituída por regras e princípios, e recepcionada pela ótica do pós-constitucionalismo, passou a ser compreendida como conjunto que empresta igual normatividade a regras e princípios, o que demanda uma sua leitura sistêmica. Não obstante, as matérias tributária e penal, por serem direitos restritivos por excelência – o primeiro da liberdade e de outros direitos fundamentais e o segundo do patrimônio – realizam-se sob o pálio da segurança jurídica. Por conseguinte, a sua prática jurídica tende a se realizar por conceitos, é o que leciona Misabel Abreu Machado Derzi no seu livro “Direito Tributário, distrito penal e tipo”, no tocante à imposição de gravame fiscal: à tributação, é necessária a igualdade entre o fato normativo e o fato real, para que se aplique o consequente normativo, na exata literalidade em que fora legalmente estabelecido.

A despeito disso, a prática do silogismo legal tem se limitado à norma que regulamenta a exação, de maneira a possibilitar ao contribuinte a previsibilidade. Nas demais situações, em que não se esteja no âmbito de delimitação da incidência tributária e do pagamento do tributo, não se tem obstado a leitura sistêmica do regime tributário constitucional, em especial quando o poder de tributar se entrelaça com direitos fundamentais, tais quais expressão, religião, profissão, locomoção, mínimo vital, e com os objetivos constitucionais, quais sejam: a superação de desigualdades regionais, o desenvolvimento sócio econômico e soberania. Em tais casos, a leitura sistêmica, a partir desses elementos normativos basilares da constituição, é fundamental para a compatibilidade do poder de tributar com a principiologia constitucional.

Diante de tais premissas, mister volver ao tema propriamente dito e perquirir sobre a questão da posição da Zona Franca de Manaus e seus incentivos. Acima, remeteu-se ao entendimento, pelo STF, de que a ZFM é uma política constitucional estratégica de desenvolvimento econômico com respaldo em objetivos constitucionais da maior relevância. É preciso melhor se esquadriñar e explorar a questão, uma vez a ZFM implica um conjunto normativo que vai da constituição a normas infraconstitucionais. Desta feita, é necessário que se afastem quaisquer dúvidas: trata-se de imunidade, em razão de sua previsão no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (limitações constitucionais ao poder de tributar) ou de uma isenção, por haver previsão no Decreto-lei nº 288/67?

Iniciando-se pelos termos, numa interpretação gramatical, tem-se que as áreas de livre comércio (ou zonas de livre comércio) são um gênero, do qual as zonas francas são espécies. Segundo Pires (2008, p. 487), “as Zonas de Livre Comércio compreendem as zonas de processamento de exportações, as lojas francas e as zonas francas, além de outras”. E continua o citado autor, afirmando que zona franca deve ser compreendida como extensão de território de um Estado e nela não possui incidência dos tributos inerentes às importações. A elas não podem ser impostas restrições, econômicas ou de outra espécie, no tocante ao ingresso de bens, caso cumprida a condição de tais produtos serem consumidos na área delimitada, e para os objetivos que ela foi criada, tendo como exemplo disso, o art. 132, do Protocolo do Código Aduaneiro do Mercosul.

Assim, vê-se, pela interpretação gramatical do termo previsto no art. 40, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a saber, área de livre comércio, que o constituinte, além de ter alçado a região ao status constitucional, deixou intimamente ligada a concessão de incentivos fiscais às empresas que ali se instalassem, para que a região pudesse prosperar e ser habitada. Até porque, como visto anteriormente, era questão de interesse nacional.

Com base nas lições de Bastos (1998, p. 183), zonas francas resultam de um “feixe normativo” que confere benefícios, sobretudo fiscais, averbando que se caracterizaria uma contradição manter, no ADCT, a Zona Franca de Manaus, e, por outro lado, interpretar que os incentivos fiscais anteriormente outorgados, sob a égide da constituição anterior, não foram abarcados pela nova ordem constitucional. O que buscou o constituinte originário de 1988 foi a manutenção de um regime diferenciado na citada área, pelo prazo de vinte e cinco anos. Até por uma interpretação literal do dispositivo do ADCT, quando alude às “suas características de área de livre comércio de exportação e importação, e de incentivos fiscais” (BASTOS, 1998, p. 183).

Compartilha do mesmo entendimento Mendes (1995, p. 90), para quem zona franca ou área de livre comércio é um determinado local, geográfica e legalmente delimitado, em que os produtos circulam livremente, sem incidência ou controle tributários, cabendo apenas a fiscalização de entradas e saídas das mercadorias destinadas à importação e à exportação.

Ives Gandra da Silva Martins (BASTOS; DA SILVA MARTINS, 1988, p. 366-367) afirma que o art. 40, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi exigência do Deputado Bernardo Cabral, relator da Assembleia Nacional Constituinte, tornando-se imutável até o vencimento, inicialmente previsto para 2013, mesmo se houver alterações na legislação federal. Para ele, havendo modificação nas normas de regência, afetaria apenas novos empreendimentos, inclusive afirmando ser inconstitucional o Decreto nº 205/91, quando da mudança do regime. Até porque, mesmo se admitisse, só poderia ser veiculado por meio de lei em sentido formal. Referido autor, em comentários ao art. 40, do ADCT, tratou a questão, em artigo espe-

cífico sobre o tema, sustentando que os benefícios fiscais estabelecidos pelo Decreto-lei nº 288/67, com esteio no art. 40, do ADCT. (MARTINS, 2011, p. 230)

Bastos (1988) também já se posicionou, afirmando que o intuito era fomentar a região, por meio da concessão de incentivos tributários e que as zonas francas se encontram em áreas menos desenvolvidas de determinado país, sobretudo por dificuldades geográficas a elas inerentes. Por esta razão, quando concedidos os beneplácitos, não podem ser retirados antes do final da sua vigência. Até porque, deve-se outorgar segurança jurídica aos empreendimentos que se instalam naquelas áreas e fazem investimentos para tanto, e, só com a contrapartida dos benefícios fiscais asseguradas por determinado período é que eles conseguem viabilizar seus negócios. Logo, esses incentivos tributários não são gratuitos, haja vista que para se investir em região desfavorável, deve-se possuir uma contraprestação, por parte do poder público, e ela deve ser previamente disciplinada em lei, mormente quanto à manutenção do prazo da concessão, para amortização dos investimentos ali realizados.

Santos (2008, p. 133) tratou sobre a matéria, em estudo específico sobre os incentivos da Zona Franca de Manaus, defendendo que o art. 4º, do Decreto-lei nº 288/67 passou a ter força constitucional, na medida em que fez parte do pacote de incentivos conferidos à Zona Franca de Manaus. Acrescente-se a isso o fato de que, por estar inserto no ADCT, e não na parte principal da Constituição, poder-se-ia argumentar que não se trataria de imunidade, mas de uma isenção. Tal argumento não merece prosperar, haja vista que as normas transitórias da Carta Maior possuem o mesmo status das demais, previstas em seu corpo propriamente dito. Bastos (1998, p. 183), inclusive, afirma categoricamente que se trata “de cláusula pétrea, fora do alcance da própria emenda constitucional, máxime quando se trate de lei ou ainda de mera medida provisória.

No mesmo diapasão, Monteiro Neto (2002, p. 91-96), afirmando a imutabilidade dos incentivos concedidos à Zona Franca de Manaus, mesmo das regras previstas no Decreto-lei nº 288/67, já que o aludido regramento foi alçado ao status constitucional, com a CF/88. Assim, as normas que diminuem a eficácia, restrinjam ou excluam benefícios anteriormente concedidos, estão maculadas de inconstitucionalidade material, por direta violação ao art. 40, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Assim, comunga-se, no presente estudo, do mesmo entendimento dos autores anteriormente citados, afirmando que os incentivos fiscais concedidos às empresas sediadas na Zona Franca de Manaus possuem como principal fundamento de validade o art. 40, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, e não apenas o Decreto-lei nº 288/67.

Ora, para se ter uma imunidade, não significa que não possa haver norma infraconstitucional versando sobre o tema. O que importa é se existe a previsão daquele benefício no texto constitucional. É até salutar que haja normas inferiores à Constituição tratando da matéria. Até porque o benefício também requer o cumprimento de alguns critérios ou de algumas condições.

Nesse passo, a existência de previsão, seja num Decreto-lei ou em outro diploma normativo não descaracteriza a imunidade. Ao revés, faz com que determinadas condições, que não precisariam ser tratadas no Texto Maior, sejam esmiuçadas. Note-se, por exemplo, o art. 14, do Código Tributário Nacional, que trata das condições para uma entidade ser considerada sem fins lucrativos. Enquanto a CF/88 concede, por exemplo, imunidade às instituições de

ensino sem fins lucrativos (art. 150, VI, “c”, da CF/88), atendidos os requisitos de lei, a norma infraconstitucional disciplina de modo mais minudente a fruição da imunidade.

O mencionado diploma infraconstitucional apenas e tão-somente foi recepcionado pela Carta Maior, e, como tal, independem os incentivos de norma para a sua fruição, haja vista ter o citado diploma anterior à constituição sido recebido pelo novo ordenamento constitucional.

Roque Antônio Carrazza (2004) ensina a questão dos incentivos fiscais e esclarece eventuais confusões entre eles e as isenções:

Não devemos confundir os *incentivos fiscais* (também chamados benefícios fiscais ou estímulos fiscais) com as *isenções tributárias*. Estas são, apenas, um dos meios de concedê-los. Os incentivos fiscais estão no campo da *extra-fiscalidade*, que, como ensina Geraldo Ataliba, é o emprego dos instrumentos tributários para fins não-fiscais, mas ordinatórios (isto é, para condicionar comportamentos de virtuais contribuintes, e não, propriamente, para abastecer de dinheiro os cofres públicos).

Por meio dos incentivos fiscais, a pessoa política tributante estimula os contribuintes a fazerem algo que a ordem jurídica considera conveniente, interessante ou oportuno (p. ex., instalar indústrias em região carente do País). Este objetivo é alcançado por intermédio da diminuição ou, até da supressão da carga tributária. Os incentivos fiscais manifestam-se sob a forma quer de *imunidade* (v.g., imunidade de ICMS às exportações de produtos industrializados), quer de *isenções tributárias* (p. ex., isenção de IPI sobre as vendas de óculos). (CARRAZZA, 2004, p. 783)

Aliás, para a maioria dos autores, sobretudo o professor Ives Gandra da Silva Martins, que foi responsável pelo auxílio informal ao relator da Constituição, todo o sistema de normas que beneficiava a Zona Franca de Manaus foi alçado a um status constitucional, não podendo sequer sofrer emendas constitucionais, haja vista que, por se tratar de imunidades, são considerados direitos fundamentais do contribuinte, e, por força do art. 60, §4º, IV, da CF/88, não podem ser abolidos (BRASIL, 1988).

5. A INTERPRETAÇÃO ACERCA DO ICMS SOBRE O FRETE NAS EXPORTAÇÕES.

Acima, estabeleceram-se as seguintes premissas: a) a Zona Franca de Manaus possui índole constitucional; b) revela-se como uma área de “intributabilidade”, que é característica da imunidade; c) por conseguinte, está sujeita a uma interpretação sistêmica, que leva em consideração integrada os princípios, regras e objetivos constitucionais, que são o seu fundamento para se delimitar o raio de aplicação; d) o raio de aplicação deve limitar-se ao suficiente para que se realize o fundamento constitucional. Com referidas bases, reúnem-se os elementos suficientes para se tratar de forma adequada o problema do presente artigo: se o preço do frete é excluído da tributação no envio de mercadorias à Zona Franca de Manaus.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento segundo o qual não incide ICMS, quando o destino final da mercadoria for o exterior. O art. 3º, II, da Lei Complementar nº 87/96, prescreve o seguinte:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...)

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;

(...) (BRASIL, 1996)

Analisando o dispositivo em comento, depreende-se que, além das mercadorias, o inciso faz alusão até aos serviços (que, no caso em relevo, é o frete). É que, como o frete integra o preço do produto, sendo seu acessório, e se o produto é imune na venda, não seria razoável tributar os acessórios, sob pena de se estar incluindo exação em parte da venda.

O Superior Tribunal de Justiça definiu que “se o transporte pago pelo exportador integra o preço do bem exportado, tributar o transporte no território nacional equivale a tributar a própria operação de exportação, o que contraria o espírito da LC 87/96 e da própria Constituição Federal” (REsp 710.260/RO, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 14.4.2008).

Seguindo o mesmo trilhar:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. EXPORTAÇÃO QUE DESTINE MERCADORIA AO EXTERIOR. NÃO INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO INTERESTADUAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “Os precedentes jurisprudenciais desta Corte Superior afirmam pela não incidência do ICMS sobre serviço de transporte interestadual de mercadorias destinadas ao exterior, pois o art. 3º, II, da LC n. 87/96 tem por finalidade a desoneração do comércio exterior como pressuposto para o desenvolvimento nacional com a diminuição das desigualdades regionais pelo primado do trabalho” (AgRg no REsp 1.301.482/MS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 16/5/13).

2. Agravo regimental não provido. (**AgRg no REsp 1292197/SC**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 10/09/2013)

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSPORTE DE MERCADORIA DESTINADA AO EXTERIOR. ISENÇÃO.

1. A orientação da Primeira Seção do STJ pacificou-se no sentido de que “o art. 3º, II da LC 87/96 dispôs que não incide ICMS sobre operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, de modo que está acobertado pela isenção tributária o transporte interestadual dessas mercadorias”, sendo que, “sob o aspecto teleológico, a finalidade da exoneração tributária é tornar o produto brasileiro mais competitivo no mercado internacional”.

Assim, “se o transporte pago pelo exportador integra o preço do bem exportado, tributar o transporte no território nacional equivale a tributar a própria operação de exportação, o que contraria o espírito da LC 87/96 e da própria Constituição Federal” (REsp 710.260/RO, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 14.4.2008).

2. Agravo Regimental não provido. (**AgRg no REsp 1379148/SC**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 16/09/2013)

Nesse cenário, segundo o STJ, quando as operações forem destinadas ao exterior, não há que se falar em incidência de ICMS no frete.

Voltando ao tema em específico, se, quando as mercadorias são exportadas “para o exterior” não incide ICMS sobre o frete, como a Zona Franca de Manaus é equiparada, para todos os efeitos fiscais, a uma exportação, também não haveria razão para sua cobrança. No caso, o fundamento do benefício tributário da Zona Franca de Manaus coincide, parcialmente, com o da desoneração tributária das exportações: tornar o produto nacional atraente no exterior, de maneira a se desenvolver a produção interna.

Na ZFM, os benefícios são voltados ao fomento da atividade produtiva na região, de forma a lhe assegurar o desenvolvimento socioeconômico. Na situação específica, o desenvolvimento socioeconômico vincula-se a dois objetivos essenciais à federação brasileira: redução das desigualdades regionais e soberania nacional. A ocupação da região, pelo Estado e pela sociedade, a criação de postos de trabalho, a inserção da região na rota internacional e nacional de consumo, a melhoria da qualidade de vida e a expansão de equipamentos urbanos decorrente da ocupação territorial e do desenvolvimento econômico são fundamentais ao federalismo cooperativo, que se pretende igualitário. A cooperação entre os entes federados implica a distribuição de riqueza para que se possa assegurar os direitos fundamentais aos brasileiros de qualquer localidade e região.

Em razão disso, mesmo se a norma infraconstitucional não trouxesse expressamente a isenção de serviços, nos quais o frete está inserido, por estar tratando de imunidade, com interpretação ampliativa, caberia ao intérprete, analisando o arcabouço normativo do Texto Maior, extrair a interpretação no sentido de que a incidência era indevida. O objetivo do constituinte, ao alçar a Zona Franca de Manaus ao status constitucional, foi fomentá-la, por meio dos incentivos fiscais, para que houvesse maior desenvolvimento, ocupação e garantia da soberania nacional, por meio da proteção das fronteiras.

É de se pontuar que a norma em alusão, que retira a incidência do frete, decorre de próprio comando constitucional, que desonera as exportações, no tocante ao ICMS. Se as operações que envolvem a Zona Franca de Manaus são equiparadas, para todos os efeitos fiscais, a uma exportação, também não deve sofrer tal incidência.

Desta feita, nos moldes em que já decidiu o STF, os benefícios fiscais, que constituem a Zona Franca de Manaus, devem ser interpretados da forma mais larga possível, de maneira a se atraírem os fatores de produção e consumo para a região e possibilitar o seu desenvolvimento, humano, sócio e econômico. Por conseguinte, deve-se considerar que o frete também está livre da tributação, conforme ocorre nas operações de exportação: as razões para a não incidência do ICMS na ZFM são mais fortes e complexas do que nas operações de exportação reais, pois envolvem objetivos cruciais à justiça de equanimidade característica da dinâmica federativa.

6. CONCLUSÃO

A Zona Franca de Manaus possui regramento constitucional, mais especificamente no art. 40, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Mesmo tendo previsão expressa no Decreto-lei nº 288/67, onde há a equiparação das operações para a ZFM a uma exportação, para todos os efeitos fiscais, a base, hoje, decorre da Constituição, e não o contrário.

Isso decorre de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico em vigor, vale dizer, juntando-se os conteúdos normativos espalhados pelo sistema jurídico que tratam da Zona Franca de Manaus, nomeadamente os seus incentivos fiscais, para perquirir qual o fundamento de inclusão dos favores fiscais concedidos às empresas que ali se instalaram.

Como se extrai dos próprios ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, bastante citado no presente trabalho, por ter sido colaborador do relator da Assembleia Nacional Constituinte, os incentivos dados às empresas da Zona Franca de Manaus possuem status constitucional, e, portanto, devem ser tratados como imunidades, e não isenções.

O traço distintivo entre imunidades e isenções, principalmente, é o veículo normativo em que é previsto o beneplácito fiscal. Quando se tratar de Constituição, fala-se em imunidade, quando se cuidar de norma infraconstitucional, conclui-se que existe o instituto da isenção.

Além disso, o segundo traço marcante, e talvez tão importante quanto o anterior, é a forma como cada um dos dois favores fiscais são interpretados. Como visto, a imunidade, por tratar de direito fundamental do contribuinte, deve ser interpretada como tal, vale dizer, de forma ampliativa, para dar máxima efetividade a tais direitos, ao passo que a isenção, por expressa determinação do Código Tributário Nacional, deve ser interpretada restritivamente.

Nesse cenário, como se valeu, aqui, dos critérios de interpretação, concluiu-se que, por uma interpretação sistemática, a Zona Franca de Manaus trata de imunidades tributárias, no concernente aos seus incentivos, devendo-se, para todos os efeitos fiscais, equiparar tais operações às exportações.

Quando se trata do ICMS incidente sobre o frete, os tribunais pátrios têm entendido que não pode haver a cobrança, quando o destino final da mercadoria é o exterior (exportação). Se a operação para Zona Franca de Manaus deve ser equiparada a uma exportação, não há falar de incidência de ICMS sobre o frete, quando houver remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cléber. Isenção para vendas para a ZFM - Finsocial e imposto sobre transportes. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v.41, 1987.

BALEEIRO, Aliomar. Isenção de impostos estaduais por lei federal-Imunidade recíproca-Sociedade de economia mista-Podêres implícitos-Companhia Siderúrgica Nacional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 61, p. 308-331, 1960.

BASTOS, Celso Ribeiro. Incentivos Fiscais - Zona Franca de Manaus. *Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo, ano 6, n. 22, jan/março de 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro; DA SILVA MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Saraiva, 1988.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996*. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp87.htm. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 288 de 28 de fevereiro de 1967*. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1967 e regula a Zona Franca de Manaus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0288.htm. Acesso em: set. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Denominado Código Tributário Nacional.

Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (1. Turma). RMS 22.192-9/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.12.96.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CORREA, Walter Barbosa. Não incidência, imunidade e isenção. Doutrinas essenciais Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo (Org). *Doutrinas essenciais Direito Tributário*: volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ELALI, André. Tributação na Zona Franca de Manaus (comemoração aos 40 anos da ZFM), coordenação de Ives Gandra Martins/Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho e Marcelo Peixoto.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRAU, Eros R. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Não incidência, imunidade e isenções no ICMS** In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo (Org). *Doutrinas essenciais Direito Tributário*: volume II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Ives Gandra; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord). Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal. In: MARTINS, Ives Gandra; RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coord). *Tributação na zona franca de Manaus (comemoração aos 40 anos da ZFM)*. São Paulo: APET/MP, 2008.

MARTINS, Ives Gandra. **Inteligência do art. 40 do adct**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo (Org). *Doutrinas essenciais Direito Tributário*: volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Frederico Pernambucano de. *Apagando o Lampião: vida e morte do rei do cangaço*. São Paulo: Global, 2018.

MENDES, Guilherme A dos Santos. *Legislação aduaneira comentada*. São Paulo: Meta, 1995.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1982.

NETO, Nelson Monteiro. COFINS e PIS - vendas de produtos nacionais para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus e estímulos fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 86, 2002.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PIRES, Adilson Rodrigues. O imposto de importação e a Zona Franca de Manaus. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes, PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.) . *Tributação na Zona Franca de Manaus (comemoração aos 40 anos da ZFM)*. São Paulo: APET/MP.

PONTES, Helenilson Cunha. O direito ao silêncio no direito tributário. In FISCHER, Octávio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

SANTOS, Fábio Pereira Garcia dos. O art. 4º do Decreto-lei nº 288/67: Natureza Jurídica da Exoneração Tributária de ICMS na Operação de Remessa de Mercadorias à Zona Franca de Manaus. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes, PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.) . *Tributação na Zona Franca de Manaus (comemoração aos 40 anos da ZFM)*. São Paulo: APET/MP

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional - uma análise na perspectiva da Constituição Federal de 1988. In: ALVIM, Eduardo Arruda, LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang, NERY JR, Nelson (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional em homenagem a Lênio Streck*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

ULHOA CANTO, Gilberto. Algumas considerações sobre a imunidade tributária dos entes públicos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 52, p. 34-41, 1958.

Recebido/Received: 05.08.2020.

Aprovado/Approved: 26.09.2020.

DESENVOLVIMENTO PELA LIBERDADE: UMA VISÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL E ECONÔMICA COMO PROMOTORAS DO DESENVOLVIMENTO

DEVELOPMENT THROUGH FREEDOM: A
VISION OF INDIVIDUAL AND ECONOMIC FREEDOM
AS PROMOTERS OF DEVELOPMENT

GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO¹
MARISA ROSSIGNOLI²

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre a liberdade como instrumento direto de alcance do desenvolvimento econômico. Apresenta análise sobre o conceito de desenvolvimento, bem como, seus conceitos correlatos. Se detém especificamente acerca da correlação da emancipação do indivíduo frente a geração de riquezas tida com a liberdade econômica individual. Ante o cenário brasileiro e mundial atual, objetiva discutir características que contribuam para a elucidação do contexto econômico como um todo, tendo em vista a comparação entre países com graus diversos de liberdade individual. Ou seja, faz uma análise entre liberdade do indivíduo e o desenvolvimento econômico e acúmulo de riquezas. O principal método empregado é o indutivo, em especial, para se alcançar uma conclusão geral com base na análise específica de cada país analisado. Além disso, utiliza-se da revisão bibliográfica e análise de dados. Como resultado verifica-se que existe uma correlação e alto grau entre o nível de desenvolvimento econômico de uma nação e o nível de liberdade do cidadão.

Palavras-chave: desenvolvimento; individualismo; liberdade econômica; direito fundamental.

ABSTRACT

This paper discusses freedom as a direct instrument for achieving economic development. It presents analysis about the concept of development, as well as its related concepts. It focuses specifically on the correlation of the emancipation of the individual in the face of wealth generation with individual economic freedom. Against the current brazilian and world scenario, it aims to discuss characteristics that contribute to the elucidation of the economic context as a whole, considering the comparison between countries with different degrees of individual freedom. In other words, it analyzes the freedom of the individual and economic development and the

- 1 Professor de Direito Econômico e Empresarial do Centro Universitário Toledo Prudente. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pelas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Doutorando em Direito pela Universidade de Marília-SP. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-6223-9146>.
- 2 Docente do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Doutora em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, Mestre em Economia pela PUC-SP e graduada em Economia pela UNESP. Delegada Municipal do Conselho Regional de Economia para a cidade de Marília -SP. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-6223-9146>.

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

DE HARO, Guilherme Prado Bohac; ROSSIGNOLI, Marisa. Desenvolvimento pela liberdade: uma visão da liberdade individual e econômica como promotoras do desenvolvimento. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 192-208, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.7761>.

accumulation of wealth. The main method employed is inductive, in particular, to reach a general conclusion based on the country-specific analysis analyzed. In addition, we use the literature review and data analysis. As a result there is a correlation and high degree between the level of economic development of a nation and the level of freedom of the citizen.

Keywords: *development; individualism; economic freedom; fundamental right.*

1. INTRODUÇÃO

Este estudo pretende contribuir com o debate teórico dos elementos que fomentam o desenvolvimento nacional e regional, em especial, o direito fundamental da liberdade, por intermédio de uma interpretação dialética que vincula a ampliação da liberdade a uma perspectiva de maior desenvolvimento.

Ater-se-á, em específico, a correlação do aumento da liberdade individual econômica e a consequente rotatividade do mercado gerada pela iniciativa privada na qual foi facultada o exercício livre da concorrência.

Para oferecer elementos que possam embasar o objeto do presente estudo, este artigo valeu-se de investigação bibliográfica, textos legais e análise de dados pertinentes ao assunto, além do estudo de caso relativo ao ranking dos países do globo elaborado considerando a liberdade como fator de desenvolvimento, apresentaram-se, por meio do raciocínio indutivo, as conclusões depreendidas da pesquisa.

Sendo assim, discute-se o conceito de desenvolvimento e questões correlatas. Em seguida, o presente estudo discute a liberdade como direito fundamental do indivíduo e, mais especificamente, sobre a liberdade econômica, partindo da hipótese de sua necessidade para a iniciativa privada atuar no mercado e auxiliar no desenvolvimento daquela região.

Posteriormente, apresentam-se as estatísticas que corroboram a presente hipótese, que a liberdade promove o desenvolvimento, utilizam-se de dados e índices que coadunam a proposição deste estudo.

Na sequência, aborda-se como as liberdades humanas e, em especial a liberdade individual econômica, amparam o desenvolvimento e influenciam na redução de medidas públicas, proporcionando uma desestatização, bem como, do fomento das instituições particulares, da iniciativa privada.

2. O DESENVOLVIMENTO E SEUS CONCEITOS CORRELATOS

O conceito de desenvolvimento é intimamente ligado a um processo gradual de um estado ou condição inferior, mais simples, para um patamar superior, mais complexo, aperfeiçoado. Usualmente, a ideia de desenvolvimento possui um espaço significativo no campo

das ciências econômicas e sociais, destacando-se, sobretudo, as noções de desenvolvimento humano e desenvolvimento econômico.

Desenvolvimento humano, segundo lição de Welzel *et al.* (2003) encontra suas raízes muito antigas na Filosofia e na Teoria Econômica, sendo objeto de estudos de pensadores como Aristóteles, Adam Smith e Karl Marx. A relevância dessa teoria alcançou seu auge nos anos 1980, com a nova perspectiva das capacidades humanas, elaborada por Amartya Sen, lhe rendendo anos depois, em 1998, o Prêmio Nobel em Economia (ANAND; SEN, 2000).

Segundo relatórios disponibilizados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2009), as noções de equidade, sustentabilidade, produtividade, empoderamento, cooperação e segurança compõem os pilares básicos do ideal de desenvolvimento humano, noções essas entendidas pelo órgão das Nações Unidas como (pp. IV-X – “Overview”):

- Equidade: a ideia de igualdade e justiça para cada indivíduo, entre homens e mulheres, em todos os aspectos do contexto humano;
- Sustentabilidade: a noção de que todos possuem o direito de obter meios de subsistência pelos quais possam garantir condições dignas de vida e acesso a uma melhor distribuição da riqueza produzida;
- Produtividade: a plena participação no processo de geração de riquezas, implicando no desenvolvimento de políticas públicas e programas sociais mais eficientes em direção a este objetivo;
- Empoderamento: a liberdade de cada indivíduo em direcionar suas vidas do modo que melhor lhes convier, com plena autonomia;
- Cooperação: a participação e o pertencimento a comunidades e grupos como meio de desenvolvimento mútuo e enriquecimento cultural;
- Segurança: o oferecimento de oportunidades de desenvolvimento de modo livre e seguro, assegurando aos indivíduos que estas não lhe serão suprimidas posteriormente.

Dentre as diversas formas de aferição do desenvolvimento humano, sobressai-se como o de maior notoriedade o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o órgão das Nações Unidas para a promoção do desenvolvimento humano e erradicação da Pobreza.

Trata-se de um índice estatístico composto por três indicadores: expectativa de vida, escolaridade média e renda per capita, utilizado para classificar países em quatro níveis de desenvolvimento, para os quais são atribuídas valores entre 0 a 1, sendo que, quanto mais próximo de 1 o valor atribuído, maior o grau de desenvolvimento daquele país (PNUD, 2009), tendo sido desenvolvido pelos economistas Mahbub ul Haq, Gustav Ranis e Meghnad Desai, nos anos 1990 e, desde então, passou a ser adotado e aperfeiçoado pela Organização das Nações Unidas (STANTON, 2007).

Relaciona-se ao conceito de desenvolvimento humano, a noção de desenvolvimento econômico, aqui entendida como o processo pelo qual uma nação progride e desenvolve-se em seus aspectos econômicos, políticos e no bem-estar de sua população, embora diversos outros entendimentos a respeito desta teoria de desenvolvimento tenham sido elaborados, especialmente após a Segunda Guerra Mundial (MANSEL; WEHN, 1998),

No campo das ciências econômicas, a teoria do desenvolvimento econômico surge como um desdobramento do próprio estudo da Economia, porém, direcionado a observar e analisar as riquezas produzidas por uma nação, ou seja, seu Produto Interno Bruto (PIB), e de como o crescimento e a expansão econômica afeta aspectos como expectativa de vida, nutrição, a educação, dentre outros indicadores socioeconômicos, gerando interpretações teóricas a respeito de como os países prosperam (SEN, 1983).

Compreende-se, por esta teoria, que o desenvolvimento de uma nação decorre, geralmente, de crescimento econômico por meio de uma maior produtividade (KUZNETS, 1966), sistemas políticos funcionais e que estejam alinhados às expectativas de seus cidadãos (SHEPSLE; BONCHEK, 2010), à extensão e garantia de direitos a todos os grupos sociais (BAYLY, 2008), e ao funcionamento das instituições e organizações que possam prover serviços públicos com maior eficiência e qualidade (BRÄUTIGAM, 2002).

Em suma, tais processos descrevem a capacidade e eficiência administrativa de um Estado, por meio das políticas de desenvolvimento econômico voltadas a uma tentativa de solução de problemas relacionados a tais assuntos (PRITCHET *et al.*, 2013).

Dentre as teorias de desenvolvimento econômico e social, na história política e econômica brasileira alcançou patamar de relevância a teoria desenvolvimentista.

Por desenvolvimentismo entende-se a noção de que o melhor caminho para o desenvolvimento de países subdesenvolvidos se dá por meio de uma forte intervenção estatal a fim de fomentar um mercado interno variado e à imposição de elevada carga tributária nas importações, no intuito de proteção à economia interna (SMITH, 1985).

Ainda de acordo com Smith (1985), o desenvolvimentismo atinge seu auge entre o pós-Guerra e os anos de 1960, tendo sido adotado como política econômica por muitos países da América Latina, da África e da Ásia, caindo em declínio na década seguinte, ante os fracassos e crises econômicas gerados por tais políticas, embora tenha sido reavivada por alguns países, como o Brasil, no governo Dilma Rousseff (2011-2016), após a crise financeira mundial em 2008.

Se para os autores desenvolvimentistas o Estado é fundamental, para outros o fracasso do desenvolvimentismo deve-se, essencialmente, à negação de autonomia e liberdade ao mercado, por criar uma economia interna altamente dirigida pelo Estado, por vezes, associada a um discurso ideológico e a ideias nacionalistas, resultando por vezes em grandes crises econômicas (EASTERLY, 2007).

Como exposto inicialmente, a ideia de desenvolvimento também ressona nos conceitos de progresso e evolução.

Quando aplicada ao contexto humano, a noção de progresso significa um movimento histórico e contínuo de uma sociedade a um patamar sempre superior e ideal, por meio de avanços em tecnologia, ciência, e na sociedade, que resultem em uma melhora das condições humanas, fortemente ligada ao conceito de modernização (APPLEBY *et al.*, 1995).

Para sociólogo Nisbet (1980, p. 4), “nos últimos três mil anos, nenhuma ideia tem tido maior importância para a Civilização Ocidental que a ideia de Progresso”, apontando ainda que a valorização do passado, a nobreza da Civilização Ocidental, o valor do crescimento econômico e tecnológico, a fé na razão e no conhecimento acadêmico e científico obtido por

ela obtido, e o que chama de importância intrínseca da vida consistem em cinco premissas “cruciais” para esta ideia, ao menos para o mundo ocidental.

O conceito de evolução também tem sido aplicado às teorias de desenvolvimento humano, gerando o que por vezes nomeia-se como evolucionismo social e economia evolucionária.

Por evolucionismo social, entende-se como o conjunto de ideias e teorias que englobam aspectos da biologia, da antropologia e da economia para asseverar que as sociedades caminham gradualmente, desde sua origem, de uma condição primitiva à civilização (CERQUEIRA, 2000, p. 13).

Economia evolucionária, por sua vez, trata-se de um ramo da ciência econômica inspirada nas teorias evolucionárias da Biologia, aplicando conceitos dessa ciência, tais como interdependência, competição, crescimento, mudanças estruturais e restrição de recursos para a construção de seu pensamento (HODGSON, 1993).

Com efeito, a economia evolucionária direciona seus esforços em estudar a economia como um fluxo de processos interdependentes, cujas interações internas geram mudanças e aprimoramentos, tal qual um organismo vivo, observando as implicações e consequências dessas alterações (WITT, 2008).

Denota-se, assim que o conceito de desenvolvimento, e as acepções a ele relacionadas, ocupa um papel central no estudo e observação das sociedades humanas, em especial na política e na economia, sendo elemento indispensável para a compreensão deste estudo. Discutida a importância e o conceito de Desenvolvimento, parte-se para a análise da Liberdade.

3. A LIBERDADE

Preliminarmente, a fim de elucidar o tema do presente artigo, necessário discorrer brevemente acerca do conceito de liberdade, igualmente denominado como um direito público subjetivo, presente na atuação tanto do Estado quanto na do cidadão.

A ideia de liberdade vem desde os primórdios, na Roma Antiga, liberdade era quase sinônimo de humanidade, uma vez, aquele que não era livre, era considerado um escravo, perfazendo mero objeto na sociedade, tal qual era a importância desse instituto. Ou seja, a capacidade de ser livre concedia ao indivíduo o “status libertatis”. Neste sentido, dispõe Jellinek:

Al membro dello Stato appartiene perciò uno status, nel qual egli è signore assoluto, una sfera libera dallo Stato, una sfera che esclude l' imperium. Questa è la sfera della libertà individuale, dello status negativo, dello status libertatis, nella quale gli scopi strettamente individuali sono adempiuti mediante la libera attività dell'individuo³. (JELLINEK, 1912, p. 97)

Depreende-se, portanto, que o conceito de homem livre tido na Roma Antiga sofreu modificações ao longo dos anos, contudo, a essência permanece a mesma. Liberdade representa

3 Ao membro do Estado compete, portanto, um status, no qual ele é senhor absoluto, uma esfera livre do Estado, uma esfera que exclui o *imperium*. Esta é a esfera da liberdade individual, do status negativo, do status *libertatis*, na qual os escopos individuais são cumpridos mediante a livre atividade do indivíduo.

a capacidade do indivíduo de agir segundo sua vontade e direito, ao passo que o Estado não pode (nem deve) interferir nessa esfera individual.

A faculdade de ser livre impede o Estado de atuar deliberadamente segundo os próprios desígnios, ou seja, em que pese aquele poder estabelecer parâmetros de comportamento, sua atividade não pode cercear a liberdade individual.

A Constituição Federal Brasileira logo no preâmbulo dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Ainda, no título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, artigo 5º da mencionada Constituição, temos que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

A Carta Magna brasileira estabeleceu, logo no início de suas preposições, a liberdade como direito fundamental. No mesmo texto de lei há inúmeras menções da expressão “liberdade”, demonstrando a aplicação de tal instituto nas mais variadas facetas da vida humana.

Assim, considerando o esposado, passa-se a discorrer sobre a Liberdade Econômica, vertente diretamente relacionada ao desenvolvimento de uma nação/região.

3.1 LIBERDADE ECONÔMICA

A ideia de liberdade econômica tem sido bastante desenvolvida com a nova onda da ordem econômica internacional que trouxe à tona, uma vez mais, os ideais liberais, atualizados ao contexto fático, denominado como “política neoliberal”. Esta pode ser entendida como uma corrente doutrinária socioeconômica que preza pela defesa das liberdades individuais em detrimento de nenhuma (ou pouca) intervenção estatal.

A respeito do ideário neoliberal⁴, Ferrer dispõe que:

O ideário neoliberal é a expressão política do processo de globalização. A partir da década de 70, um movimento ideológico vem conquistando espaço em nível mundial, o neoliberalismo. Esse modelo de orientação política e econômica, que constitui a expressão política da globalização, caracteriza-se por uma oposição ao Estado intervencionista e de Bem-Estar social. Inicialmente implementado pelo governo de Margaret Thatcher (1979) e, posteriormente por Ronald Reagan (1981), o projeto neoliberal de governo adquiriu âmbito mundial, tornando-se atualmente parte integrante do processo de mundialização do capital. (FERRER, 2001, p. 19)

4 Expressão muito criticada, em especial, por não existir uma escola neoliberal.

Ainda, nas palavras de Otávio Ianni (1997, p. 139):

O neoliberalismo é bem uma expressão da economia política da sociedade global. Forjou-se na luta contra o estadismo, o planejamento, o protecionismo, o socialismo, em defesa da economia de mercado, da liberdade econômica concebida como fundamento da liberdade política, condição de prosperidade coletiva e individual. (IANNI, 1997, p. 139)

Desta forma, com o neoliberalismo, a Liberdade Econômica é tratada como direito subjetivo do indivíduo que ao agir segundo seus preceitos, contribuiria para a própria produtividade, gerando, em consequência, maior desenvolvimento econômico coletivo.

Assim, nas palavras de Sousa acerca do Liberalismo Econômico, tem-se que:

O Liberalismo Econômico pode ser compreendido como um sistema de expansão das liberdades na medida em que determina a livre iniciativa como princípio essencial para a sobrevivência do mercado; é a partir da livre iniciativa, do livre câmbio, da divisão do trabalho e dos esforços individuais que se promove o crescimento econômico e bem-estar coletivo. É o interesse individual e a liberdade de exercício deste interesse que gera o bem-estar social, vez que há uma maximização da eficiência de cada indivíduo. (SOUSA, 2007, p. 36)

A liberdade econômica determina a discricionariedade que cada indivíduo detém para laborar, investir em si ou em um empreendimento, acumular capital e desenvolver seu negócio, resultando na rotatividade do mercado econômico que beneficia a coletividade.

Em suma, a liberdade econômica permite a pessoa exercer sua atividade sem intervenção externa (do Estado, de demasiada burocracia e regulamentações engessadas, da alta carga tributária, de um sistema jurídico entravado que arrasta a tomada de decisões em determinado contorno fático), pautado nos ditames exclusivamente do mercado, fazendo com que, ao final, todos os usuários da economia daquele local se beneficiem ao terem acesso a um produto ou serviço de qualidade, adquirido a preço razoável.

Importante observar que, em períodos de crise e recessão econômica, as ideias liberais ganham maior expressão e posicionamentos favoráveis na academia e na sociedade de uma forma geral.

Fornecedores e consumidores fazem uso da liberdade econômica que fomenta o mercado para ambos. No que tange ao consumo, haverá mais empresas fornecendo tal produto (livre concorrência) o que, conseqüentemente, aumenta a atratividade, uma vez que o fornecedor precisa cativar seu cliente. Em contrapartida, para o fornecedor, a liberdade econômica propicia maior acesso às singularidades que o fazem crescer, permitindo que ele concorra livremente com outros negócios, garantindo o lucro.

4. A CORRELAÇÃO DA LIBERDADE COM O PLENO DESENVOLVIMENTO

A *The Heritage Foundation* é uma organização americana que tem como missão: “*formulate and promote conservative public policies based on the principles of free enterprise, limited*

government, individual freedom, traditional American values, and a strong national defense”⁵. Ou seja, a referida fundação possui o escopo, basicamente, de elaboração e explanação de políticas de mercado capazes de fomentar a economia considerando a limitação do poder do Estado e o aumento da liberdade individual.

Com este objetivo a fundação *Heritage* estabeleceu pesquisa com criação de um índice que correlaciona a liberdade ao desenvolvimento.

O Índice de Liberdade Econômica, proposto pela fundação *Heritage* é pautado na observação de quatro índices que, quando analisados em conjunto, podem definir o grau de liberdade da economia de um local (país, estado) e seu índice de desenvolvimento. Os índices mencionados compreendem a) a forma como o Direito é estruturado naquela localidade; b) o balanceamento entre o acúmulo de riqueza e a carga tributária; c) o grau de intervenção estatal; e, por fim, d) o limite de abertura externa para o comércio.

De acordo com Uliano (2019), os critérios estabelecidos pela fundação *Heritage* podem ser definidos como:

- a) Estado de Direito (Império da Lei): em que examina o respeito aos Direitos de Propriedade; a Eficiência Judicial ao assegurar o cumprimento dos direitos e dos contratos; e a Integridade de Governo (observância da Constituição e das leis e ausência de corrupção);
- b) Peso do Governo: carga tributária; proporção da riqueza nacional consumida pelo Estado; e equilíbrio fiscal;
- c) Grau de Intervencionismo do Estado: liberdade para empreender, averiguando a dificuldade para abrir, operar e fechar uma empresa (a partir do número de procedimentos burocráticos exigidos, quantidade média de dias de espera e custo, seja para abrir, licenciar a operação ou encerrar um empreendimento); nível de intervenção do Estado nos contratos de trabalho, reduzindo sua liberdade; e liberdade monetária, ou seja, ausência de inflação e controle coercitivo sobre preços;
- d) Abertura comercial: Liberdade de Comércio Exterior (ausência de barreiras tarifárias e não tarifárias à importação e exportação); Liberdade de Investimento (inexistência de amarras legais para movimentar capital de um setor para outro e através das fronteiras); e Liberdade Financeira (independência do setor bancário em relação ao Estado). (ULIANO, 2019, p. 3)

Desta forma, analisa-se o resultado obtido por tal metodologia. A cidade de Hong Kong (região administrativa especial da República Popular da China) ocupa o primeiro lugar (da Ásia e geral) dos países mais livres e, conseqüentemente, desenvolvidos economicamente. Tal é sua supremacia da cidade que aquela mantém a mesma posição há dois anos, que a fundação *Heritage* destaca:

Hong Kong became a Special Administrative Region of the People’s Republic of China in 1997. Carrie Lam began a five-year term as chief executive in 2017. Under the “one country, two systems” agreement, China granted Hong Kong a high degree of autonomy in all matters except foreign and defense policy for 50 years. This policy has been strained by PRC political interference in recent years, and the Hong Kong government’s decision in 2018 to ban a

5 A missão da Heritage Foundation é formular e promover políticas públicas conservadoras baseadas nos princípios de livre iniciativa, governo limitado, liberdade individual, valores tradicionais americanos e uma forte defesa nacional. Disponível em: <https://www.heritage.org/about-heritage/mission>. Acesso em 25 de junho de 201.

pro-independence party led to protests and raised concerns about future prospects for freedom of speech and association in the SAR. Despite the political unrest, Hong Kong's open and market-driven economy continues to flourish, increasingly integrated with the mainland through trade, tourism, and financial links.⁶

Ou seja, considerando a exposição acima, verifica-se que no momento que Hong Kong adquiriu maior liberdade (caracterizada pela autonomia do governo) a cidade floresceu economicamente, garantindo seu primeiro lugar no ranking.

Entre os países que detém os melhores rankings, no que tange ao grau de maior liberdade e prosperidade econômica, nos quais os graus de classificação oscilam de 80 a 100 (sendo 100 um estado totalmente livre e desenvolvido), seis países ocupavam o topo em 2018, encaixando-se na categoria "free", quais sejam:

Tabela 1 - Índice de Liberdade Econômica 2018 – "fundação Heritage"

Rank	País	Pontuação	Mudança
1	Hong Kong	90,2	0,0
2	Singapura	89,4	+0,6
3	Nova Zelândia	84,2	+0,2
4	Suíça	81,9	+0,2
5	Austrália	80,9	0,0
6	Irlanda	80,5	+0,1

Fonte: Elaboração Própria a partir de <https://www.heritage.org/index/ranking>

Em 2019, o ranking mudou e a liberdade econômica operada em mais quatro países tornou possível seu enquadramento na lista das regiões com maior liberdade econômica e, consequentemente, maior desenvolvimento, sendo eles:

Tabela 2 - Índice de Liberdade Econômica 2019 – "fundação Heritage"

Rank	País	Pontuação	Mudança
1	Hong Kong	90,2	0,0
2	Singapura	89,4	+0,0
3	Nova Zelândia	84,4	+0,2

6 Hong Kong tornou-se uma Região Administrativa Especial da República Popular da China em 1997. Carrie Lam iniciou um mandato de cinco anos como diretora executiva em 2017. Sob o acordo "one country, two systems", a China concedeu a Hong Kong um alto grau de autonomia em todos os assuntos, exceto política externa e de defesa por 50 anos. Esta política tem sido prejudicada pela interferência política da RPC nos últimos anos, e a decisão do governo de Hong Kong em 2018 de banir um partido pró-independência levou a protestos e levantou preocupações sobre as perspectivas futuras de liberdade de expressão e associação na RAE. Apesar da agitação política, a economia aberta e voltada para o mercado de Hong Kong continua a florescer, cada vez mais integrada com o continente por meio de comércio, turismo e ligações financeiras. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/country/hongkong>. Acesso em 26 de junho de 2019, às 08h13min.

4	Suíça	81,9	+0,0
5	Austrália	80,9	0,0
6	Irlanda	80,5	+0,1
7	Reino Unido	89,4	--
8	Canadá	84,4	--
9	Emirados Arábes	81,9	--
10	Taiwan	80,9	--

Fonte: Elaboração Própria a partir de <https://aleconomico.org.br/ranking-de-liberdade-economica-2019>

Em contrapartida, há países que ocupam, continuamente, os últimos lugares, com pontuações variáveis de 49.9 a 40, caracterizados como “repressed”, são eles:

Tabela 3 - Índice de Liberdade Econômica 2019 – piores países - “fundação Heritage”

Rank	País	Pontuação	Mudança
170	Equador	46,9	-1,6
171	Argélia	44,2	-3,9
172	Timor Leste	44,2	-3,9
173	Bolívia	42,3	-1,8
174	Guiné Equatorial	41,0	-1,0
175	Zimbábue	40,4	-3,6
176	República do Congo	39,7	-0,8
177	Eritreia	38,9	-2,8
178	Cuba	27,8	-4,1
179	Venezuela	25,9	0,7
180	Coreia do Norte	5,9	+0,1

Fonte: Elaboração Própria a partir de <https://www.heritage.org/index/ranking>

Verifica-se que dos países acima elencados, que ocupam as últimas colocações no ranking de liberdade econômica são, ainda, países pouco desenvolvidos economicamente, com baixa qualidade de vida e renda per capita. Por este ângulo, destaca-se também que países listados como a Venezuela, Coreia do Norte, Cuba e Bolívia ainda são internacionalmente conhecidos por seus governos totalitários e centralizados.

Ou seja, a liberdade econômica é cerceada pelos governos que detém alto controle da sociedade impossibilitando o desenvolvimento pleno de tais regiões (muitas delas com recursos naturais abastados que contribuiriam para o crescimento interno e negociações externas).

Os demais países do globo são classificados como Mostly Free (79.9 a 70), Moderately Free (69.9 a 60), Mostly Unfree (59.9 a 50) e, por fim, Not Ranked. O Brasil, atualmente, encontra-se categorizado como “Mostly Unfree”, com pontuação de 51.9. Dispõe a referida fundação acerca do Brasil:

Brazil's economic freedom score is 51.9, making its economy the 150th freest in the 2019 Index. Its overall score has increased by 0.5 point, with improvements in labor freedom and government spending outpacing declines in judicial effectiveness and government integrity. Brazil is ranked 27th among 32 countries in the Americas region, and its overall score is below the regional and world averages.⁷

Depreende-se, portanto, que o Brasil não ocupa boa colocação no ranking mundial, sendo ultrapassado por 149 países. O governo brasileiro centralizado, com carga tributária e burocrática excessiva prejudica a liberdade econômica da iniciativa privada, tendo como consequência a quase paralisação (diga-se, crescimento irrisório) da economia.

Segundo esta análise, o Brasil deveria abrir espaço para que a iniciativa privada (as empresas e empresários brasileiros) possa atuar de forma a cancelar as oportunidades, acarretando pleno desenvolvimento econômico, pautado na liberdade de escolha. Apesar deste trabalho não a discutir, nem no que se refere ao texto, nem nos possíveis resultados a serem alcançados, a Lei da Liberdade econômica, recentemente aprovada, tem como defesa declarada pelo Poder Executivo justamente o exposto acima.

Os investimentos estrangeiros devem ser incentivados (e não dificultados) uma vez que representam a óbvia injeção de capital no país, principalmente os investimentos diretos, aqueles que são aplicados diretamente na atividade produtiva. No mesmo sentido, os gastos com o governo têm de ser diminuídos. Por fim, a desburocratização e a diminuição das taxas de juros permitirão ao país crescer em sua plena capacidade.

Os juros já têm sido reduzidos aos níveis mais baixos que o país teve, mas a política fiscal, insegurança jurídica e burocracia ainda são elementos que dificultam os investimentos estrangeiros.

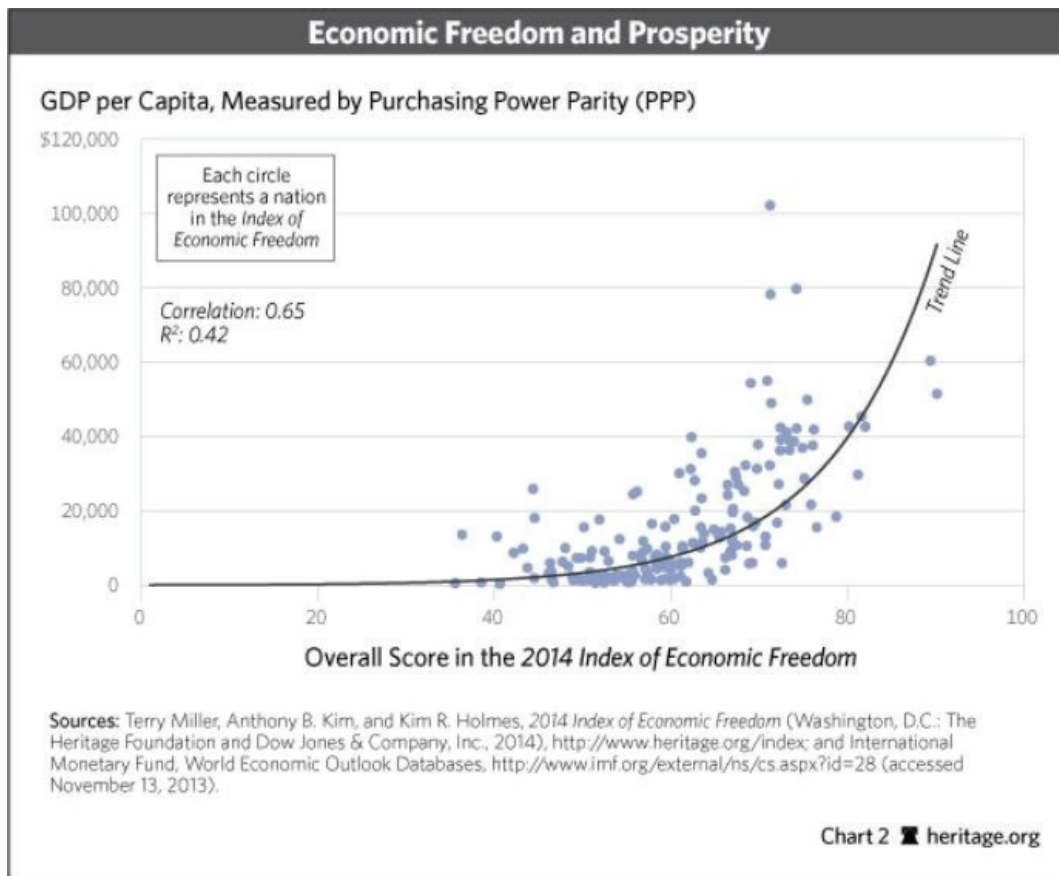
Conforme exposto, o Brasil detém a pontuação de 51.9, índice inferior à média global e a média das Américas que foi de 59,6 e a média de pontuação geral que foi de 60,8 (Ranking de Liberdade Econômica, 2019).

Para corroborar com o já apresentado, apresenta-se a correlação entre liberdade econômica e GDP per capita⁸.

7 A pontuação de liberdade econômica do Brasil é de 51,9, tornando sua economia a 150ª mais livre no Índice de 2019. Sua pontuação geral aumentou em 0,5 ponto, com melhorias na liberdade de trabalho e gastos governamentais superando as quedas na eficácia judicial e na integridade do governo. O Brasil ocupa o 27º lugar entre os 32 países da região das Américas, e sua pontuação geral está abaixo das médias regional e mundial. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/country/brazil>. Acesso em 26 de junho de 2019, às 07h59min.

8 Nos dados apresentados utiliza-se o conceito de GDP - *Gross Domestic Product per capita*, correspondente ao PIB per capita.

Gráfico 1 - Liberdade Econômica e GDP per capita



Fonte: Investidor Nacional, 2019.

Considerando o gráfico apresentado, depreende-se que há evidente coligação entre o alto índice de liberdade econômica com o crescimento do PIB (Produto Interno Bruto), que mede o crescimento econômico. Com efeito, o aumento do índice do PIB demonstra que a economia daquela região está em expansão, promovendo o acúmulo de riquezas.

Desta forma, subtende-se que regiões com maior liberdade econômica, automaticamente, terão mais renda para investir no país e na qualidade de vida de seus habitantes, garantindo maior fluxo econômico capaz de corroborar com a ampliação do desenvolvimento local. Sendo ainda necessário que o crescimento do PIB reverta-se em melhoria das condições de vida para toda a população.

Apresentados os índices, gráficos e demonstrativos que correlacionam a liberdade econômica com o desenvolvimento, passa-se a discorrer acerca dessa particular relação.

5. DESENVOLVIMENTO PELA LIBERDADE

A liberdade, conforme delineado anteriormente, é um dos direitos fundamentais do ser humano (desde os primórdios) em razão do fato de que a liberdade enseja a existência dos demais direitos.

Os postulados da Fisiocracia, ao acatar as determinações liberais, tornou-se a primeira escola econômica a disseminar a liberdade econômica, neste passo, tida como liberdade de empreendimento, de concorrência e da livre iniciativa.

Sousa (2007, p. 33) disserta sobre a Fisiocracia e seu pioneirismo ao tratar da liberdade e do individualismo como impulsionadores do desenvolvimento, nas palavras dela:

Os fisiocratas, cidadãos franceses liderados por François Quesnay, depreenderam estudos acerca da vida econômica da época (entre 1756 e 1778). A crítica consubstanciada em seu pensamento (e da Fisiocracia) se sustentava principalmente em razão da pesada carga tributária que se lançava contra a classe camponesa e dos regulamentos que impediam o escoamento e a circulação de produtos agrícolas, tanto para a exportação como internamente (portanto restringiam a liberdade de empreendimento e do mercado). (...) Ao mesmo tempo em que sugeriam uma posição liberal do Estado, os fisiocratas centralizavam a ideia de opulência econômica na produção agrícola, pois acreditavam que apenas a agricultura produzia bens suficientes para expansão da riqueza. (...) Para os fisiocratas, o “excesso sobre a subsistência” deveria ser comercializado pois enquanto todos produzissem apenas o necessário para sobreviver, haveria uma pobreza homogênea; portanto, devem realizar trocas aqueles que possuíam produtos supérfluos, e é este excesso de produção agrícola que impulsiona o comércio e a estabilidade governamental.

O ideal fisiocrata demonstrava que enquanto os indivíduos continuassem a agir segundo os preceitos antes estabelecidos pelo Estado e pela sociedade, não haveria desenvolvimento. Desta forma, passou a discorrer sobre a correlação entre desenvolvimento e liberdade, ou melhor, a observar que o aumento progressivo da liberdade individual (que dá vasão a escolhas) gera desenvolvimento. Anos depois, tal correlação também fora notada pelo legislativo brasileiro que, segundo Santiago:

No afã de alcançar e garantir o desenvolvimento econômico, o Constituinte de 1988 inseriu, no inciso IV, do art. 1º, e no caput, do art. 170, a livre iniciativa, ao mesmo tempo fundamento da República e princípio basilar da ordem econômica e financeira, tanto no seu aspecto econômico, como também na liberdade de desenvolvimentos das empresas. (SANTIAGO, 2017, p. 102)

Subentende-se que a ampliação da liberdade favorecerá o alcance das metas individuais e da sociedade porque permitirá ao ser humano escolher conforme sua deliberação, sem conceber caminhos previamente traçados por um instituto, como por exemplo, o Estado.

A ausência de liberdade faz com que os indivíduos tenham suas ações pré-determinadas, ou seja, o empreendedorismo não pode inovar e acabam apresentando a mesma qualidade de serviço, assim, com a baixa oferta (ou larga oferta de serviços semelhantes), a concorrência não é gerada, o mercado não é incentivado e, conseqüentemente, há pouco (ou nenhum) desenvolvimento econômico.

Privar a liberdade é limitar o indivíduo, impedindo a causa do desenvolvimento. Sen (2000, p. 21/23) desenvolveu a tese de que a promoção da liberdade individual é fator preponderante ao desenvolvimento, assim, nas suas palavras, “*ser genericamente contra os mercados seria quase tão estapafúrdio quanto ser genericamente contra a conversa entre as pessoas*”.

Ainda nas palavras de Sen, destaca-se que:

Sob um regime ditatorial, as pessoas não precisam pensar – não precisam escolher – não precisam tomar decisões ou dar seu consentimento. Tudo o que precisam fazer é obedecer. [...] Em contraste, a democracia não pode sobreviver sem virtude cívica. O desafio político para os povos de todo mundo atualmente não é apenas substituir regimes autoritários por democráticos. É, além disso, fazer a democracia funcionar para as pessoas comuns. (SEN, 2000, p. 183)

Entende-se aqui que a liberdade econômica trará o crescimento econômico. Ferrer (2001, p. 24) apresenta a visão liberal que a desestatização, com consequente maior liberdade ao indivíduo, influencia positivamente no cenário econômico e do direito, garantindo um desenvolvimento mais acelerado:

Desse modo, um dos principais componentes do ideário neoliberal é a desestatização da economia, pois, sem a regulamentação do poder estatal, o mercado mantém a ordem natural do sistema. Essa determinação de desregulamentação não se manifesta apenas no plano econômico, mas também no mundo do trabalho com a flexibilização das relações trabalhistas, o que significa uma oposição ao protecionismo estatal, nas questões trabalhistas. Segundo o ideário neoliberal, a livre negociação entre patrões e empregadores traria benefícios não somente aos trabalhadores, pois teriam maior liberdade de escolha, mas, principalmente, ao processo de reprodução e acumulação do capital, que teria maior liberdade nas relações contratuais. Segundo os postulados do programa neoliberal, a solução seria a minimização do Estado, ou seja, diminuir sua intervenção no mercado, para que este se auto-regule, como também a diminuição dos gastos públicos com o setor social, transferindo essa responsabilidade à iniciativa privada. Tais medidas, juntamente com reformas fiscais e estabilização monetária, trariam as condições necessárias para um efetivo crescimento econômico. (FERRER, 2001, p. 24)

Desta forma, no pensamento liberal, a atuação do Estado não deveria estar voltada para a regulação da atividade privada, restringindo-a e, conseqüentemente, talhando o crescimento econômico do local. Mas sim, a atividade estatal deve ensejar a elaboração de políticas públicas que influenciam diretamente na construção e aumento das liberdades pessoais.

Ou seja, as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado além de gerar impacto sobre a renda pessoal do indivíduo, devem, igualmente, promover a liberdade pessoal, por intermédio de serviços sociais que capacitem o ser humano a adentrar e contribuir para o mercado.

Dito isso, percebe-se que a atuação do Estado não deve ser absolutamente freada, por outro lado, deve ser voltada, concomitantemente, as políticas de crescimento e de ampliação das capacidades individuais (PINHEIRO, 2012, p. 35).

Ainda, no que tange a liberdade, é meritório o quanto tal direito influencia na desenvoltura do empreendedorismo e na busca por inovação. Uma sociedade mais aberta, pautada na ausência de forte intervenção do Estado, bem como, promotora das liberdades individuais propicia o progresso tecnológico (e, conseqüentemente) econômico. A busca por inovações sempre foi objeto da vontade humana (cita-se, à exemplo, a invenção da roda, do motor elétrico, da lâmpada, do computador), uma vez que, desde os primórdios, o homem desenvolve novas técnicas e instrumentos para facilitar a própria vida.

Em suma, a carga da inovação tecnológica não deve ser direcionada ao Estado, mas, conforme esposada, entregue aos indivíduos praticantes da iniciativa privada para desenvolverem a si e suas empresas. Há dois anos, estimou-se que 700 (setecentos) laboratórios de pesquisa científico-tecnológicas seriam de propriedade e responsabilidade do Estado, que insiste em fornecer serviços dos quais a iniciativa privada seria plenamente capaz de oferecer (CEDRO TECHNOLOGIES, 2017).

A privatização dos serviços acima mencionados (de pesquisa científico-tecnológicas) aboliria os subsídios ofertados pelo Estado a grandes indústrias (como a de petróleo e a aeroespacial). Desta forma, sem as restrições estatais (como orçamento limitado, processo moroso e burocrático de compra, regras de serviço civil) as empresas conseguiriam dar vazão a própria criatividade, alcançando o mercado tecnológico e operando segundo as regras de competitividade do mercado.

Hong Kong e Nova Zelândia são exemplos de liberdade econômica. Mctigue (2018) apresenta os dados da Nova Zelândia para mostrar como a ausência de liberdade econômica foi nociva ao país na década de 80.

Os países do globo devem buscar não somente as melhores condições de mercado da sua sociedade, mas também, a inserção dentro da competitividade mundial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, infere-se que, independente das teorias e classificações acerca da liberdade, esta, quando permitida e incentivada aos indivíduos de uma sociedade, promove o desenvolvimento coletivo. Em termos gerais, a liberdade se conecta e incentiva a atuação individual que atinge o nível coletivo.

Desta forma, a cessação ou cerceamento da liberdade é prejudicial para um indivíduo (que terá seu direito tolhido) e para a sociedade, que não colherá os benefícios do desenvolvimento econômico e da qualidade de vida propiciados pela livre concorrência e iniciativa que se dão graças a liberdade de operação.

Para isso, o indivíduo deverá ser livre para operar segundo seu próprio benefício e de sua empresa, o exercício da atividade estatal, nestes casos, deve ser mínimo, havendo quase nenhuma ingerência do Estado nas atividades individuais (como, por exemplo, a baixa regulamentação, a desburocratização, a diminuição do encargo tributário, a adoção de medidas públicas de capacitação).

De todo modo, destaca-se que desestatização não impende (ou culmina) na eliminação do Estado, mas sim, na regulação mínima das atividades particulares, permitindo a livre concorrência e atuação da iniciativa privada como propulsor do desenvolvimento econômico.

Verificou-se que há alto índice de correlação entre liberdade e desenvolvimento, uma vez que conforme gráficos, estudos e rankings realizados, a promoção da liberdade individual e econômica proporciona maior desenvolvimento para a região livre, em contrapartida, aqueles

que tem sua liberdade cerceada estagnam no crescimento econômico e, ainda, apresentam decadência em índices econômicos e sociais.

Ressalta-se, ainda, que, diferente do que se costuma crer, a sobreposição dos interesses particulares, hodiernamente, favorece o bem-estar coletivo, porque os empreendedores ao se debruçarem no próprio crescimento acabam, por consequência, melhorando as condições de mercado ao promover maior qualidade de serviço e produtos, que contribuem para o bem-estar da sociedade.

Depreende-se, portanto, de todo o exposto que a liberdade é propulsora da promoção de novas tecnologias, do empreendedorismo, da inserção no mercado mundial, da atualização de negócios e meios, da acumulação de riquezas, da diminuição da pobreza, da geração de empregos, culminando no desenvolvimento pleno de uma nação.

REFERÊNCIAS

- APPLEBY, Joyce; HUNT, Lynn; JACOB, Margaret. *Telling the truth about history*. W.W. Norton editions, 1995.
- BAYLY, Christopher Alan. *Indigenous and colonial origins of comparative economic development: the case of colonial India and Africa*. Policy Research Working Paper. The World Bank, 2008.
- BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.
- BRÄUTIGAM, Deborah. Building leviathan: revenue, state capacity and governance. *IDS Bulletin*, v. 33, n. 3, 2002.
- CEDRO TECHNOLOGIES, 2017. Disponível em: <https://www.cedrotech.com/>. Acesso em: 30 out. 2019.
- CERQUEIRA, Hugo Eduardo da Gama. *A economia evolucionista: um capítulo sistêmico da teoria econômica?* 2000. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20150.pdf>.
- EASTERLY, William. *The ideology of development*. *Foreign Policy*. 2007.
- FERRER, Walquiria Martinez Heinrich. A Origem do Processo de Mundialização do Capital Financeiro. *Argumentum Revista de Direito*, v. 1, 2001.
- THE HERITAGE FOUNDATION. *Building an America where freedom, opportunity, prosperity, and civil society flourish*. Disponível em: <https://www.heritage.org/>.
- HODGSON, Geoffrey M. *Economics and evolution: bringing life back into economics*. Cambridge and University of Michigan Press, 1993.
- HUNT, Emery Kay. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. 2. ed. Tradução de José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: campus Elsevier, 2005.
- IANNI, Otávio. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- INVESTIDOR INTERNACIONAL. Disponível em: <https://www.investidorinternacional.com/2014/12/25/liberdade-economica-e-prosperidade>. Acesso em: 30 out. 2019.
- JELLINEK, Georg. *Sistema Dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.
- KUZNETS, Simon. *Modern economic growth: rate, structure and spread*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1966.
- MANSELL, Robin; WEHN, Uta. *Knowledge societies: information technology for sustainable development*. New York: Oxford University Press, 1998.

MCTIGUE, Maurice. *Como a Nova Zelândia reduziu o estado, enriqueceu e virou a terceira economia mais livre do mundo*. Mises Brasil, out. 2018. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2260>. Acesso em: 29 jun. 2019.

NISBET, Robert. *History of the idea of progress*. New York: Basic Books, 1980.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *As Liberdades Humanas como bases do Desenvolvimento: uma Análise Conceitual da Abordagem das Capacidades Humanas de Amartya Sen*. Rio de Janeiro: IPEA, 2012.

PNUD. *Human development. Human development reports*. Organização das Nações Unidas. 2009.

PRITCHETT, Lant; WOOLCOCK, Michael; ANDREWS, Matt. Looking like a state: techniques of persistent failure in state capability for implementation. *The Journal of Development Studies*, 2013.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Função Social e Solidária da Empresa: Impactos na Liberdade Econômica Versus Benefícios no Desenvolvimento Nacional. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 47, , 2017.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. *Development: which way now?* Economic Journal, 1983.

SHEPSLE, Kenneth; BONCHEK, Mark. *Analyzing politics*. 2.ed. Norton, 2010.

SMITH, Tony. Requiem or new agenda for third world studies? *World Politics*, v. 37. n. 4. 1995.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Direito e Desenvolvimento: uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e capacitação*. Florianópolis : Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

STANTON, Elizabeth. *The human development index: a history*. Peri Working Papers, 2007.

ULIANO, André Borges. *15 gráficos que mostram por que a Liberdade Econômica importa*. Gazeta do Povo. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/por-que-a-liberdade-economica-importa/>.

WITT, Ulrich. *The new palgrave dictionary of economics*. 2. ed. 2008. v.3 .

WELZEL, Christian; INGLEHART, Ronald; KLIKEMANN, Hans Dieter. *The theory of human development: A cross-cultural analysis*. European Journal of Political Research. 42. ed. 2003 .

Recebido/Received: 23.03.2020.

Aprovado/Approved: 06.05.2021.

A UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.648/CE

THE USE OF THE PRINCIPLES BY THE SUPREME FEDERAL COURT: AN ANALYSIS OF THE EXTRAORDINARY APPEAL N. 635.648/CE

JOSÉ ALBENES BEZERRA JÚNIOR¹
LUCAS DE OLIVEIRA BANDEIRA²

RESUMO

O presente artigo tem como problema analisar a utilização dos princípios pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário n.635.684/CE. O primeiro capítulo se propõe a analisar os conceitos de princípios e regras. O capítulo seguinte, a delinear o objeto de análise do referido recurso extraordinário. Por fim, analisar as bases e parâmetros de utilização dos princípios pelo STF. A metodologia é documental/bibliográfica.

Palavras-chave: princípios; regras; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present article has the problem to analyze the use of the principles by the Supreme Federal Court in the judgment of extraordinary appeal n.635.684/CE. The first chapter proposes to analyze the concepts of principles and rules. The next chapter, to outline the object of analysis of said extraordinary resource. Finally, analyze the bases and parameters of use of the principles by the STF. The methodology is documentary/ bibliographic.

Keywords: principles; rules; Federal Court of Justice.

1 Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza, UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN. Doutor em Direito pela Universidade de Brasília, UnB. Professor adjunto da Universidade Federal Rural do Semiárido, UFRSA, Mossoró, Rio Grande do Norte. Coordenador do Grupo de Estudos em Conflito e Acesso à Justiça, GECAJ, UFRSA/CNPq.

2 Graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido, UFRSA.

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

BEZERRA JÚNIOR, José Albenes; BANDEIRA, Lucas de Oliveira. A utilização dos princípios pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise do Recurso Extraordinário n. 635.648/CE. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 209-225, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.7893>.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a fazer uma análise da utilização dos princípios pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.648/CE. A escolha do recurso não guarda nenhuma relação com a análise do caso em si, ou seja, com as razões que ensejaram a judicialização do caso, mas sim com o intuito de observar as constantes invocações de princípios ao longo do julgado. Contudo, alguns elementos do caso serão levantados para melhor elucidação do problema apresentado.

No primeiro capítulo, é feito uma análise das definições e distinções acerca dos princípios e das regras. Para isso, são feitos apontamentos acerca da força normativa dos princípios. A metodologia bibliográfica se utiliza da literatura de autores que dialogam com o assunto, a exemplo de Marcelo Neves, Humberto Ávila, Lênio Streck e José Joaquim Gomes Canotilho.

No segundo capítulo, é feito um delineamento do Recurso Extraordinário n. 635.684/CE. O caso escolhido para análise chegou ao Supremo Tribunal Federal sob a discussão de (in) constitucionalidade do disposto no inciso III, do artigo 9º, da Lei 8.745/93, que trata da contratação de pessoal pela Administração Pública por tempo determinado em razão da necessidade temporária. A metodologia, além de bibliográfica, se utiliza do documento, do julgado em questão para balizar as análises do atual e do capítulo seguinte.

No terceiro e último capítulo, é feito um levantamento dos trechos ou passagens dos votos dos ministros em que se invocam os princípios. O intuito é observar como o Supremo Tribunal Federal, nesse caso concreto, utiliza os princípios, bem como os contextualiza no caso concreto.

2. UMA ANÁLISE ACERCA DOS PRINCÍPIOS: DEFINIÇÕES E DISTINÇÕES

As definições acerca dos princípios são as mais diversas. Sendo assim, é fundamental um levantamento no sentido de encontrar e adotar uma delimitação entre as principais definições acerca dos princípios. Além disso, a distinção entre princípios, normas e regras se faz necessária.

Em um primeiro momento, cabe fazer uma definição acerca da norma. Kelsen (2008), define norma como um ato interpretativo que dá significação jurídica a um determinado ato ou texto. Ávila (2016, p. 50) afirma que normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos.

Isto implica em dizer que a atividade do intérprete não significa um mero trabalho descritivo do significado de um texto pois “sua atividade consiste em constituir esses significados. Em razão disso, também não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo aplicação” (ÁVILA, 2018, p. 52).

Interpretar é extrair o significado das palavras (OLIVEIRA, 2015, p. 18), não se resumindo a um processo de construção, mas de reconstrução, “já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso” (ÁVILA, 2018, p. 52). Pode-se concluir, de início, que a qualificação de norma ou princípio dependerá de um prévio processo de interpretação, sendo impossível, nas palavras de Kelsen (2008, p. 396), pensar que “uma norma jurídica apenas permite, e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação correta”.

Quanto aos princípios, Canotilho e Moreira (1991, p. 49) entendem que princípios são núcleos de condensação nos quais confluem bens e valores constitucionais que irradiam tais valores para os sistemas de normas e servem de fundamento para aplicação das demais normas.

Silva (2014, p. 93) afirma que a palavra “princípio” é equívoca, porém, aduz que, no sentido constitucional, bem como o escrito no Título I da Constituição Federal de 1988, princípio exprime a noção de “mandamento nuclear do sistema”. Ele acompanha Canotilho, inserindo os princípios nessa posição de expressão do ordenamento constitucional, e que, a partir de sua positivação, transformam-se em normas-princípios (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 49).

Humberto Ávila define princípios como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade” (ÁVILA, 2016, p. 2016), que não determinam, inicialmente, um comportamento, mas que indicam um estado de coisas que alinhariam determinados comportamentos a realização desta finalidade.

2.1 ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Segundo Silva (2011, p. 45), o principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Para o autor, levando-se em conta todas as exceções previstas no ordenamento e verificada a impertinência destas, quando uma norma possui a estrutura de regra, o direito é definitivo e deve ser realizado em sua integralidade, enquanto que os princípios, por serem mandamentos de otimização (ALEXY, 2008), não carecem de realização máxima, podendo ser cumpridos em diversos graus, dependendo das condições fáticas e jurídicas.

Fazer uma distinção em termos de estrutura, principalmente quando se cinde os conceitos sob uma diferenciação formal-enunciativa (STRECK, 2017), onde se analisa o enunciado textual e o que ele expressa (*a priori*), é contrariar o que já foi entendido anteriormente, ou seja, que os princípios e regras são normas e, como tais, só surgem a partir de um processo de interpretação de texto normativo, e não antes.

De outro modo, entender a distinção nestes termos, seria atribuir às regras, em termos semânticos, uma adjetivação de enunciado “fechado”, e aos princípios uma textura aberta, dando maior margem ao intérprete, que faz com que, para Streck (2017, p. 599), “o problema semântico da regra – ambiguidade e vagueza – seja transferido também para os princípios”, o que seria equivocado, pois faria com que os princípios se tornassem “responsáveis por um problema, do qual eles são a solução”. Nestes termos, Streck então defende que

[...] o princípio recupera o mundo prático, o mundo vivido, as formas de vida (Wittgenstein). O princípio ‘cotidianiza’ a regra. ‘Devolve’, pois, a espessura ao ôntico da regra. É ‘pura’ significatividade e desabstratização. [...] é a regra que abre a interpretação, exatamente em razão de sua perspectiva universalizante (pretende abarcar todos os casos e, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade princiológica) (STRECK, 2017, p. 600).

Streck acrescenta que, embora possa existir a “grafia de princípio”, a qualidade de princípio vai além da mera escrituração. Por exemplo, o Princípio da Igualdade não é chamado assim apenas por estar descrito desta forma no *caput* do artigo 5º, “mas ele mesmo transcende o texto constitucional para tomar forma no mundo prático” (STRECK, 2017, p. 618).

Humberto Ávila, neste caminho, nega uma distinção puramente estrutural dos princípios e regras, e admite a existência sincrônica destas espécies normativas no mesmo dispositivo.

Analisar-se o dispositivo constitucional segundo o qual todos devem ser tratados igualmente. É plausível aplicá-lo como regra, como princípio e como postulado. Como *regra*, porque proíbe a criação ou aumento de tributos que não sejam iguais para todos os contribuintes. Como *princípio*, porque estabelece como devida a realização do valor igualdade. E como postulado, porque estabelece um dever jurídico de comparação a ser seguido na interpretação e aplicação (ÁVILA, 2016, p. 92)

Dentre outros critérios, Ávila aponta que regras e princípios diferenciam-se quanto ao modo como contribuem para a decisão. Enquanto as regras “são preliminarmente decisivas e abarcantes”, e que geram uma solução específica para o conflito, os princípios “consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais” (ÁVILA, 2018, p.100), uma vez que não têm a pretensão de fornecer uma solução específica, mas de apenas cooperar, com outras razões, para a tomada de decisão.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade [...] os princípios são normas imediatamente finalística, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2016, p. 102).

Apresentando raciocínio semelhante, Marcelo Neves aduz um conceito que guia a aplicação do direito. Afirma que “os princípios são razões mediatas de decisões de questões jurídicas” (NEVES, 2014, p. 84), de forma que entre o princípio e a questão concreta sempre haverá uma regra, seja mediante atividade legislativa ou construção jurisprudencial. Aparentemente, Neves introduz um meio-termo entre as duas conceituações apresentadas, alegando o autor uma diferença com “significado funcional-estrutural”.

Portanto, a partir das relevantes opiniões doutrinárias colacionadas e reconhecendo a natureza normativa indeterminada dos princípios, é possível compreender que nestes, diferente das regras, não se aplica a subsunção, não sendo normas de aplicação imediata a casos concretos. São normas imediatamente finalísticas, prospectivas e com pretensão de complementariedade. E não se entende que uma distinção entre princípios e regras possa ser delimitada sob critérios puramente estruturais ou puramente funcionais:

Em suma, o efeito prático da distinção qualitativa é o de regularizar os princípios e principializar as regras, ficando demonstrado que as características estruturais e funcionais supostamente observadas apenas nos princípios podem também ser encontradas nas regras e vice-versa (VALE, 2006, p. 122).

Compreende-se que, criada a norma a partir da interpretação, e gerado um princípio, este, embora de suma importância para a sistematização do sistema jurídico, tem que passar por um criterioso exame de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os comportamentos que tem como efeito o cumprimento ou não da finalidade exigida (ÁVILA, 2018). Carecem os princípios de previsões normativas sólidas sob pena de configurar objeto de manipulação e uso retórico (LOPES, 2015).

2.2 A FORÇA NORMATIVA E O MODO DE ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS

Nos casos concretos, interpretados à luz dos princípios, estes, ao passarem certo grau de indefinição, precisam ser aplacados, como uma forma de se alcançar os objetivos do estado de direito e da segurança jurídica (FROTA, 2017, p. 83).

Neste sentido, Streck afirma que a “era dos princípios constitucionais” advém não apenas do surgimento de novos textos ou ordens constitucionais, mas decorre também da abertura valorativa do sistema, de uma decisão política que “facilita a criação de todo tipo de princípio [de onde] pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis” (STRECK, 2017, p. 555), o que ele denominou de *pamprincipiologismo*: o uso indiscriminado de princípios jurídicos. Streck exemplifica isto com a nomeação indiscriminada do Princípio da Moralidade.

A dogmática das mais diversos matizes têm utilizado tal princípio como um canal para introduzir uma moral corretiva no Direito. É a porta para um discurso colonizador da autonomia do Direito, acabando por se tornar um alibi para entrada no Direito de discursos adjudicadores (STRECK, 2017, p. 619).

A hermenêutica tem como tarefa principal preservar a força normativa da Constituição (STRECK, 2017, p. 600), e a falta de limites no processo interpretativo descambaria em *ativismo judicial* (STRECK, 2017, p. 67).

Em vista desta abertura valorativa e interpretativa, e, sobretudo, de sua característica teleológica, entende-se, portanto, que os princípios constitucionais são “capazes de abrir democraticamente o sistema para o futuro” (GUIMARÃES, 2007, p. 84), e, tendo em vista a função finalística dos princípios, a aplicação desta espécie normativa consiste numa expansão do “campo argumentativo, tornando o sistema aberto a uma maior quantidade de argumentos” (GUIMARÃES, 2007, p. 112), que influem diretamente no processo decisório, uma vez que, segundo Ávila (2018, p. 155), os princípios atribuem fundamento a determinados fins, “sem, no entanto, preverem o meio para sua realização”.

Seja qual for a natureza da finalidade ou do estado de coisas prescrito em princípio, a consistência é sempre uma exigência. Ou seja, é necessário que se dê tratamentos iguais a situações semelhantes. “Trata-se de uma exigência que pode ser associada à ideia de justiça. Não uma justiça externa, natural, transcendente, mas sim uma justiça interna ao próprio sistema” (GUIMARÃES, 2007, p. 103).

Uma proposta de análise dos princípios é observada em Humberto Ávila (2018), a qual será utilizada como norte para os objetivos desta pesquisa. Tendo em vista a consideração de princípio como normas “que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização” (ÁVILA, 2018, p. 116-117), é possível sintetizar e acolher um caminho que passa por uma especificação ou detalhamento dos fins ao máximo, bem como o esclarecimento das condições que compõe o estado ideal de coisas a partir dos casos semelhantes citados no processo enquanto elementos que fundamentam a decisão.

A especificação perpassa por uma análise sistemática das próprias normas constitucionais a fim de tornar um “fim vago em um fim específico” (ÁVILA, 2018, p. 117). É exigida, portanto, uma leitura da Constituição com essa intenção de delimitação de fins.

Por exemplo, em vez de jungir a Administração à promoção da saúde pública, sem delimitar o que isso significa em cada contexto, é preciso demonstrar que a saúde pública significa, no contexto em análise e de acordo com determinados dispositivos da Constituição Federal, o dever de disponibilizar a vacina ‘x’ para frear o avanço da epidemia ‘y’. (ÁVILA, 2018, p. 117)

Em termos concretos, esse primeiro momento passa por uma leitura sistemática da Constituição, identificando preceitos relacionados ao princípio observado, *lapidar* a vagueza de termos a partir desta análise, e “relacionar os dispositivos em função dos princípios fundamentais” (ÁVILA, 2018, p. 117)

Em um segundo momento, tornando o estudo um pouco mais pragmático, busca-se, a partir de casos concretos, o esclarecimento do estado ideal de coisas a ser alcançado, e, por consequência, uma melhor definição dos comportamentos necessários ao alcance de sua realização. Ávila (2018) dá ênfase àqueles casos tidos como exemplares, em função de capacidade de generalização para outros casos, por exemplo,

ao invés de meramente afirmar que a Administração deve pautar sua atividade segundo os padrões de moralidade, é preciso indicar que, em determinados casos, o dever de moralidade foi especificado como o dever de realizar expectativas criadas por meio do cumprimento das promessas antes feitas ou como dever de realizar os objetivos legais por meio da adoção de comportamentos sérios e fundamentais (ÁVILA, 2018, p. 117).

A leitura de casos concretos, já decididos pelo tribunal, e a verificação de quais comportamentos foram considerados necessários (ou desnecessários) à realização da finalidade do princípio, auxilia na interpretação adequada desta espécie normativa. Conforme Ávila (2018, p. 118), é “preciso substituir o fim vago por condutas necessárias à sua realização”. Assim sendo, será utilizada essa verificação na análise do objeto deste artigo, julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.648, sem, contudo, adentrar no mérito da decisão (o que em alguns momentos pode ser inevitável).

3. DELINEAMENTOS ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 635.648/CE

O caso escolhido para esta análise foi o Recurso Extraordinário nº 635.648/CE. Tal recurso chegou ao Supremo Tribunal Federal sob a discussão de (in)constitucionalidade de determinado dispositivo legal. O texto em questão é o disposto no inciso III, do artigo 9º, da Lei 8.745/93 (que trata da contratação de pessoal pela Administração Pública por tempo determinado em vista de necessidade temporária), assim escrito

Art. 9º O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá: [...] III - ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, **antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior**, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º desta Lei, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008). (BRASIL, 1993)

O recurso fora interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª região, que julgou inconstitucional tal dispositivo para manter uma recontração de professor temporário, e que tem por teor:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO DE PROFESSOR SUBSTITUTO. CANDIDATA QUE, ANTERIORMENTE, JÁ HAVIA FIRMADO CONTRATO. VEDAÇÃO DO ART. 9º DA LEI Nº 8.745/93. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. **Afronta o princípio constitucional da isonomia** a vedação estabelecida em lei para a contratação de professor substituto que já tenha sido contratado no lapso temporal de vinte e quatro meses, antecedente à realização do certame seletivo. Precedente do egrégio Plenário do Tribunal, na Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 72575/CE. Sentença mantida. Apelação e Remessa oficial improvidas (BRASIL, 2017, p. 3).

A recorrente alegou violação constitucional do acórdão, mais precisamente do artigo 37, incisos I, II, IX, da Constituição Federal, que elegem o concurso público como meio de acesso à cargos e empregos públicos e que defere à lei casos de contratação temporária, que, supostamente, fundamentariam tal dispositivo. Aduziu que “o exercício do cargo de professor, mesmo que temporariamente, é, sem dúvida, capaz de integrar o impetrante à comunidade da instituição em tela, gerando, desta feita, vantagem a seu favor em detrimento dos demais concorrentes” (BRASIL, 2017, p. 4).

Portanto, compreende-se que ambas as posições alegam, para finalidades distintas, um descumprimento do princípio da igualdade. Para a recorrente, a recontração feriria a isonomia pela descaracterização da natureza temporária da contratação (e uma suposta vantagem pela integração do candidato ao órgão), e o acórdão, seguindo o entendimento sedimentado do TRF-5, vide AMS 72575/CE, entende que impedir a contratação de candidato, aprovado em processo seletivo, objetivo e isonômico, seria, isto sim, uma violação “ao princípio da igualdade, acessibilidade aos cargos públicos, eficiência e impessoalidade” (APELREEX 24169-AL, TRF-5, 4ª Turma).

ADMINISTRATIVO. SELEÇÃO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSOR SUBSTITUTO. PARTICIPAÇÃO DE PROFESSOR JÁ CONTRATADO. VEDAÇÃO. LEI 8.745/93. [...] 2. Se violação ao art. 37, IX da Constituição Federal existe, essa violação é na própria perpetuação da contratação temporária pela Administração Pública, de quem quer que seja, ao invés da realização

de concurso público para provimento de cargo em caráter efetivo, **não na participação do impetrante no processo seletivo, que, em princípio, é objetivo e isonômico**; (Pleno, rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 72575-CE, julg. em 23/10/02, DJ de 03/06/03).

A União, manifestando-se na qualidade de *amicus curiae*, defendeu a constitucionalidade do dispositivo enquanto instrumento constitucional que impede a perpetuação de contratações de servidor, uma vez que “descaracterizaria a temporariedade ínsita a essa espécie de recrutamento no serviço público”. Afirmou, ademais, que a exclusão dos “beneficiados” corrobora com a lisura do processo seletivo.

O Ministério Público Federal também se manifestou pelo provimento:

[...] 2. O art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, com a redação dada pela Lei nº 9.849/99, visa justamente impedir que os administradores públicos, em evidente desvio de finalidade e burla ao **princípio do concurso público**, prorroguem indefinidamente os contratos temporários, tornando-os permanentes por via oblíqua (BRASIL, 2017, p. 5).

A construção argumentativa das posições antagônicas deixa claro que se está levando a discussão para o campo principiológico. O recurso a princípios e o seu manuseio argumentativo para fundamentar posições distintas denota a delicadeza do tema e lança sérias dúvidas acerca da uniformidade de uma argumentação baseada em princípios, pelo menos da maneira como são expostos esses argumentos.

O cenário que se desenha correlaciona com o que Streck (2017, p. 600) chamou de “mito do fechamento da regra”. Dessa forma, pelos argumentos das partes aqui colocados, induz-se que nestas colocações, fora adotado o parâmetro que regra “é fechada” e, conforme Alexy (2008) e Dworkin (2002), determina comportamentos da maneira “tudo-ou-nada” (*all or nothing*), e que os princípios podem ser abertos à argumentação até de maneira contraditória. Mas, na verdade, pelos conceitos até aqui levantados, os princípios densificam o que está na regra de maneira vaga e ambígua (STRECK, 2017), apontando uma finalidade de maneira prospectiva (ÁVILA, 2018)

Portanto, buscar-se-á analisar os delineamentos desse julgamento do Supremo Tribunal Federal no campo principiológico. Existe, de fato, um estado ideal de coisas por trás de cada princípio (ÁVILA, 2018), ou a aplicação normativa dos princípios fica comprometida pelo seu uso argumentativo servir a duas finalidades distintas? Houve um uso retórico e criativo dos princípios, assim como fez o Ministério Público ao citar, por exemplo, o “Princípio do Concurso Público” na sua argumentação? É o que será verificado no próximo capítulo.

4. A QUESTÃO DOS PRINCÍPIOS APLICADOS AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 645.648/CE

O recurso extraordinário, cujo acórdão fora a principal peça para a análise das principais ideias e argumentos do caso, recebeu provimento sob a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. REQUISITOS PARA CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR SUBSTITUTO NO ÂMBITO DE INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR. PREVISÃO LEGAL QUE NÃO AUTORIZA NOVA CONTRATAÇÃO SEM A OBSERVÂNCIA DO INTERSTÍCIO DE 24 (VINTE E QUATRO) MESES. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Embora não se apliquem integralmente as regras do concurso público para as contratações por necessidade temporária, deve a seleção simplificada observar os princípios da impessoalidade e da moralidade, inscritos no art. 37, caput, da CRFB. Precedentes. 2. A previsão legal que não autoriza nova contratação de professor substituto sem a observância de interstício mínimo concretiza a moralidade administrativa. 3. Cabe ao Poder Judiciário assumir postura deferente à opção manifestada pelo legislador quando o direito invocado é proporcional ao interesse público comum. 4. Não configura ofensa à isonomia a previsão legal de proibição, por prazo determinado, de nova contratação de candidato já anteriormente admitido em processo seletivo simplificado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob pena de transformar-se “em ordinário o que é, pela sua natureza, extraordinário e transitório” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 244) 5. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (BRASIL, 2017).

Inicialmente, o relator, ministro Edson Facchin, condensou seu voto sob a construção argumentativa da ponderação. Alegou que os princípios da impessoalidade e moralidade são imperativos mesmo em seleções que dispensem a necessidade de concurso público, e que ambos os princípios “têm peso normativo equivalente ao do princípio da igualdade”.

Percebe-se que a primeira menção a princípios no julgado é voltada para concepção estrutural de princípios que concretizam a teoria hermenêutica axiológica de Alexy (2008), que encara os princípios como norma de caráter *prima facie*, aplicados “como comandos de otimização” que exigem a ponderação que, por sua vez, é instrumentalizada pelo método da proporcionalidade (LOPES, 2015).

Foi possível concluir, em momento anterior, que esse modo de tratar os princípios é o mesmo de tomá-los como normas semanticamente abertas. E soma-se a isso o fato que, segundo a teoria desenhada por Alexy, que fundamenta a ponderação, que “os princípios constitucionais são equivalentes a valores na tarefa de aplicação, uma vez que admitem a possibilidade de colisão” (LOPES, 2015, p. 43). O problema de se ponderar princípios quando tomados como equivalentes a valores (por vezes) contraditórios reside em uma possível fixação valorativa que não necessariamente pode vir a ser compartilhada por todos numa sociedade.

Critica-se a teoria hermenêutica axiológica por sua incapacidade de aceitar o pluralismo da sociedade contemporânea e de lidar com tal fato inafastável, já que tem como pressuposto uma escala hierárquica prévia de princípios. Somente seria realizável a ponderação proporcional por meio da determinação de uma ordem hierárquica fixa de valores (LOPES, 2015, p. 47).

Percebe-se que, ao tomar este caminho, ou seja, de direcionar a argumentação no sentido de uma concepção estrutural de princípios, tomados com uma textura aberta *prima facie*, já criticado por Streck (2017), o discurso parece se inclinar para uma ponderação de bens jurídicos que, segundo Lopes (2015, p. 59), “gera o enfraquecimento do Direito, que se torna maleável de acordo com aquilo que os juízes consideram mais interessante para a comunidade”.

Após este conflito introdutório, o ministro relator entendeu que o caso se referia, portanto, “à aplicação das regras constitucionais do concurso público às hipóteses de contratações simplificadas”. A partir disto, fez apontamentos acerca do instituto do concurso público como “procedimento administrativo que tem por objetivo escolher, pelo mérito, o candidato mais bem preparado, em igualdade de condições”, concluindo pela convergência na doutrina no entendimento de que a igualdade, moralidade e impessoalidade são “postulados do concurso público”. E conclui seu raciocínio afirmando que, embora previsto o permissivo constitucional de contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária sem concurso público, ainda assim, esses mesmos princípios devem ser aplicados a este tipo de seleção e contratação.

Uma vez que o recurso versou sobre a restrição do artigo 9º, III, da lei 8.745/93, o caso passa a ter por resolução saber se tal restrição é compatível com os comandos constitucionais do artigo 37 e os princípios adjacentes. Seguindo o caminho proposto anteriormente, para a correta resolução do conflito, o texto passa a observar a especificação do estado de coisas e a análise de casos semelhantes feita pelos ministros.

O ministro relator, para verificar a pertinência perante o artigo 37 da Constituição, passou a tecer considerações acerca dos elementos normativos “prazo determinado” e “necessidade temporária”. Citando precedentes do tribunal como as ADI 890 e 3.721, e o RE 658.026, concluiu que não é propriamente a atividade, mas a necessidade que pode ser temporária e adequada a servir de objeto de seleção sem concurso “Quer-se então dizer que a necessidade das funções é contínua, mas aquela que determina a forma especial de designação de alguém para desempenhá-las sem o concurso público e mediante contratação é temporária” (BRASIL, 2017).

Da leitura dos precedentes citados pelo relator, é possível extrair um entendimento em comum, e que auxilia na especificação do estado de coisas requerido pelas normas-princípio invocadas. Nestes casos, é unívoco o entendimento que, dentro de um contexto de repetidas recontrações desregradas e meramente indicativas, ferem a igualdade e moralidade “permitir a perpetuação indeterminada” de recontrações.

Por outro lado, o ministro relator aponta diversas vezes que “o concurso concretiza os princípios do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal”, e citando Bandeira de Melo (2015) e Lucas Rocha Furtado (2013), compilou que o concurso público “enseja a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta e indireta” e que

Ao impedir a utilização dos cargos públicos para a nomeação a partir **de critérios de indicação política, ou de parentes**, a regra constitucional do concurso público igualmente dá efetividade à moralidade administrativa. (BRASIL, 2017, grifos nossos)

Conclui-se, a *contrario sensu*, que, pela fundamentação referenciada do ministro, o princípio da moralidade é descumprido pelo elemento fático (comportamento) da nomeação por mera indicação política ou parental a cargos temporários (art. 37, IX, CF), e que a competição, ensejada pelo concurso público, é um comportamento necessário a realização do estado de coisas requerido pelo princípio da igualdade. E, como afirmado acima, nestes termos, estes mesmos princípios devem ser adotados em processo de seleção simplificado com fundamento no artigo 37, IX, CF/88.

A crítica que se produz naturalmente é que, se os princípios da moralidade e igualdade, neste caso específico, exigem comportamentos alinhados (ÁVILA, 2018) e instrumentalizados pelo concurso público, que, por sua vez, em termos abstratos, se coaduna com um processo seletivo realizado sob esses mesmos princípios, não deveria a quarentena de vinte e quatro (24) meses disposta no enunciado impugnado ser interpretada à luz destes princípios, proibindo as meras “indicações políticas”.

Sendo assim, é possível afirmar que as recontrações indeterminadas no tempo, e ao mesmo tempo, que permitem a livre participação de candidatos (independente de prévio contrato com a Administração pública) em processos seletivos marcados pela objetividade e que, análogo ao concurso público, proporcionam a competitividade e a igualdade? Sendo que a regra não define comportamentos tudo ou nada (ÁVILA, 2018) e que os princípios devem densificar a ambiguidade e vagueza da regra (STRECK, 2017), a aplicação dos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade, neste caso, não deveria modular e cotidianizar (STRECK, 2017) os efeitos da regra extraída do artigo 9º, III, da lei 8.745/93?

Neste sentido, afirma André Rufino do Vale que a solução de situações como estas exige que se dê

no sentido de harmonização de seus conteúdos dêonticos [da regra], que pode ser realizada por meio da acomodação de seus âmbitos de validade, ou seja, conferindo-lhes um âmbito de vigência pessoal, material, espacial e temporal parcialmente distinto, o que permite aplicar uma em certas ocasiões e a outra nas demais. Dessa forma, tanto no caso do conflito de regras como na colisão de princípios deve-se dar preferência para as soluções de cunho conciliador que permitam a permanência de todas as normas no ordenamento jurídico (VALE, 2006, p. 117-118).

A questão foi enfrentada parcialmente pelo relator quando afirmou:

Poder-se-ia aduzir, nesse sentido, que a impossibilidade de prorrogação não impediria nova seleção a que concorressem os que já foram contratados. Tal situação traz, porém, um inegável risco: o servidor admitido sob regime temporário pode, ainda que por meio de uma nova seleção, ser mantido em função temporária, transformando-se, como assentou a Ministra Carmén Lúcia, “em ordinário o que é, pela sua natureza, extraordinária e transitório” (BRASIL, 2017).

O argumento do ministro relator não aprofunda e não consegue deixar claro se o que fere o estado de coisas exigido pelo princípio da moralidade administrativa é o fato da contratação de uma mesma pessoa por mais de uma vez, ainda que mediante processo seletivo objetivo; ou se é a existência de sucessivas seleções para funções temporárias; e acaba por não enfrentar esta crítica. Essa imprecisão acerca da finalidade e do estado de coisas exigido pelos princípios citados no julgamento compromete uma adequada aplicação normativa dos princípios.

Ao fim de seu voto, o ministro relator volta a usar a ponderação, concluindo que a quarentena prevista no dispositivo impugnado “é necessária e adequada para preservar a impessoalidade do concurso público”. E concluiu pelo provimento ao recurso. Com essa reafirmação da “proporcionalidade” e da ponderação como método usado pelo Ministro Relator, é possível afirmar que

Ao contrário do que sugere a fórmula da proporcionalidade, os princípios constitucionais não são necessariamente ou naturalmente valores que devam ser ponderados a partir de relações do tipo meio/fim ou custo/benefício. Identificá-los com valores significativos, literalmente e também logicamente, admitir que eles podem ser utilizados tanto para o 'bem' quanto para o 'mal', a depender do observador que distingue o que é 'bom' do que é 'mau'. (GUIMARÃES, 2007, p. 190).

Portanto, essa identificação indireta, deduzida pelo método da ponderação, entre princípios e valores é "prejudicial para a própria consistência das decisões jurídicas, na medida em que a exigência de igualdade no tratamento dos casos passa a depender das avaliações morais particulares" (GUIMARÃES, 2007, p. 190). E numa argumentação baseada em princípios, como bem lembra André Rufino do Vale,

Tanto as regras como os princípios podem fornecer razões *prima facie*, entrar em colisão numa dimensão de validade ou de peso, serem aplicados por sub-sunção ou ponderação. Enfim, a estrutura das normas apenas estimulará, mas não determinará, o modo de interpretação e aplicação (VALE, 2006, p. 137).

Todos os demais votos seguiram, sem maiores acréscimos e debates, as conclusões apresentadas pelo ministro relator. Porém os posicionamentos do ministro Ricardo Lewandowsky, da ministra Carmén Lúcia e do ministro Alexandre de Moraes merecem algumas considerações.

O ministro Ricardo Lewandowsky se limitou a apontar que "existem inúmeros casos de contratos temporários que são renovados *ad aeternum*, em franca burla ao princípio constitucional do concurso público". Pelos conceitos que analisamos até o momento, em nenhuma interpretação conseguiríamos atribuir à norma que exige o Concurso Público (Art. 37, II, CF) uma qualificação de princípio (enquanto estado ideal de coisas), mas tão somente uma regra que concretiza, sim, outros princípios constitucionais. A exigência constitucional do concurso público enseja um comportamento que está alinhada com os princípios constitucionais que constam do Artigo 37, *caput*, mas não configura, por si, uma natureza de princípio. Conforme apontado no capítulo inicial, a natureza principiológica de uma norma interpretada serve de fundamento para certas finalidades sem necessariamente descrever meios ou formas de materialização, algo incompatível, portanto, com os dispositivos clarividentes que exigem, pragmaticamente, provas, ou provas e títulos, para admissão ao serviço público (ÁVILA, 2016).

Essa tentativa ilustra a intenção discursiva de rotular de princípio qualquer instituto jurídico, que está contida no fenômeno argumentativo alcunhado por Lênio Streck, (2017, p. 526) de *pamprincipiologismo*.

Sem qualquer possibilidade taxonômica acerca da matéria, esses enunciados (assertóricos) cumprem a função de pararegras. Com eles, qualquer resposta pode ser correta. Aliás, sempre haverá um enunciado desse jaez aplicável ao 'caso concreto', que acaba sendo 'construído' a partir de grau zero de significado. Sua multiplicação se deve à errônea compreensão da tese de que os princípios proporcionam uma abertura interpretativa, isto é, pode-se dizer que a tese dworkiana acerca da diferença entre princípios e regras foi mal-entendida (STRECK, 2017, p. 575).

O sucinto e curto voto do ministro Lewandowsky não carece de alongadas considerações, porém o uso da palavra "princípio", embora apenas como uma atecnia, fora mal colocado em seu voto, além de, mais uma vez, trazer imprecisão ao julgamento. O uso retórico da palavra

“princípio” pode funcionar como uma saída utilitarista de aparente segurança, porém possui consequências extremamente opostas (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 486).

Por sua vez, a ministra Carmém Lúcia, além de citar diversos precedentes (ADI 3.721, ADI 3.430, ADI 890, RE 658.026, ADI 3.662) que versaram sobre a temporariedade e emergência de tais contratações (mas que não especificam o que a corte poderia vir a entender por violação aos princípios citados), concluiu que

Na espécie, a proibição de recontração de professor substituto, previamente selecionado para atendimento de situação emergencial, antes de decorridos 24 meses do encerramento do contrato anterior (art. 9º, inc. III, da Lei 8.745/1993), **demonstra-se razoável e proporcional**. Medida que, a um só tempo, **visa dar concretude ao princípio do concurso público** assegurando a transitoriedade das contratações precárias que o prescindem. Nesse enalço, não se há cogitar de afronta ao princípio da isonomia, mas em sua **instrumentalização na via do certame**.

Além de novamente haver um refúgio estético ao “princípio do concurso público”, a construção da conclusão traz novamente a inconsistência quanto a saber o que que descaracteriza, para os ministros, a temporariedade da função, se é em razão da mesma pessoa que ocupa, ou da ocorrência reiterada de contratações temporárias. A argumentação é construída no sentido que, a proibição posta no artigo 9º, III, “assegura a transitoriedade”. A mesma conclusão é visualizada no voto do ministro Alexandre de Moraes.

O acima citado ministro inicia seu voto com considerações acerca do caráter temporário e excepcional exigidos para contratações sob o fundamento do artigo 37, IX, da Constituição, e também cita diversos precedentes (ADI 3.721, RE 527.109, RE 658;026. ADI 3.116) que embasam tal posição.

Nesses precedentes denota-se a preocupação da Corte com a eleição de critérios que assegurem a transitoriedade e excepcionalidade dos contratos temporários fundados no permissivo do art. 37, IX, da CF, admitido que eventual indulgência do legislador na indicação desses critérios favorece a burla à regra do acesso aos cargos públicos mediante concurso, em desprestígio aos princípios da impessoalidade e moralidade da Administração Pública (BRASIL, 2017).

O ministro, portanto, conclui que a limitação prevista no Artigo 9º, III, da lei 8.745/93 encontra fundamento constitucional uma que vez promove o “perfil temporário e excepcional que a própria Constituição atribui à contratação temporária”, se mostrando legítima “a exclusão dos já contratados para efeito de provimento de novos contratos temporários”, uma vez que tal exclusão evidencia a natureza temporária da contratação (art. 37, IX, CF), não havendo violação à isonomia “se o critério de diferenciação guarda correlação lógica com um fim pretendido pela própria Constituição”.

É possível identificar duas questões nas colocações do ministro Alexandre de Moraes. A um, ele não faz alguns aprofundamentos acerca da “correlação lógica” entre os critérios do artigo 9º, III, da Lei 8.745/93 e a finalidade do princípio da igualdade, que, por sua vez, fora mais ou menos especificada pelo ministro relator. E a dois, volta-se ao que foi questionado quando dos apontamentos realizados sobre o voto do relator: o que está desalinhado ao princípio da moralidade e impessoalidade é (1) a recontração da mesma pessoa, contratada em

um primeiro momento, antes de transcorridos o prazo estipulado (24 meses), ou é (2) a própria reiteração de múltiplas seleções para a contratações em virtude de necessidade temporária?

José dos Santos Carvalho Filho ensina que, se estamos tratando do ponto 1 (recontratação da mesma pessoa), para não violarmos algum princípio, devemos entender que “tal vedação deve ser interpretada restritivamente, de modo que não se aplica à hipótese de contratação por outro órgão, dentro daquele período, quando o interessado se submete a novo procedimento seletivo” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 405). Esse posicionamento fundamenta o fato de que, quando submetidos a seleção objetiva e isonômica, não há violação direta a nenhum princípio constitucional.

O questionamento é válido porque, nos votos dos ministros, há um dispêndio argumentativo nas razões de decidir delimitando questões como temporariedade, excepcionalidade e necessidade, e o uso restritivo que se deve dar às contratações desta natureza. E neste contexto, a aplicação do princípio da igualdade é ponderado e afastado quando a moralidade Administrativa e a impessoalidade são maculadas pelo abuso de seleções desta natureza. Nesse sentido de tomar princípios como normas que podem ser afastadas, vale citar Humberto Ávila.

A redefinição dos princípios como normas que prescrevem fins, servem de fundamento normativo para o processo de concretização normativa, como aqui sustentado é importante porque exclui, da definição dos princípios, a sua possibilidade de restrição e de conseqüente afastamento. A inclusão da possibilidade de restrição e de afastamento na definição de princípios, de um lado aproxima os princípios dos conselhos e dos valores e, de outro, retira-lhes o elemento da vinculação (ÁVILA, 2018, p. 155).

Percebe-se, mais uma vez, o uso da ponderação. E, compreendendo o que Ávila (2018) aduz sobre a retirada do “elemento de vinculação”, esta técnica interpretativa tornou-se delicada por dois motivos: 1) O artigo 9º, III da Lei 8.745/93, não impede reiteradas contratações temporárias com outras pessoas não enquadradas em seus termos; e 2) Se há elementos objetivos de comparação no processo seletivo simplificado prévio à contratação, a igualdade é imponderável, como bem ensina Humberto Ávila, ao citar os chamados princípios estruturantes, que devem ser sempre observados, como, por exemplo, o princípio do devido processo legal.

E também o princípio da igualdade, que exige a relação entre dois sujeitos, **com base numa medida de comparação**, para atingir determinada finalidade. Ele pressupõe a relação entre esses elementos, mas sua observância igualmente não é gradual, nem pode suas exigências relacionais ser afastadas por razões contrárias (ÁVILA, 2018, p. 153, grifo do autor)

O ministro Alexandre de Moraes busca enfrentar tal questionamento.

É bem verdade que a impossibilidade de recontração dos mesmos profissionais não assegura a observância do art. 37, IX, da CF, pois o preenchimento desses postos de trabalho por meio de contratos temporários, ainda que com pessoas antes não contratadas pela Administração, também frustra o ideal de temporalidade e transitoriedade desse tipo de contratação (BRASIL, 2017).

Percebe-se que o ministro confirma que a impossibilidade de recontração das mesmas pessoas já contratadas não garante a observância do artigo 37, IX, da CF, o que, de certa

forma, faz a suposta ponderação entre a moralidade administrativa e a igualdade, neste caso, não indicar a preponderância de um princípio em detrimento do outro. Porém, conclui que,

Mesmo assim, a descontinuidade do vínculo temporário provocada pela vedação do art. 9º, III, da Lei 8.745/93 evita que se instale na Administração interesse contrário ao provimento efetivo de cargos públicos mediante concurso e retira o administrador público da situação cômoda de reutilizar a mesma mão de obra já recrutada por processo seletivo simplificado .

O ministro conclui seu voto, então, elucidando que a vedação impugnada constitui restrição razoável à isonomia, favorecendo a moralidade administrativa, mas sem oferecer demais aprofundamentos sobre a técnica que utilizou, e nem especificando o estado de coisas exigidos pelos princípios que citou.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Corroborando com os ensinamentos levantados, os princípios devem ser orientados como normas finalísticas, prospectivas e com pretensão de complementariedade, que prescrevem um estado de coisas, exigindo o alinhamento de determinados comportamentos para o alcance desta finalidade, mesmo sem descrever precisamente quais ações seriam estas.

Foi possível verificar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 635.648/CE, se utilizou, de forma frequente, dos princípios da moralidade, da igualdade e da impessoalidade com uma certa ausência de correlação ao caso concreto, como foi possível observar no posicionamento do Ministro Relator, ao citar tais princípios, mas sem enfrentar a questão principal: Apenas o processo seletivo não materializaria tais princípios? Por outra perspectiva, exigir uma quarentena do candidato não seria ferir tais princípios, mormente a igualdade?

Quanto aos precedentes citados, enquanto fundamentação dos argumentos utilizados (ADI 890, ADI 3.116, ADI 3.237, ADI 3.721, RE 658.026, RE 527.109, entre outros), na pretensão de servir de guia junto a delimitação da normatividade dos princípios analisados, se não serviram de fundamento lógico à decisão final de cada ministro, delinearam um estado ideal de coisas, exigido pelos princípios da moralidade e impessoalidade, destoante do que foi utilizado como parâmetro à verificação dos comportamentos adequados.

Se era questionado a pertinência da proibição do artigo 9º, III, da Lei n. 8.745, aos processos seletivos objetivos, e se seria cumprido o princípio da moralidade pela verificação das razões, por exemplo, da ADI n. 890, de proibir sucessivas contratações mediante “ajuste civil de locações serviços” e admissões “excepcionais”, a análise do caso concluiu que a moralidade, neste caso citado, não guardava semelhança com o objeto do processo.

A partir das considerações feitas, é possível concluir que, embora os ministros tenham especificado a normatividade dos princípios da moralidade e igualdade, a partir de uma concretização da imperatividade do concurso público, enquanto processo de análise meritória e de igualdade de condições, não ficou claro se se estava em discussão a proibição individual de participar de certames simplificados ou a própria existência de sucessivas contratações temporárias. Não foi levado em consideração que a seleção em questão não se tratava de

mera indicação política, mas sim uma seleção isonômica e objetiva, conforme explicitado no acórdão do Tribunal Regional Federal, encarregado da apelação.

A decisão, portanto, tangenciou a uma certa discricionariedade, uma liberdade de atuação por parte do julgador, enquanto uma ferramenta que pode dá origem a uma criatividade judicial, e que é utilizada como uma técnica que oculta o paradoxo da indecidibilidade de casos difíceis. Para evitar esta crítica, houve o recurso aos princípios, que legitima a criação do direito por via jurisprudencial, evitando a crítica do uso da discricionariedade.

Apesar da utilização em muitas vertentes, os princípios, ainda assim, constituem-se, um novo elemento que oculta o paradoxo dos casos difíceis, e funciona como os limites e padrões que negam essa discricionariedade (pelo menos em sentido forte) e legitimam a decisão por não serem princípios quaisquer, advindos da natureza ou da religião, mas princípios extraídos do próprio ordenamento positivo, isto é, princípios jurídicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, ano I, n. 02, p. 26-72, out. 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Lei n° 8.745, de 9 de dezembro de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8745cons.htm. Acesso em: 19 maio 2019 .

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: 19 maio 2019 .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 635.648/CE*. Relator: Ministro Edson Facchin. Julgado em 14.06.2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034064>. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *AMS 72575-CE*. Relator: Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima. Julgado em 23.10.2002. Disponível em: http://www.trf5.jus.br/data/2015/06/PJE/08016089620154050000_20150630_46671_40500002618443.pdf. Acesso em : 19 maio 2019.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017 .

DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. Princípios, Regras e Proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 27, n. 2, p.177-199, jul. 2007. Semestral.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 .

FROTA, Bárbara Gabriele Santos. *Direitos Fundamentais e argumentação: da fundamentação em casos difíceis do Supremo Tribunal Federal*. 2017. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. O uso criativo dos paradoxos do direito na aplicação de princípios constitucionais: abertura, autoritarismo e pragmatismo na jurisdição constitucional brasileira. 2007. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007 .

LOPES, Karina Nathércia Sousa. *Princípio da Proporcionalidade*: questionamentos sobre sua consistência e riscos do uso retórico do STF. 2015. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015 .

LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004 .

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008 .

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. *Os Princípios Jurídicos e o Pós-positivismo no Direito Brasileiro*. 2015. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário de Brasília - Uniceub, Brasília, 2015.

OLIVEIRA NETO, Valmir Chaves de. O pan-principiologismo no direito administrativo brasileiro: o caso da legalidade. *Revista do Cepej, Bahia*, v. 1, n. 16, p. 483-503, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direitos fundamentais*: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 286 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - UnB. Brasília, 2006 .

WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p.305-324, jun. 2013.

Recebido/Received: 15.05.2020.

Aprovado/Approved: 24.06.2020.

OS DEVERES FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 88: FORMAÇÃO PRECÍPUA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE FUNDAMENTAL DUTIES AND THE CONSTITUTION
OF 88: PRINCIPLE FORMATION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

RENATA ALBUQUERQUE LIMA¹
OSMAR ÁLEFE FARIAS MARTINS²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo elucidar sobre os Deveres Fundamentais e a sua importância dentro da atuação estatal, com ênfase no Estado Democrático de Direito. Buscou-se, de início, uma construção histórica da formação estatal até o atual modelo, após isso, com base em doutrinas e artigos, fez-se uma análise da Constituição de 1988 com ênfase nos dispositivos legais referentes aos Deveres Fundamentais que nela constam. Por fim, foi estabelecida uma discussão acerca do que seriam os Deveres Fundamentais e a influência dele na atuação estatal. Utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica de artigos e livros como embasamento.

Palavras-chave: deveres fundamentais; Constituição de 1988; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to clarify the Fundamental Duties and their importance within state action, with an emphasis on the Democratic Rule of Law. Initially, a historical construction of state formation was sought up to the current model, after that, based on doctrines and articles, an analysis of the 1988 Constitution was made with an emphasis on the legal provisions referring to the Fundamental Duties contained therein. Finally, a discussion was established about what Fundamental Duties would be and his influence on state action. The bibliographic review of articles and books was used as a basis.

Keywords: fundamentals duties; 1988 Constitution; Democratic State of Law.

- 1 Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pela UFC e em Administração de Empresas pela UECE. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Coordenadora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Luciano Feijão. Professora do Mestrado em Direito da UNICHRISTUS. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1404814572894221>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4019-9558>.
- 2 Bolsista do CNPQ pelo PIBIC. Graduando em Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú - CEARÁ. Pesquisa precipua-mente nas áreas : Direitos Fundamentais, Globalização, Direitos Humanos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4180140388881129>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6482-4365>.

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

LIMA, Renata Albuquerque; MARTINS, Osmar Álefe Farias. Os deveres fundamentais e a Constituição de 88: formação precípua do Estado Democrático de Direito. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 226-242, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8152>.

1. INTRODUÇÃO

Ao se falar sobre a formação do ente estatal, perpassam-se por épocas as quais se confundem com a própria história do homem. Ademais, todas as vezes que houve uma ruptura nesse ente – justificada por precedentes históricos que irão ser abordados nesse trabalho – houve, à luz majoritária dos estudiosos do tema, a gênese de novos Direitos Fundamentais. Tais Direitos cumularam-se dentro de um processo político até serem a base de formação do Estado Democrático de Direito que hoje se vive no Brasil.

Todavia, pouco se debate doutrinariamente sobre os Deveres Fundamentais, que, de forma genérica, podem ser traduzidos como o dever que o Estado assume perante a população de efetivar os Direitos Fundamentais.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo elucidar acerca dos Deveres Fundamentais no Brasil e demonstrar a sua importância para a efetivação e criação do Estado Democrático de Direito. Todavia, o trabalho limitou-se a fazer essa análise de forma constitucional até a Constituição Federal de 1988, hoje vigente no país.

À vista disso, o trabalho procurou fazer uma análise histórica das constituições antigas que encabeçaram o país. O foco de discussão dessa parte foi mostrar as rupturas políticas que antecederam cada constituição citada. Ademais, realizou-se uma análise mais profunda da Constituição de 1988 em um tópico específico já que a mesma é que inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a questão dos Deveres Fundamentais.

Portanto, o trabalho foi feito com base em uma revisão bibliográfica e documental de livros, artigos e textos legais, sempre procurando utilizar-se das doutrinas que melhor tratassem do assunto abordado. Ademais, é uma pesquisa teórica e exploratória que utiliza o método dialético como a base do trabalho, pautando-se no meio técnico da investigação pelo método histórico e observacional. Tudo isso feito com base para que houvesse uma análise de como os Deveres Fundamentais se comportaram dentro dos textos constitucionais brasileiros.

2. A EVOLUÇÃO ESTATAL E AS BASES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para uma melhor compreensão, ao se estudar a história do Estado, os estudiosos classificam o ente estatal de acordo com as características que o mesmo possui em determinado contexto. Dessa forma, criam-se os chamados modelos estatais os quais vão sendo modificados ao longo do tempo.

Vale salientar que as mudanças entre os modelos de Estado ocorrem, precipuamente, por pressões populares. Resultado da indignação das pessoas, esses reclames civis fizeram com que o Estado sofresse metamorfoses até chegar como hoje o conhecemos, como Estado Democrático de Direito. Assim, o Estado passou por sucessivos processos de remodelagem que foram associados diretamente com os Direitos Fundamentais, mas nem sempre com Deveres Fundamentais.

Acentua-se os estudos das professoras Gina Pompeu e Rosa Pontes, as quais, ao estudarem a mudança do Estado ao longo do tempo, associam essa alteração aos interesses econômicos e as necessidades humanas que variam em cada época e passam a não corresponder ao modelo estatal vigente no período, tendo por base as mudanças econômicas, sociais e políticas atuando no aumento ou na diminuição do poder estatal (POMPEU; PONTES, 2018).

A princípio, o conceito de Estado não é pacífico, todavia pode-se fazer referência a ele a partir do século XVI, na modernidade, onde esse ente consegue encaixar-se em torno de todos os elementos constitutivos elegidos por Dallari (BASTOS, 1995). Dessa forma, esses elementos encontram-se na definição de Dallari (1972, p. 104) como “[...] o Estado como a ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Assim, os elementos são: povo, território e soberania.

Desse modo, antes de ter-se um Estado com todos os seus elementos supracitados, o que existia era o sistema feudal, o Feudalismo. Como modelo de organização das relações civis, o Feudalismo caracterizava-se por não ter uma centralização de poder geral para toda a população, a relação de poder aqui existente limitava-se em pequenos territórios e era tida por base na vassalagem, regime conhecido na Idade Média. Além disso, como característica econômica havia um modo de produção minimalista pautado na subsistência da população que pagava tributos em forma de alimentos para o senhor feudal, tudo distante de acúmulos de capitais, aduz Dobb (1977, p. 1):

Se nos indagarmos qual foi o conflito básico gerado pelo modo feudal de produção, parece-me que teremos apenas uma resposta. Fundamentalmente, o modo de produção no feudalismo foi o pequeno modo de produção- levado a cabo por pequenos produtores ligados à terra e aos seus instrumentos de produção. A relação social básica assentava-se sobre a extração do produto excedente desse pequeno modo de produção pela classe dominante feudal – uma relação de exploração alicerçada por vários métodos de “coação extraeconômica.” (DOBB, 1977, p.1).

Na mesma linha de raciocínio, a autora aborda a questão do declínio do sistema feudal, associando o fato à revolta do pequeno produtor que detinha o excesso do produto retido dentro do sistema, não tendo lucro, apenas subsistindo, ocasionando um descontentamento e um longo processo de mudanças na organização coletiva, nas palavras da própria autora:

A meu ver, é esta a conexão. Na medida em que os pequenos produtores conseguiam emancipação parcial da exploração feudal – talvez no começo um mero abrandamento (com a transição da renda-trabalho para renda-dinheiro) – eles podiam guardar para si mesmos uma parte do produto excedente. Assim, obtinham os meios e a motivação para melhorar o cultivo e amplia-lo a áreas novas, o que incidentalmente serviu para aguçar mais ainda o antagonismo contra as restrições feudais. Assim, se lançaram também as bases para alguma *acumulação de capital no interior do próprio pequeno modo de produção*, e portanto para o começo de um processo de *diferenciação de classes no interior da economia dos pequenos produtores* - o conhecido processo, presenciado em várias épocas em lugares muito espalhados do mundo, no sentido da formação, por um lado, de uma camada superior de agricultores progressistas relativamente abastados (os kulaks da tradição russa) e, por outro, de uma camada de camponeses arruinados. Essa polarização social

na aldeia (e. de maneira similar, nos artesanatos urbanos) preparou o caminho para a produção assalariada e, em decorrência, para as relações burguesas de produção. (DOBB, 1977, p.3).

O fato é que após a ruptura do sistema supracitado tem-se o início do Estado Absolutista. Caracterizado pelo advento de Monarquias Nacionais junto ao desenvolvimento mercantilista, época das grandes navegações (QUIJANO, 2005), essa matriz estatal caracterizou-se por manter a unidade territorial. Assim, o Estado nesse contexto era baseado na religião católica que, além de validar o poder do rei dizendo que ele era escolhido por Deus, ainda ditava regras de comportamento. Logo, era mantido um binômio rei-igreja que deixava o rei livre para governar de forma arbitrária e sem pensar no povo já que tudo o que vinha dele era visto como vontade de Deus.

Assim, no início do século XVII e fim do século XIX, os movimentos burgueses – Revolução Francesa³, Revolução Gloriosa – aceleraram a decaída das monarquias, visto que o modelo de Estado não se pautava no bem estar do povo, fato esse que deu início ao Estado Liberal. É nesse contexto que se tem o surgimento da primeira dimensão dos Direitos Fundamentais – direitos esses essenciais aos homens em sua vivência com os outros e perante o próprio Estado, determinando uma relação de harmonia e respeito recíproco.

Sucintamente, os direitos da primeira dimensão são os direitos do homem diante de um Estado absentéista, tem por fundamento a subjetividade, valorização da pessoa humana individualmente considerada, reproduzindo-se como: direito à vida; à propriedade; à liberdade religiosa e de pensamento, dentro outros. A geração ficou conhecida como os Direitos de Liberdade (BONAVIDES, 2008).

De acordo com Renata Lima (2018, p. 8), acerca da liberdade fomentada na primeira geração de Direitos Fundamentais, a mesma afirma:

O liberalismo econômico tinha a necessidade de impedir a intervenção dos Estados Absolutistas, e a concentração de poder nas mãos de uma só pessoa. Para a maior fruição do comércio, essencial era a obrigação de não fazer do Estado, bem como a existência de leis iguais para todos. Nesse diapasão, pode-se afirmar que o Estado liberal burguês, que contribuiu para o Estado de direito, foi aquele que combateu os Estados absolutistas. Logo, a determinação da política econômica era no sentido de não intervir nos negócios privados, deixando que eles fluíssem, e fossem orientados pelo mercado. (LIMA, 2018, p. 8)

Dessa forma, percebe-se que o liberalismo⁴, na sua primeira experiência, não se atrela à ideia de Deveres Fundamentais. A organização estatal não tinha o intuito de ser uma entidade

3 No período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial. Havia um Direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outra pelo Direito Estatal". (MIGUEL REALE, 1987, p. 412).

4 "O termo liberalismo ficou associado à ideia de liberdade, apresentando acepção com matizes política, econômica, filosófica, social e psicológica. Na acepção política, o liberalismo ficou associado à democracia. Na acepção econômica, o liberalismo ficou associado à liberdade de profissão, de trabalho e de atividade econômica. Na acepção filosófica, o liberalismo ficou associado à liberdade de crença, pensamento, sentimento e ação. Na acepção social, o liberalismo ficou associado ao desígnio da sociedade em usufruir de autonomia para conduzir e determinar o seu próprio destino. Nesse sentido, o liberalismo ensejou, notadamente, a causa da independência das antigas colônias inglesas, espanholas, portuguesas." (FARIAS NETO, 2011, p. 275.)

ativa dentro das políticas públicas, pautava-se na mínima intervenção dos governantes para que os direitos fundamentais supracitados fossem consolidados.

Ademais, tem-se o nascimento do Estado Social⁵ com a Revolução Russa de 1917, esse Estado buscou a regulação da economia por base das normas disciplinadoras, como também, com a criação de empresas para assegurar serviços (BASTOS, 1995), tentando reverter as mazelas que a Revolução Industrial trouxe aos trabalhadores, como por exemplo o desemprego em massa e as precárias condições de subemprego.

Outrossim, revelam-se os Direitos Sociais, que reivindicavam uma isonomia econômica entre os cidadãos, expressando-se como direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à assistência social, logo, direitos culturais sociais e econômicos. Ilustra o professor Paulo Gustavo Gonet Branco (2000, p. 107):

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos. (BRANCO, 2000, p. 107).

Direitos esses denominados como a segunda dimensão dos Direitos Fundamentais.

Deste modo, tem-se o início da discussão dentro da história do Estado sobre os Deveres Fundamentais. Neste ponto, o povo soma a seus direitos a capacidade de exigir do Estado uma postura ativa frente a sua existência, trazendo o início da discussão do Estado ter o dever de garantir o mínimo básico para a vida, interferindo na existência privada do povo.

Todavia, o Estado continua a se remodelar. Tem-se a Segunda Guerra Mundial, e, com seu fim, a concretização do Estado Democrático de Direito, bem como, a Declaração dos Direitos do Homem, em 1948, adentrando-se em uma nova ordem social na qual estreitam-se laços internacionalmente para a criação de mecanismos globais garantidores dos Direitos Fundamentais. Nessa perspectiva, tem-se a instituição da terceira dimensão desses direitos intitulados Direitos da Fraternidade ou da Solidariedade, os quais se referem aos direitos difusos e coletivos, não puramente ao homem-cidadão e o homem-Estado, dá-se um foco do homem com o outro semelhante. Dimensão essa que se desponta em temas relativos ao direito à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Assim, é nessa forma de Estado que se tem um ordenamento jurídico pautado em normas princípios. O conjunto de leis dos países no pós-guerra passa a se adaptar à luz dos pactos mundiais, valendo ressaltar como exemplo A Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Dessa forma, esse período é marcado pela tentativa de consolidação da dimensão supracitada de direitos fundamentais. No Brasil, a Constituição de 1988 – fonte de discussão do próximo tópico desse artigo – foi criada nesse momento histórico, tentando garantir tanto os Direitos, como os Deveres fundamentais.

5 De acordo com Gilberto Bercovici (1999, p. 37): “A base do Estado Social é a igualdade na liberdade e a garantia do exercício dessa liberdade. O Estado não se limita mais a promover a igualdade formal, a igualdade jurídica. A igualdade procurada é a igualdade material, não mais perante a lei, mas por meio da lei. A igualdade não limita a liberdade. O que o Estado garante é a igualdade de oportunidades, o que implica a liberdade, justificando a intervenção estatal.”

Tem-se, ademais, a quarta dimensão dos Direitos Fundamentais, defendida pelo professor Paulo Bonavides (2000, p. 525-526), como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, nas suas palavras:

Os direitos de quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação.

(...)

Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política. (BONAVIDES, 2000, p. 525-526)

Ademais, Bonavides vai além em suas pesquisas científicas, pois o mesmo trata sobre o que ele classifica como a quinta dimensão dos direitos fundamentais, o direito à paz. O autor ilustra no texto que ao classificar-se a paz como direito da terceira geração não se qualifica de fato a importância que a mesma tem na era, do que ele chama, do novo constitucionalismo, nas palavras do referido autor:

Hoje, o ocidente, ao revés, assiste ao advento irresistível de outro constitucionalismo – o da normatividade – dinâmico e evolutivo e, ao mesmo passo, principiológico e fecundo na gestação de novos direitos fundamentais.

A concretização e observância desses direitos humaniza a comunhão ao social, tempera e ameniza as reações de poder, e faz o fardo da autoridade pesar menos sobre os foros da cidadania.

O novo Estado de Direito das cinco gerações de direitos fundamentais vem coroar, por conseguinte, aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões.

A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. (BONAVIDES, 2008, p.86).

Dessa forma, Paulo Bonavides demonstra a importância da paz como direito fundamental, e vai além ao levantar a importância da discussão de novos direitos fundamentais que validam o novo processo de constitucionalismo que o mesmo cita.

Vale ressaltar que os estudiosos do assunto fazem críticas às classificações dos Direitos Fundamentais, não as negando, mas sim buscando ir além nelas, tornando-se uma discussão válida, uma vez que, por mais que a divisão das dimensões desses direitos sejam uma ferramenta didática, deve-se ir além, perceber a intersecção dessas dimensões para além de classificações subjetivas e objetivas, nas palavras de Hachem:

[...] todos os direitos fundamentais, em razão da complexidade de sua natureza jurídica e estrutura normativa, possuem concomitantemente a totalidade dos traços que supostamente seriam peculiares a cada uma das gerações : (i) dirigem deveres de abstenção ao Poder Público; (ii) impõem ao Estado obrigações de prover prestações fáticas e normativas; (iii) possuem ao mesmo tempo tanto a titularidade transindividual supostamente exclusiva dos "direitos de terceira geração", quanto a titularidade individual alegadamente típica dos "direitos de primeira e segunda geração"(HACHEM, 2020, p. 409).

Pelo exposto, depreende-se que a história do ente estatal e toda sua reformulação encontra-se ligada aos Direitos Fundamentais e suas dimensões. Todavia, já os Deveres Fundamentais necessitam de uma análise mais estrutural dentro de um ordenamento jurídico, uma vez que, além de ser um assunto pouco debatido pela pesquisa na área jurídica, ele varia dentro de cada Estado-nação.

3. O HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DO BRASIL E MUDANÇA DE PARADIGMA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Uma constituição carrega consigo as bases do ordenamento jurídico do qual faz parte. Ao se estudar Direito Constitucional denota-se, logo de início, a ideia de hierarquização das normas. Assim, essa estrutura foi pensada por Kelsen (1998), de configuração piramidal, na qual a constituição faria parte do vértice dessa forma, legitimando dessa maneira o seu papel de regulação dentro do ordenamento e garantindo que todas as normas abaixo devem seguir os ditames traçados por ela. Nesse sentido, demonstra-se a importância de entender a Carta Maior de cada Estado, e a partir disso, vincular cada documento com o momento histórico que regia.

No Brasil, tem-se logo após a cessação do denominado Brasil Colônia a sua primeira constituição, a denominada Constituição de 1824. Essa Carta Magna trouxe em seu texto legal contradições desde a sua criação visto que, dentro do seu processo legislativo buscou-se aliar as ideias de regimes liberais que haviam sido conquistados na França, como o voto, todavia, não foi determinado o caráter universal desse direito, nas palavras de Mattos:

A Primeira Assembleia Geral Constituinte e Legislativa para o Reino do Brasil foi convocada pelo Decreto nº 57 de 19 de junho de 1822, assinado por José Bonifácio de Andrada e Silva. Os deputados seriam nomeados pelos eleitores das paróquias, e estes escolhidos diretamente pelo povo das freguesias. Para ter direito a voto nas eleições paroquiais era preciso ser casado ou solteiro maior de 20 anos, desde que não fosse filho-família. Todos, porém, precisavam ter pelo menos um ano de residência na freguesia onde fossem exercer o seu direito de voto, era obrigatório, com exceção dos que *vivessem de salário*. Nesta regra só não estavam incluídos os guarda-livros e os primeiros caixeiros de casa de comércio, os criados da Casa Real (que não usassem galões brancos) e os administradores das fazendas rurais e fábricas. Excluídos de votar estavam também os religiosos regulares, os estrangeiros naturalizados e os criminosos. (MATTOS, 2011, p. 8).

Todavia, mesmo com um processo seletivo para uma assembleia legislativa totalmente excludente e voltada para uma elite que estava se formando no novo contexto do país, Dom Pedro I, com medo de perder sua soberania, dissolve essa assembleia e instaura a Constituição de 1824 de forma ditatorial estabelecendo um poder legislativo adulterado, uma vez que, desconsidera a tripartição dos poderes e instaura o Poder Moderador:

Da análise sobre a forma com que está estrutura o Estado brasileiro na Constituição de 1824, infere-se claramente que esta mescla ideias liberais reinantes na época com uma estrutura monárquica marcada pelo conservadorismo, Esta é na verdade o resultado do inevitável choque de interesses entre os integrantes da Assembleia Constituinte, designada por D. Pedro I, que caminhavam para a estruturação de uma Carta que refletisse os ideias republicanos então conquistados pelo povo da França, e a natural resistência do príncipe que viu-se diante da ameaça à sua autoridade monarca. [...]

Com o golpe que resultou na outorga de nossa primeira Carta Constitucional, verifica-se, portanto que o Imperador buscou, aliar ideias da Carta Francesa marcadamente liberal, sem, contudo, abrir mão de seu Poder. Dessa forma, repudiou o modelo de tripartição de Poderes implementado na França pelos ideais de Montesquieu, poder este que tinham dentre outras a atribuição de limitar os demais. (MERGULHÃO; COUTINHO JUNIOR; MACHADO, 2011, p. 104-105).

Dessa forma, a Carta Política trazia consigo características como a centralização do poder na mão do regente por meio do Poder Moderador. Além disso, esse mesmo poder que vincularia todas as atribuições estatais, visto que, tudo que acontecesse nas demais esferas passaria pela aprovação de Dom Pedro I. Além disso, denota-se um processo eleitoral excludente – precisamente nos artigos 92, 94 e 95 (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1824, BRASIL) – pois levava em consideração critérios de renda

Ademais, o antigo regime monárquico entra em um processo de declínio conforme os ideais coletivos foram se alterando. Aponta-se dois motivos principais para o longo processo de decaída, sendo eles a abolição da escravidão – estrutura de base da economia no império – e a Proclamação da República em 1889.

Dessa forma, a Carta Magna vigente (Constituição de 1824) deixa de harmonizar com a realidade do país que estava passando pelo processo de transição para República. Logo, nesse contexto, no mesmo ano da proclamação da República foi também instaurou-se as primeiras mudanças organizacionais do país. Sobre as mudanças, explica Mattos que:

Cada Estado decretaria mais tarde a sua Constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberativos e os seus Governos locais. Enquanto isso, os novos Estados seriam administrados pelos “governos que haviam proclamado ou, na falta destes, por governadores delegados do Governo Provisório”, sem reconhecer nenhum Governo local contrário à forma republicana. (MATTOS, 2011, p. 12).

Destarte, foi criada a Constituição de 1891 que tem por marco principal a instauração do federalismo no Brasil, modelo que até hoje é adotado na organização política no país. Explica Trindade que o federalismo adotado:

Deixa aos estados, recém-criados, uma margem de autonomia significativa. Pela Constituição, eles detêm a propriedade das minas e das terras devolutas situadas em seus respectivos territórios e podem realizar entre si ajustes

e convenções, sem caráter político (art. 62). Podem legislar, também, sobre qualquer assunto que não lhes for negado, expressa ou implicitamente, pelos princípios constitucionais da União (art. 63)

[...]

Esse dispositivo permite aos estados, por exemplo, cobrar impostos interestaduais, decretar impostos de exportação, contrair empréstimos no exterior, elaborar sistema eleitoral e judiciário, próprios, organizar força militar, etc. (TRINDADE, 2003, p. 188)

Além do federalismo, instaurou-se também o presidencialismo como sistema de governo, assim tendo-se o primeiro presidente militar no poder, Deodoro da Fonseca, que logo seria substituído pelo seu vice, Floriano Peixoto ao instaurar-se o Estado de Sítio no país. A lei Maior também trouxe dispositivos como o habeas-corpus, e, evidentemente, a extinção do Poder Moderador.

Contudo, a base de sustentação do sistema econômico e político da Primeira República, ou República Velha, era o coronelismo. Elucida Trindade que:

Ocupada a liderança no seu município, o coronel, de quem todos dependem, tem sua base de poder local estruturada a partir de alianças com alguns outros coronéis, geralmente líderes nos distritos municipais, com as pessoas importantes das localidades – médicos, advogados, funcionários públicos, comerciantes e padres, entre outros-, além de uma guarda pessoal, formada por capangas e jagunços. (TRINDADE, 2003, p. 180).

Dessa maneira, o país entra em um processo político instável passando por inúmeros presidentes que não se mantinham no poder durante todo o período de seu mandato. Ao mesmo tempo, a Aliança Liberal vai ganhando força, movimento esse que instaura a discussão da representação das associações profissionais dentro da política nacional. Explica Barreto que o movimento:

(...) apresentou uma quantidade e uma intensidade muito maior do que costuma indicar a pesquisa historiográfica. Ele tem algumas características gerais importantes: mostrou-se atualizado frente à problemática internacional; não meramente teórico ou retórico, pois tinha a formulação da nova Constituição como desaguadouro natural; acabou por chamar a atenção dos principais setores nacionais e de destacados intelectuais, assim como transcorreu com grande intensidade e forte sensação de urgência face ao clima de indefinição quanto aos rumos a que a "revolução", iniciada em 1930, conduziria o país. Enfim, foi um debate intelectual nas duas acepções do termo: a de produção e de difusão de ideias e a de engajamento político nas questões em voga. (BARRETO, 2004, p.120).

Com isso, o coronelismo enquadrava-se como um sistema político, uma complexa rede de relações que iam desde o Presidente da República até os coronéis regionais, caracterizando-se como uma relação de compromissos recíprocos que mantinham o poder executivo entre São Paulo e Minas. Nesse sistema, os coronéis, que eram líderes regionais, detinham o poder de mandar no voto dos seus subordinados e faziam isso com base em interesses políticos e promessas vindas dos governadores, e esses governadores eram vinculados ao presidente, e assim tudo se formava. (CARVALHO, 1997).

Dessa forma, o movimento político de 1930 abala a estrutura da República Brasileira e vai ter como principais pautas:

O propósito de modificar o regime instituído pela Constituição de 1891. O programa da Aliança Liberal, que se tornaria vitorioso com a Revolução de 1930, incluía a ideia de “representação e justiça” com um elemento indefinido de proposições, correspondendo no plano político à livre manifestação da vontade e da soberania popular com liberdade de voto, à garantia da autonomia dos Estados e à organização em bases de novas do Poder Executivo da União e dos Estados. (MATTOS, 2011, p.17).

Tem-se então a instauração de um Governo Provisório encabeçado pela figura de Getúlio Vargas. Esse governo tinha como meta econômica superar um déficit deixado por anos de má administração junto de uma queda no valor da saca de café, principal produto de exportação do país. Mais tarde, mais precisamente em 1932, esse governo baixaria um decreto para as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte (LIMA, 1970).

Assim, em 1934, nasce a nova Constituição, que seguiria os vigentes modelos que surgiam no mundo, dando uma primeira ideia do que seria os Deveres Fundamentais ao falar sobre assuntos como de ordem econômica e social, mesmo não falando sobre eles expressamente, nas palavras de Mattos:

A Constituição de 1934 se incorpora ao movimento das constituições no mundo ocidental do pós-guerra, contendo aquilo que foi chamado do “sentido social do direito” e inspirando-se na Constituição alemã de *Weimar* de 1919 e na Constituição espanhola de 1931. Os pontos mais importantes da Constituição se inserem no quadro da ordem econômica e social, pela primeira vez, incluída em texto constitucional brasileiro.

[...]

A união competia traçar o Plano Nacional de Educação, cujas leis básicas ficaram desde logo fixadas. A educação foi proclamada como direito social, assim como o trabalho (...) (MATTOS, 2011, p.18).

Vale salientar também que os direitos sociais citados pela Constituição confirmam o que se classifica como a segunda dimensão dos Direitos Fundamentais.

Todavia, a Carta Magna de 1934 não teve uma prolongada vigência, uma vez que após o conhecido Estado Novo de Vargas, que não queria sair do poder, instaurou-se a Constituição de 1937. Alvo de muitas críticas, a referida Constituição é vista por bases intelectuais como um documento não legítimo, além de ser considerado um documento com pouca utilidade para entender os problemas pelos quais o país passava naquele período, expõe Abreu:

Ainda hoje, cerca de 80 anos depois de sua outorga, são raros e limitados os estudos específicos de juristas e historiadores sobre a Constituição de 1937. Talvez essa carência de estudos se deva a um comum desprezo por esse documento, por seu caráter de outorga e suposta falta de legitimidade jurídica e política. Para uns e outros, sejam eles contemporâneos ou não à Constituição, sua falta de legitimidade jurídica e política não apenas justificaria o desprezo por esse documento como também demonstraria seu caráter limitado como fonte para a compreensão do Estado Novo de Vargas e seu modelo político autoritário e corporativo. (ABREU, 2016, p. 463).

Assim, com os preceitos da Aliança Nacional Libertadora, e também do Plano Cohen instaurado para que Getúlio prosseguisse no poder, a Carta 1937 acabou caindo ao tempo que o Estado Novo se extingue. Em 1945, instaura-se uma nova Assembleia Nacional Constituinte que daria abertura para uma nova Carta Magna. (MEZZAROBIA, 1992).

Desse modo, em 1946 nasce mais uma Lei Maior no Brasil, essa sendo indubitavelmente vista como uma resposta ao Estado Novo de Vargas. Demonstrando-se como uma constituição madura dentro do regime republicano, a Lei Maior procurou dividir as suas atribuições na sua gênese, designando subcomissões para a sua elaboração. Esse processo constituinte tinha por base voltar as atribuições da antiga Carta Magna de 1934, todavia, atualizando determinados conceitos para a época em que era feita. (MATTOS, 2011)

Logo, tratou-se de assuntos como a Organização Federal, além da Organização dos Poderes, em especial o Executivo, no qual foi taxado suas atribuições e responsabilidades, denota-se então que se procurava a contenção desse poder que acabou sendo inflado na última experiência estatal como antes visto. Instituiu um regime republicano, sendo uma legislação democrática e liberal. Outras atribuições federalistas também foram tratadas como base da nova fase constitucional do país, nas palavras da Cavalcanti:

As distribuições das rendas, o regime jurídico, político e econômico dos Municípios, a organização das câmaras legislativas, a estrutura econômica e tantos outros temas foram estudados em face da experiência e das duras provocações sofridas pelo país nos últimos decênios. (CAVALCANTI, 1947, p.1).

Dessa forma, a constituição de 1946 não trouxe nenhuma atribuição direta aos Deveres Fundamentais, não houve uma aplicação direta do termo e nem da determinação do que seriam esses deveres.

Por conseguinte, em 1964 instaurou-se a ascensão militar ao poder político. Fato precedido por momentos como a Marcha da Família com Deus pela Liberdade, e pautando-se no apoio de alguns setores da época, como a igreja e as autoridades civis religiosas que defendiam a propriedade privada, o então futuro presidente, João Goulart, não assumiu seu posto e deu-se início a uma nova história política no país que perduraria por anos. (GUISOLPHI, 2010).

Com essa mudança das bases administrativas ao instaurar-se um governo autoritário e repressor, a antiga constituição (1946), não condizia mais com a realidade. Com isso, após sucessivos Atos Institucionais promulgados pelos presidentes da Era Militar, no ano de 1967 o então presidente Castello Branco deu início ao processo da nova Carta Magna, nesse processo o ditador:

Nomeou uma comissão de notáveis supervisionada por ele próprio, e incumbiu o Congresso eleito em 1962, mutilado por dezenas de cassações, sem nenhuma representatividade, a aprovar, a toque de clarins, uma nova Constituição para a discussão e votação da qual não fora mandatado.

Assim nasceu, no contexto de uma farsa, sem nenhuma legitimidade, a sexta Constituição brasileira.

A empreitada tinha um duplo objetivo: contribuir para a institucionalização da ditadura (seja o que isto pudesse significar) e amarrar o próprio ditador – já “eleito” por um Congresso obediente e encolhido – num quadro legal alheio à sua vontade. Entre não poucos criou-se a ilusão de que a ditadura fora superada, cedendo lugar a um Estado de Direito autoritário. (REIS, 2018, p. 279).

Dessa forma, a Constituição de 1967 passa longe de falar sobre o que seriam os Deveres Fundamentais. Ademais, em 1969 tem-se o mais importante Ato Institucional, o de número 5, sendo este tratado como uma nova constituição, visto que o Ato altera direitos fundamentais básicos, como a liberdade de imprensa e o devido processo legal.

Contudo, após 21 anos de regime militar, instaura-se a democracia novamente no Brasil, tal fato ocorrido a base de movimentos civis por todo o país. Tal fenômeno ficou conhecido como a redemocratização. Logo, com a ruptura da realidade social antes vivida as bases do ordenamento jurídico não poderiam permanecer os mesmos. Conseqüentemente, em 1986 instauram-se as eleições para a escolha de Governadores, Deputados e Senadores, que também seriam os constituintes:

Os constituintes seriam os deputados e senadores, que se encarregariam da elaboração da Constituição e da legislação de rotina. Os grupos e classes sociais interessados em fazer aprovar suas ideias e defender seus interesses na nova Constituição escolheram seus candidatos, cuja campanha passaram a financiar. (MATTOS, 2011, p. 34)

Assim, foi em um contexto histórico pautado em repúdio às atrocidades e aos regressos que a Ditadura Militar representou para os Direitos Humanos que a assembleia de 1988 aprovou o texto da conhecida Carta Cidadã, a Constituição Federal de 1988, até hoje vigente.

Conhecida pelo seu imenso rol de garantias e delimitações de atribuições estatais, a Constituição de 1988 mostra-se como uma resposta ao regime ditatorial posterior a ele. Além disso, a Lei Maior trouxe expressamente um capítulo inteiro dedicado aos Deveres Fundamentais, assunto esse debatido no próximo tópico, no qual será também explicado essa preocupação do legislador originário.

4. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DEVERES FUNDAMENTAIS.

Ao iniciar a discussão a respeito dos Deveres Fundamentais, alguns preceitos elucidados por autores que falam do assunto tornam-se interessantes para que se entenda o cerne do assunto. Assim, um dos ensinamentos de grande valia para o debate é feito por Georg Jellinek ao tratar sobre os quatro status que o indivíduo pode se encontrar diante do Estado.

O autor classifica esses status em: passivo, negativo positivo e ativo (JELLINEK, 2002). A saber, no status passivo, o indivíduo perante o Estado subordina-se aos poderes públicos e é visto como um sujeito de dever – ocorrendo predominantemente com uma cooperação com o Estado. Já no status negativo o indivíduo consagra-se como ser que tem poder de autodeterminação, garantindo uma não interferência estatal na sua vida. Quando encontrado no status positivo, o cidadão teria o direito de exigir do Estado prestação de serviços na oferta de serviços e bens. Por fim – e mais importante para a temática do trabalho- no status ativo, o sujeito passa a desfrutar de influência perante a formação estatal, aqui salienta-se como exemplo o sufrágio, logo, ele passar a exercer seus direitos políticos, sendo exigido e podendo exigir do Estado. (JELLINEK, 2002).

Dessa forma, notabiliza-se que os Deveres Fundamentais, em uma das suas principais atribuições acontece quando o ser político se encontra no “status ativo” frente ao Estado, termo esse utilizado na classificação de Jellinek. Dessa forma, nesse status criado pelo autor, o indivíduo passa a ter o poder de influenciar o Estado de forma direta ou indireta, não mais sendo apenas influenciado, um dos maiores exemplos desse papel cidadão seria o poder de

escolher seus representantes, por meio do voto. Todavia, como será explicado no presente tópico, o garantismo legal também aborda a vinculação Estado-Cidadão em outros aspectos, aprofundando ainda mais a discussão.

Outrossim, tendo por base a discussão supracitada faz-se necessário conceituar o que seriam os Deveres Fundamentais e a importância que a temática carrega dentro do nosso ordenamento, Dimoulis e Martins definem tais deveres como:

Deveres de ação ou de omissão, proclamados pela Constituição (fundamentalidade formal), cujos sujeitos ativos e passivos são indicados em cada norma ou podem ser deduzidos mediante interpretação. Muito frequentemente a titularidade e os sujeitos passivos são difusos e o conteúdo do dever (conduta exigida) só pode resultar de concretização infraconstitucional. (DIMOULIS; MARTINS, 2000, p. 67).

Em complemento, a aceção de Vieira e Pedra (2013, p. 5) expõe a relação dos deveres com o ordenamento jurídico: “Deveres fundamentais não são meras imposições assentadas em virtudes humanas. Constituem, em verdade, num modelo recíproco próprio do contrato social, onde, por fim, os cidadãos terão dever de obediência ao ordenamento jurídico.” Por fim, e não menos importante, outra definição que nos parece correta seria a de Duque e Pedra:

[...] os deveres fundamentais podem ser concebidos como deveres jurídicos da pessoa, tanto física quanto jurídica, que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, apresentam um significado para determinado grupo ou sociedade e, assim, podem ser exigidos numa perspectiva pública, privada, política, econômica e social (DUQUE; PEDRA, 2013, p.151).

Pelo exposto, torna-se evidente que os Deveres Fundamentais se relacionam, precipuamente, com a legalidade de cada ordenamento jurídico, ou seja, eles carregam a necessidade de reconhecimento nos textos da Carta Maior e regulamentação por leis ordinárias.

Ademais, ao se estudar sobre esses deveres, nota-se uma escassez de textos jurídicos sobre o assunto, principalmente ao analisar de forma comparativa os estudos acerca dos Direitos Fundamentais, matéria conexa. Alguns autores justificam a carência de abordagem pelos seguintes motivos:

[...] somos de opinião que um tal esquecimento dos deveres fundamentais tem causas mais próximas. Entre estas contam-se certamente quer a conjuntura política, social e cultural do segundo pós-guerra, quer o regresso a uma estrita visão liberal dos direitos fundamentais.

E quanto à primeira causa apontada, basta-nos recordar que a preocupação dominante nessa época, visando a instituição ou fundação de regimes constitucionais suficientemente fortes no respeitante à proteção dos direitos e liberdades fundamentais. Isto é, de regimes que se opusessem duma maneira plenamente eficaz a todas e quaisquer tentativas de regresso ao passado totalitário ou autoritário. Era, pois, necessário exorcizar o passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos (NABAIS, 2007, p. 13).

De forma complementar ainda sobre a temática:

Não existe na jurisprudência e na doutrina brasileira o devido desenvolvimento dos deveres fundamentais. Esse legado de omissão se dá basicamente em fundação da herança do Estado Liberal e dos direitos de primeira geração, com a posição do particular em face ao Estado [...] (Vieira; Pedra, 2013, p. 2).

Essa limitada abordagem de autores que falem sobre o assunto relaciona-se também à baixa quantidade de dispositivos encontrados na atual Constituição Federal que rege o Brasil. A nossa Magna Carta, por mais que no seu Título II, Capítulo I, ostente o enunciado “ Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” trouxe exaustivamente direitos e apenas alguns deveres não fazendo sequer uso do termo Deveres Fundamentais.

Nesse sentido, os textos de Dimoulis e Martins, aduzem, de forma didática, classificações sobre os deveres que podem ser encontrados dentro da Constituição levando em consideração as características dos dispositivos. Os atributos utilizados, de forma geral, seriam: A autonomia ou não do Dever Fundamental -logo, se ele existe de forma própria ou por vinculação a um Direito Fundamental-; O dever ser explícito ou implícito -constar ou não de forma escrita dentro do texto constitucional- e por fim, a quem o dever se relaciona - pessoa comum ou Estado (DIMOULIS; MARTINS, 2000).

Dessa forma, ao ser comparada com a Constituição da Índia, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 ainda encontrasse atrasada frente ao assunto dos Deveres Fundamentais. A Índia, após sua independência em 1947, promulgou a sua primeira constituição e se tornou uma república em 1950. No texto da Carta incorporou-se tanto Direitos Fundamentais quanto Deveres Fundamentais. (SRIPATI; THIRUVENGADAM, 2004)

Assim, os Deveres Fundamentais na constituição indiana encontram-se como diretrizes e princípios da política nacional. O texto na Parte IV da Constituição é voltado a atuação que o Estado indiano deve ter frente a questões sociais, econômicas e em relação aos direitos culturais. Dessa forma, o artigo 37 da Carta ainda aduz a importância do reconhecimento desses deveres para governar o país. (SRIPATI; THIRUVENGADAM, 2004)

Como o rol tratado pela doutrina é extenso, não caberia falar sobre todos no presente artigo, todavia, há três classificações importantes para se elucidar a pesquisa quanto aos deveres retratados, são elas: Deveres Estatais Implícitos e não autônomos; Deveres Estatais autônomos e Deveres autônomos dos particulares.

Os Deveres Estatais Implícitos e não autônomos, segundo os autores, são aqueles que surgem a luz do Direito Fundamental ao qual se relaciona, além de terem surgido com a primeira dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, logo, na perspectiva de um Estado negativo quanto à interferência na vida privada. Exemplos desses deveres seriam os deveres estatais de tutela, os quais se configuram como o dever do Estado de proteger o Direito Fundamental em relação de ameaças e agressão a essa garantia (DIMOULIS; MARTINS, 2000).

Por outro lado, tem-se os Deveres Estatais Autônomos, que de forma diversa, são cancelados pelo texto constitucional para que os Estados os façam, uma obrigação perante a população que poderá exigir-los. O exemplo nesse caso seria o dever que o Estado tem de criminalização de condutas que o legislador, influenciado pelo que a sociedade considera negativo. (DIMOULIS; MARTINS, 2000).

Além disso, deve-se superar o entendimento de que só o Estado é sujeito de dever, e é na classificação dos Deveres autônomos dos particulares que conseguimos visualizar a afirmativa. Esses deveres são aqueles que são traçados e devem ser obedecidos pelos particulares nas suas ações de cunho jurídico, logo, são os deveres voltados para um determinado setor da população. O melhor exemplo dentro da Constituição Federal é a educação enquanto dever da família sobre a criança e o adolescente. (DIMOULIS; MARTINS, 2000).

Ainda sobre os deveres entre os particulares, outro ponto que é levantado nos textos dos estudiosos seria a questão da solidariedade nas relações privadas, considerada como a outra face da relação direitos e deveres entre particulares, garantindo a dignidade da pessoa humana, a saber:

A solidariedade, é, na verdade, o outro lado de uma mesma moeda no jogo dos direitos e deveres, uma vez que ratifica a incidência de direitos fundamentais abrangidos pela norma constitucional, podendo ser compreendida a partir de uma relação de reciprocidade: se existem direitos, em contrapartida, existe o dever de prestar solidariedade (DUQUE; PEDRA, 2013, p. 148).

Por fim, o último ponto a ser lembrado ao se falar sobre os Deveres Fundamentais seria superar a ideia de que deveres são supressores de direitos. Os autores que se dedicaram a estudar os deveres é unânime ao considerar que há uma relação sinalagmática entre direitos e deveres, uma vez que há uma proteção mútua por eles ao ordenamento jurídico em si, logo, ao Estado Democrático de Direito (NABAIS, 2007).

Em conclusão, também aduz Vieira e Pedra (2013, p. 3): “É preciso compreender os deveres fundamentais não como um contraponto ou um mitigador de direitos, mas sim como um provedor ou promotor destes. ”

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se no presente trabalho que o ordenamento jurídico brasileiro carece de uma especificidade sobre os Deveres Fundamentais, influenciando, assim, para um número limitado de autores que se dediquem a tratar do tema. Todavia, essa é uma característica dos ordenamentos jurídicos ocidentais, a baixa visibilidade dos Deveres Fundamentais, uma vez que, a história constitucional desses países, foram fundadas, prioritariamente, com base na liberdade individual como máxima premissa. (BONAVIDES, 2008)

Ao analisar o histórico de Cartas Magna do Brasil confirmou-se a ausência de regras destinadas, e até do uso da nomenclatura, quanto aos Deveres Fundamentais. O legislador original pátrio, em nenhuma das conjunturas destacou a importância da garantia de deveres para a consolidação do viés democrático que uma república traz consigo. Ademais, quando empregado condutas tidas como de Deveres Fundamentais o legislador não esclarece as formas devidas para a sua consolidação, postergando para que legislações infraconstitucionais elucidassem sobre o tema. A título de exemplo tem-se a solidariedade das relações privadas. Considerada como uma das principais vertentes dos Deveres Fundamentais, essa solidariedade garantida pelo texto constitucional – em singularidade e não intitulada em si como Dever Fundamental – é estudada a luz do direito privado, logo, do direito civil, demonstrando que ficou a cargo da legislação infraconstitucional delimitar esse dever.

Dessa forma, a análise da Constituição Federal de 1988, feita no artigo, também comprova a ausência da nomenclatura específica que fale sobre os Deveres Fundamentais. O fato demonstra que o legislador originário não focou de fato sobre esse Deveres por mais que no Capítulo I, do Título II da Constituição ele procure retratar os denominados Deveres Individuais e Coletivos junto aos Direitos.

Ademais, no conjunto de obras nacionais demonstra-se uma disparidade de autores que falem da sua bibliografia dos Deveres Fundamentais ao comparar-se com o número de literatos que falam sobre os Direitos Fundamentais.

Os Deveres Fundamentais convalidam-se como um tema significativo para entender o poder de exigir e dirigir indiretamente que todo cidadão tem em um Estado Democrático de Direito.

À vista de tudo isso, nota-se que, mesmo com a importância comprovada pelos autores que falam sobre o assunto, os Deveres Fundamentais não gozam do devido valor como base formadora do Estado Democrático de Direito. Os estudiosos convergem ao considerar que os Direitos Fundamentais andam de forma paralela com os Deveres, deveres esses que moldam o Estado tanto quanto e na mesma proporção das normas princípio. Defende-se, então, a necessidade de uma maior pesquisa no cenário brasileiro sobre os Deveres Fundamentais que regem o nosso ordenamento, tanto em cunho constitucional como infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Luciano Aronne de. O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937. *Estudos Históricos (Rio de Janeiro)*, v. 29, n. 58, p. 461-480, 2016.
- BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. Representação das associações profissionais no Brasil: o debate dos anos 1930. *Revista de Sociologia e Política*, n. 22, p. 119-133, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, abr./jun. 1999.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 2, n. 3, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>. Acesso em: 21 jun. 2020.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *Dados*, v. 40, n. 2, 1997.
- CAVALCÂNTI, Themistocles Brandão. A Constituição de 1946. *Revista de Direito Administrativo*, v. 7, p. 1-4, 1947.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Editora Atlas SA, 2000.
- DOBB, Maurice et al. *Do feudalismo para o capitalismo*. 1977.
- DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14, n. 14.1, p. 147-161, 2013.
- FARIAS NETO, Pedro Sabino de. *Ciência política: enfoque integral avançado*. São Paulo: Atlas, 2011.
- GUISOLPHI, Anderson José. As Marchas da Família com Deus pela Liberdade: ideologias e práticas católicas no golpe militar de 1964. *X Encontro Regional de História*, 2010.
- HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais "direitos públicos subjetivos"? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 11, n. 3, p. 405-436, 2020.

JELLINECK, George. *Teoria general del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. México/DF: Fondo de Cultura Económica, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Heitor Ferreira. *História político-econômica e industrial do Brasil*. Brasileira, 1970.

LIMA, Renata Albuquerque. *A Atuação do Estado Brasileiro e a crise empresarial na perspectiva da lei de falências e de recuperação de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2018.

MATTOS, Alexandre Magalhães de. *As constituições Brasileiras e sua Contextualização Histórica*. Disponível em: http://www.smithedantas.com.br/texto/const_br.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni; COUTINHO JUNIOR, Bazílio de Alvarenga; MACHADO, Elton Fernando Rosini. A Constituição Imperial de 1824: Uma breve análise dos aspectos sociais, políticos, econômicos jurídicos. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Araucaria, v. 13, n. 26, p. 101-118, 2011.

MEZZARROBA, Orides. Produção Discente: Plano COHEN: a consolidação do anticomunismo no Brasil. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 13, n. 24, p. 92-101, 1992.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, v. 3, n. 2, 2002.

POMPEU, Gina Marcílio; DE PONTES, Rosa Oliveira. Estado, mercado e eficiência regulatória para os negócios: reflexão a partir dos dados do relatório *Doing Business 2017*. *Revista Argumentum*, v. 19, n. 2, p. 357-379, 2018.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. *Revista Novos Rumos*, São Paulo, Instituto Astrojildo Pereira, n. 37, p. 4-25, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REIS, Daniel Aarão. A Constituição cidadã e os legados da ditadura. *Locus: Revista de História*, v. 24, n. 2, 2018.

SRIPATI, Vijayashri; THIRUVENGADAM, Arun K. India: Constitutional amendment making the right to education a Fundamental Right. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 1, p. 148-158, 2004.

TRINDADE, Sérgio Luiz Bezerra. Constituição de 1891: as limitações da cidadania na República Velha. *Revista da FARN*, Natal, v. 3, n. 1/2, p. 175-189, 2003.

VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O rol de deveres fundamentais na Constituição como *numerus apertus*. *Derecho y Cambio Social*, v. 10, n. 31, p. 9, 2013.

Recebido/Received: 27.07.2020.

Aprovado/Approved: 12.10.2020.

O PAPEL DA TECNOLOGIA NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE ROLE OF DE TECHNOLOGY IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW CONSTRUCTION

LETÍCIA SANGALETO TERRON¹
LOURIVAL JOSÉ OLIVEIRA²

RESUMO

O estudo trata de uma análise sobre o emprego da tecnologia como fator de aperfeiçoamento ou construção do Estado Democrático de Direito. Tem como objetivo sopesar a utilização tecnológica para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, considerando todos os desafios apresentados pelo mundo globalizado e principalmente as mudanças ocorridas no modo de produção, comunicação, educação entre outras inúmeras mudanças, que acabaram se internacionalizando em especial pelo uso da moderna tecnologia, sendo que para muitos estudiosos, contribuiu, também, para o abrandamento do Estado nacional. A questão é poder afligir a tecnologia a favor do Estado, ou seja, em busca do seu aprimoramento. As tecnologias voltadas às comunicações, caso bem empregadas, são capazes de aperfeiçoar a administração pública, com práticas melhores no que se alude ao planejamento administrativo, de tal modo como em relação à transparência das atuações de Estado, de maneira a suscitar uma defrontação positiva ao processo de globalização. Foi empregado o método dedutivo, seguindo a vertente jurídico sociológica, do tipo descritivo e propositivo, baseando-se em pesquisas teóricas, ou seja, a partir de dados secundários.

Palavras-chave: aperfeiçoamento da administração pública; Estado Democrático de Direito; globalização; utilização da tecnologia.

ABSTRACT

The study deals with an analysis of the use of technology as a factor of improvement or construction of the Democratic Rule of Law. It aims to weigh the technological use for the improvement of the Democratic Rule of Law, considering all the challenges presented by the globalized world and mainly the changes occurred in the way of production, communication, education and other countless changes, which ended up being internationalized, especially through the use modern technology, and for many scholars, it also contributed to the slowdown of the national state. The question is to be able to afflict technology in favor of the State, that is, in search of its improvement. Communications technologies, if well used, are capable of improving public administration, with better practices in terms of administrative planning, as well as in relation to the transparency of State actions, in order to raise a positive confrontation with the globalization process. The deductive method was used, following the sociological legal aspect, of the descriptive and propositive type, based on theoretical research, that is, based on secondary data.

Keywords: *improving public administration; Democratic State; globalization; use of technology.*

1 DOUTORADO DIREITO UNIMAR - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA.

2 UNIMAR - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA.

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

TERRON, Letícia Sangaletto; OLIVEIRA, Lourival José. O papel da tecnologia na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 243-260, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.7870>.

1. INTRODUÇÃO

Tem por escopo o presente artigo proporcionar ao leitor uma reflexão sobre o aproveitamento das tecnologias disponíveis para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, considerando as novas necessidades surgidas a partir de um mundo globalizado.

Para que essa análise fosse feita de forma pedagógica, iniciaram-se os estudos com conceituações, compondo-se na sequência por uma apresentação da parte histórica do Estado Democrático de Direito. Após, tomou rumo o tema globalização, com um estudo sucinto a respeito, de forma a encartá-la no tema principal, que se trata da utilização da mesma tecnologia que pode estar contribuindo para o enfraquecimento do Estado Nacional de uma forma invertida, ou seja, para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

A globalização é vista por parte dos estudiosos do assunto como uma etapa de transformação do modo capitalista de produção, considerando que os principais estudos sobre esse fenômeno em geral possuem o viés econômico apenas. Sabe-se que a análise econômica é apenas uma das formas de se compreender a globalização, considerando que o esguelha cultural, político, ambiental, dentre outros, devem também ser analisados.

Diante dessas inúmeras formas de apreensão do fenômeno globalização, uma delas acaba se destacando, ou seja, a possibilidade de enfraquecimento do Estado Nacional por considerá-lo cada vez mais inoperante em face das transformações sociais e econômicas que estão ocorrendo. Considera-se a criação de outros pontos de gravitação do poder, em especial em entes internacionais privados, que acabam sendo dotados de uma outra estruturação de ação que ultrapassa o alcance do próprio Estado nacional.

De outro ponto de visão, tem-se a administração pública nacional, que possui como principal desígnio cuidar do bem comum do cidadão, com o objetivo de atender as finalidades públicas. A utilização das tecnologias pode contribuir com a otimização dos trabalhos, maior efetividade, desburocratizando a prestação de serviços.

O presente estudo objetiva debater a utilização da tecnologia em prol da efetividade do Estado Democrático de Direito, de maneira a permitir principalmente um melhor acesso dos cidadãos às decisões de Estado, assim como o seu aperfeiçoamento no que se refere à criação e gerenciamento de políticas públicas, o que poderá contribuir, ao mesmo tempo, para a sua legitimação.

Foi utilizado o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas que não estão circunscritas apenas à área jurídica, promovendo-se reflexões sobre a aplicação da tecnologia de forma que promova a modernização do Estado.

2. COMPOSIÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para um melhor entendimento a respeito do Estado Democrático Direito faz-se necessário uma abordagem histórica e conceitual, sob pena de não ficar delimitado o estudo que aqui pretende ver desenvolvido.

O conceito de Estado Democrático de Direito, tal como conhecido atualmente, transcorre de acontecimentos através da evolução histórica ('dividida' em Estado Liberal de Direito; Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito). Na Idade Moderna, século XVIII, com influência do iluminismo, diversas transformações ocorreram, com linhas filosóficas caracterizando um Estado Liberal, que se calçava na hipersuficiência e igualdade dos indivíduos, acreditando que os indivíduos e suas relações não precisavam de uma maior intervenção estatal. O liberalismo tem como filosofia e política a não intervenção estatal, baseado na alegação de que as iniciativas individuais são melhores para a vida econômica, social e cultural do cidadão, opondo-se ao nepotismo. (AMORIM, 2010, p. 34-35)

Insatisfeitos com a situação e através de uma revolta popular, há uma transformação do Estado Liberal em Estado Social, no final do século XIX, considerando as alterações mundiais que vinham ao encontro do pensamento de um Estado que ressaltasse os aspectos sociais, onde o Estado e a sociedade se responsabilizam pela hipossuficiência do indivíduo, através de regulação do mercado, políticas públicas e formação de grandes economias. O Estado Social trouxe consigo um imenso compromisso para com o povo, através da promoção de ações positivas, que passariam a ser exigidas, constituindo o próprio significado do Estado Social, que passou a ter como escopo a organização da sociedade com vistas a atender os reclamos sociais. (SOARES, 2012, p. 112-117)

De uma maneira simplificada e objetiva, o Estado Democrático de Direito tem como conceito a referência a um Estado onde o respeito às liberdades civis faz-se necessário a todo e qualquer momento e também às garantias fundamentais, devendo existir, inclusive, garantia dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais e dos direitos políticos.

Isto significa dizer que, para que um Estado alcance o escopo de ser respeitado um Estado Democrático de Direito, todos os direitos dos cidadãos carecem ter cobertura jurídica e serem protegidos pelo Estado, por meio dos seus governos. No Estado Democrático de Direito os governantes precisam respeitar o previsto nas leis.

Como cita o artigo 1º da Constituição Federal brasileira "todo poder emana do povo", ou seja, o Estado necessita se guiar por preceitos democráticos, certificando a justiça social e estabelecido no princípio da dignidade da pessoa humana, com eleições livres, acatando as autoridades públicas, os direitos e garantias fundamentais e o meio ambiente (BRASIL, 1998). Para o autor Alexandre de Moraes:

Caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais [...] exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular (MORAES, 2010, p. 6)

O Brasil emoldura-se no grupo de Estado Democrático de Direito. Suas principais características são soberania popular, da democracia representativa e participativa, um Estado Constitucional e um sistema de garantia dos direitos humanos, como dito anteriormente, tendo como premissa, que a Democracia é um princípio de governo onde o poder decisivo relacionado à política está nas mãos do povo.

O Estado não existe simplesmente para ser Estado, pois se baseia em certas obrigações essenciais à adequada sociedade e espécie humana. Assim, o Estado Democrático de Direito

vem abalizado não somente a atuar na legalidade, mas principalmente em tornar legítimas suas decisões, legitimidade esta que só se dará quando acolhida pelo povo, através de sua participação, coletiva ou individual.

Para José Afonso da Silva o Estado Democrático de Direito é a junção de Estado de Direito com Estado Democrático, não apenas em um sentido formal, mas formando um conceito novo que assegura os princípios de ambos e inclusive adiciona um elemento revolucionário do *status quo*. (SILVA, 1988, p. 1-2)

O Estado de Direito é auferido como instrumento necessário para impedir a utilização de força arbitrária, pois é considerado um ideal para muitos que pregam contra o autoritarismo e o totalitarismo, sendo visto como uma das bases da democracia. A ideia do Estado de Direito vem na contramão do poder arbitrário, por isso é defendido por muitos (democratas, igualitários, liberais etc.)

O Estado de Direito visa como estrutura estatal o Poder Público ser fiscalizado por uma Lei Maior, ou seja, uma Constituição, havendo, assim, um maior caráter jurídico do Poder Político.

No entendimento de Miguel Reale:

Por Estado de Direito entende-se aquele que, constituído livremente com base na lei, regula por esta todas as suas decisões. Os constituintes de 1988, que deliberaram ora como iluministas, ora como iluminados, não se contentaram com a juridicidade formal, preferindo falar em Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por levar em conta também os valores concretos da igualdade. (REALE, 2000, p. 37)

O Estado Democrático assume o desígnio da igualdade, tendo a lei como instrumento de reestruturação social, ultrapassando a utopia de transformação social. O princípio democrático explana em sua essência a exigência da participação ativa de todas as pessoas na vida política do país. Há a necessidade da soberania popular dentro do Estado Democrático. Na concepção de José Afonso da Silva:

o Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem 3 um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento. (SILVA, 2007, p. 66)

O Estado Democrático tem como intuito real concretizar a uma vida digna para o homem. Deve ultrapassar a utopia de dignidade para uma efetiva realidade, cabendo a ele, através de sua participação pública, o feito dessa realidade. O povo tem que ter participação de forma direta nesse Estado.

O Estado deve ter em mente que democracia é a necessidade e capacidade de se resolver os problemas sempre em prol de um bem maior, buscando a materialidade de uma existência com dignidade para sua população, fazendo com que aconteça uma transformação social, através de suas regulações, onde todos os direitos e garantias fundamentais sejam asseguradas e colocadas em prática.

O Estado Democrático de Direito prevê algumas importantes características que são efetivas a sua composição: participação igualitária nas decisões; soberania e soberania popular;

atos administrativos públicos; livre acesso à justiça; garantia da justiça social; dentre outras, e serão analisadas e debatidas nesse trabalho quando defrontes à globalização.

No próximo tópico será travado o estudo no sentido de que essas características ou fatores possam ser mais bem atendidos, levando-se em conta os desafios apresentados por um mundo globalizado.

3. OS DESAFIOS DA GLOBALIZAÇÃO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para muitos quando se fala de globalização vem em mente apenas a fase após a entrada da internet no mundo, mas a globalização acontece desde a época das grandes navegações, séculos XV e XVI, no período mercantilista, tendo sua efetividade no século XX, após a queda do socialismo da Europa e seu impulso maior foi com o neoliberalismo a partir de 1970. No Brasil, a globalização teve maior impacto ao final do século XX, com a privatização de alguns setores econômicos. (IANNI, 2001, p. 86-88)

A globalização advinda da tecnologia através da internet, sistemas digitais, telefonia, comunicações via rede de satélites incidiram da necessidade de barateamento de preço do produto, de uma maior concorrência, na busca pela mão de obra barata, pois os mercados internos estavam desgastados; e, com o fim do socialismo essa busca se estendeu a esse novo mercado.

A globalização é um fenômeno capitalista e um processo de estreitamento das relações econômicas, sociais, políticas e culturais entre os diversos e diferentes países no mundo, tendo a capacidade de destruir barreiras para uma livre circulação de capitais. Uma interligação entre pessoas, comércio e Estados, ligando ao conceito de Globalização os de Universal e Internacional.

Incide na crescente relação entre os países através de uma redução entre suas distâncias geográficas (relação transfronteiriça), ocorrendo, assim, diversas mudanças: na produção de riquezas, no setor de trabalho, na função estatal, nas informações obtidas por todo o mundo, na visão cultural-social-política-econômica. Dessa maneira, pode-se dizer, que seria uma unificação, sem conflitos, do território mundial.

Para Gonçalves (1977 apud ROCHA; STURZA, 2014, p. 5):

Isto é a globalização, esta concepção da chamada “aldeia global” que massifica os meios de comunicação, tornando o orbe inteiro como se fosse uma cidade do interior, que todos já sabem de tudo, afirma Gonçalves (1997). A Terra mundializou-se, de tal maneira que o globo deixou de ser uma figura astronômica para adquirir mais plenamente sua significação histórica. (2014, p. 05)

Com a globalização e o uso desenfreado da tecnologia, prepondera o caráter de que os Estados estão cada vez mais influenciados e limitados por ações de políticas internacionais, ficando em risco a soberania estatal. Ao Estado cabe se amoldar aos caminhos globalizados. Assim como o mundo se adequou e se adequa a globalização, o Direito também precisa se

adequar. Ao Estado Democrático de Direito é preciso se conectar com todas as mudanças, sejam elas positivas ou negativas, trazidas por esse novo paradigma.

A figura de novos atores nesse moderno contexto mundial fez com que o Estado Nacional deixasse de ser o protagonista dominante, havendo uma descentralização de regulações e uma desconstrução na conhecida hierarquia do Direito, onde as consequências ultrapassam o território estatal. Há nesse novo contexto globalizado, uma relação entre as normas mundiais. (SOUZA, 2017, p. 1187).

Nesse mesmo sentido, Eloísa Argerigh:

Desta forma verifica-se que, no contexto da globalização, estamos diante de um processo extremamente complexo, no qual uma nova governança passa a exigir dos Estados novos conhecimentos, mais integração, mais informação, para que se possam manter no cenário internacional. Uma nova postura no que se refere à modificação do papel do Estado, como ator dominante do sistema internacional, não é apenas mais uma necessidade, mas uma exigência crescente. Por isso não é difícil compreender por que os efeitos da globalização, especialmente no que se refere à fragilização da autoridade soberana exercida pelo Estado e à perda de sua autonomia, são tão profundos e polêmicos. (ARGERIGH, 2003, p. 145-146)

A sociedade atual está cada dia mais interligada através da tecnologia, havendo a necessidade do Estado Democrático de Direito se reestruturar e se reinventar, a fim de responder aos anseios sociais, pois com o rompimento das fronteiras territoriais a soberania pode estar ameaçada passando a ser vista como mero procedimento, perdendo sua real eficácia.

Não se pode impor às inovações no campo do Direito, exclusivamente, à globalização, mas é assertivo que a globalização traz reflexos nesse meio, sendo preciso uma análise complexa da situação social, econômica, política e cultural mundial para uma concepção do conhecimento jurídico.

Para o Estado Democrático de Direito, a globalização é uma “faca de dois gumes”, pois ao mesmo tempo em que prevê inúmeros benefícios à sociedade que está sob sua égide, também, traz, principalmente no aspecto social, desigualdades extremas para a mesma população – assunto que será tratado com detalhes no próximo item do trabalho.

Para Fernando de Sousa:

Para que a globalização seja efectivamente um mecanismo de promoção da democratização, o conceito tradicional de “democracia do povo” tem de ser alargado para além das fronteiras territoriais, no sentido em que, face às forças globais, esta relação não se possa restringir à dualidade população-Estado incluída no entendimento tradicional do termo. Nesta perspectiva, a globalização já teve como efeito a elaboração de políticas supra-estatais, que ultrapassam em larga medida as jurisdições nacionais, demonstrando esta necessidade de abertura a uma compreensão mais ampla. por meio da expressão da vontade popular, a definição de uma comunidade supranacional democrática tem sido complexa. Neste contexto de desnacionalização, as organizações internacionais permitem reflectir decisões políticas restritas no contexto de decisão global, procurando reforçar as comunidades políticas no contexto global. Podem por isso constituir veículos de promoção da democratização, pelo seu papel regulador e de governação a nível supranacional, enquanto respeitando e reflectindo princípios democráticos e de promoção social e económica. (SOUZA, 2006, p. 12).

Com a globalização, embora sendo ocidental e capitalista, surge a necessidade de revigorar a sustentabilidade devido ao crescimento exacerbado de muitas nações, no mundo todo. Países ricos ou não, devem caminhar juntos no sentido de cuidar não só do meio ambiente, mas também do meio social em que se vive, adotando decisões de precaução, para se evitar uma maior destruição ambiental para preservação de futuras gerações. (EDDINE, 2008, p. 436).

Nas relações comerciais internacionais atuais, o meio ambiente tem tido destaque, onde cada país da relação comercial se obriga a cuidar do mesmo dentro do seu domínio interno, pois muitos países para alcançarem um enriquecimento acabaram por gerar desigualdades sociais e degradação do seu meio ambiente.

Não há mais como ignorar as mudanças climáticas ocorridas. Não existe nação autossuficiente quando o assunto é meio-ambiente. É necessário que haja um acordo global para que se gere uma solução e que seja a curto, médio prazo e longo prazo, pois o meio ambiente comum (oxigênio, por exemplo) é reponsabilidade de todos e só poderá ser preservado se houver uma ação eficaz e mundial.

Nesse mesmo sentido as palavras de Siomara Cador Eddine, em seu artigo intitulado “A globalização e o papel do Estado: desafios para um Estado Democrático e sustentável”:

Para se alcançar um desenvolvimento que seja sustentável é fundamental estabelecer um compromisso claro com a soberania. Esse compromisso possibilitará a construção de um país mais próspero, com uma democracia fortalecida e com autonomia decisória, proporcionando formas mais diretas de participação e interferência popular na discussão dos grandes temas nacionais. Para isso, precisamos de políticas estratégicas de longo prazo, com intensa discussão sobre os fins e os caminhos do crescimento e da sustentabilidade desejada e possível para a sociedade e o Estado. (EDDINE, 2008, p. 442).

Para que se tenha êxito na democracia ante a globalização é necessário um comprometimento das autoridades, sejam elas nacionais ou internacionais. A forma de se governar tem que entrelaçar os princípios democráticos e a atividade legislativa, diante das necessárias reformulações.

Há o abrandamento das regulações do Estado pelo comércio, ficando claro que o mesmo deve se redefinir no que se relaciona à democracia, procurando reaver as garantias institucionais que possibilitam ao cidadão participar dela, ademais, é clarividente que ao Estado cabe modificar sua forma de pensar em relação ao cumprimento de suas políticas públicas e de seus serviços. (ARGERICH, 2003, p. 4).

Há uma nova configuração mundial, onde a tradicional soberania estatal não replica mais as condições políticas atuais, tendo que se reconstruir o componente democrático para sobrepujar as carências da democracia.

4. A TECNOLOGIA ATUANDO A FAVOR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após breve análise sobre os conceitos de Estado Democrático de Direito e globalização, urge a necessidade de verificar os efeitos da tecnologia frente ao mesmo.

Com o rápido desenvolvimento da tecnologia, houve um maior fluxo de informações obtidas no mundo globalizado, pois a internet é atualmente responsável pela veiculação de um exacerbado número de ideias, conceitos, opiniões, julgamentos concentrados em único acesso. E esse acesso está nas palmas da mão da maioria das pessoas, pois por meio de um smartphone é possível se conectar e saber o que está acontecendo em qualquer local do mundo.

O uso responsável da tecnologia é, sem dúvidas, um forte aliado à democracia. Através da mesma é possível veicular em instantes qualquer tipo de notícia necessária para conhecimento ou esclarecimento sobre um determinado assunto. Através da internet, tem-se a possibilidade de organizar táticas para que decisões sejam adotadas em prol da democracia envolvendo a população de forma geral.

“A tecnologia está fazendo pelo nosso cérebro o mesmo que as máquinas fizeram pelos nossos braços na Revolução Industrial”. (BENVENUTTI, 2018, p. 17). Essa frase é dita por Maurício Benvenutti em seu livro *Audaz*, e tem toda a razão em seus dizeres. A tecnologia se tornou algo disruptivo, pois alterou o prosseguimento habitual de um processo. Com ela aquele segmento normal de veiculação de informações foi rompido. Para se ter uma ideia da mudança temporal de recebimento de informação, em 1965 a notícia da morte do presidente americano Abraham Lincoln demorou 13 dias para cruzar o oceano Atlântico e chegar até a Europa. Em contrapartida, em 1997 (há 22 anos), a quebra da bolsa de Valores de Hong Kong demorou 13 segundos para se propagar mundialmente e devastar as demais bolsas de valores.

Ainda nos dizeres de Benvenutti:

Hoje, uma pessoa no Quênia com um smartphone nas mãos acessa mais informações que o presidente Bill Clinton acessava quando governou os Estados Unidos na década de 90. O Google desse queniano é tão bom quanto o de Larry Page, fundador do próprio Google. O conhecimento que ele obtém é igual ao seu. O empoderamento humano, que começou nas comunicações e no acesso à informação, está expandindo para todas as áreas. E faz com que tecnologias avançadas fiquem cada vez mais próximas dos cidadãos comuns. (BENVENUTTI, 2018, p. 23)

A participação popular é algo primordial para a garantia da democracia, assim, o acesso facilitado, pela internet, às informações políticas, desempenha um papel efetivo nas tomadas de decisões, aprimorando a mesma. Tem-se, dessa maneira, uma ação facilitadora de informações, possibilitando através das redes sociais que as pessoas debatam assuntos antes somente engessados pela mídia física. Não era possível, antes da chegada da tecnologia, internet, um debate sobre o ocorrido. Simplesmente, as informações chegavam à população no formato que interessava a quem estivesse informando e à população cabia lê-las, ou escutá-las, mas nunca debatê-las.

Uma dentre as várias demonstrações de soberania popular no Brasil é o voto e a internet aqui foi importantíssima, pois inúmeras informações e esclarecimentos relacionados aos possíveis governantes chegam a toda população.

Outra forma importante de aperfeiçoamento da democracia através da internet são os portais de transparência do governo. Esses portais necessitam de fontes fidedignas de informações quanto à máquina pública pois não são meras publicações de dados à população, mas sim, dados claros, verdadeiros, inteligíveis, organizados e que sejam de fácil acessibili-

dade. O amplo acesso aos atos públicos é mais uma maneira de se garantir a democracia, e foi reforçado pela Lei de Acesso à Informação, 2011.

Para Marciele Bernardes e Aires Rover:

Nessa linha, os programas de governo eletrônico (e-gov) tomam relevo, pois, a partir da incorporação da internet na rotina das administrações, constituem uma poderosa ferramenta de reforma do Estado e, com isso, facilitam a transparência (*accountability*), a eficiência na prestação de serviços públicos, a luta contra a burocracia e, sobretudo, a individualização do atendimento ao cidadão (BERNARDES; ROVER, 2012, p. 2)

A necessidade de uma ampla divulgação desses dados se deu também pela exigência da própria população em saber como seus representantes estão aplicando os recursos destinados a presente gestão. Com esses dados disponibilizados através da internet a sociedade tem a possibilidade de ser mais ativa, podendo fiscalizar e opinar na formulação de propostas, havendo uma aproximação entre Poder Público e população.

Para que haja realmente benefícios na utilização da internet para divulgação de dados públicos, é imprescindível que quem a utiliza o faça de modo neutro e imparcial, sem manipulação de informação. Outra grande vantagem de obtenção e divulgação de dados, principalmente público, através da internet é seu baixo custo diante dos meios de comunicação tradicional.

Com a veiculação via internet dos gastos públicos, fica muito mais fácil à população fiscalizar esses gastos e sua aplicabilidade, como já mencionado acima, afiançando a garantia da justiça social que é uma característica marcante do Estado Democrático de Direito.

A justiça social visa garantir a igualdade e solidariedade, ancorada nos princípios políticos e morais, buscando um equilíbrio social, pois sem o mesmo não há democracia. O direito à educação, trabalho, saúde, lazer, acesso à justiça e outros, devem ser preservados para que uma menor desigualdade social ocorra. E a tecnologia se torna primordial para essa conquista, pois com ela, através do uso da internet, consegue-se realçar os problemas sociais encontrados, e dessa forma, o Poder Público possa agir na busca de uma sociedade igualitária.

A globalização tem grande responsabilidade para com a garantia da justiça social, pois é ela que garante o crescimento econômico de um país fazendo que seu povo tenha garantias mínimas de dignidade e igualdade de oportunidades. Segundo José Afonso da Silva:

Ter como *objetivo* o bem-estar e a justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar, hão de proporcionar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há de ser equanimemente distribuída. (SILVA, 2007, p. 758)

Para um efetivo Estado Democrático de Direito, faz-se necessário o livre acesso à justiça ou direito ao acesso à justiça, que devido a sua importância é elevado a uma prerrogativa de Direitos Humanos ultrapassando uma garantia constitucional. Cabe a todo homem ser ouvido e julgado por um Tribunal legítimo e imparcial, prevalecendo sempre o princípio da igualdade, pois não se leva em consideração a raça, o sexo, condição financeira, religião do cidadão quando o mesmo buscar por justiça através do Estado.

O custo a essa justiça é elevado, pois necessita de diversos aparatos e procedimentos jurídicos para que ela ocorra. A Lei 1.060/50 e o atual Código de Processo Civil, trazem os

requisitos necessários para que o cidadão se enquadre na assistência judiciária gratuita, transferindo todos os gastos com a justiça para o Estado.

A tecnologia vem de encontro a esses gastos, quando que com seus computadores e internet, diminuiu o tempo processual dos fatos trazidos até o Estado para resolução. Com a redução temporal processual houve um maior dinamismo nos julgamentos e as protelações judiciárias passaram a ser vistas como um problema para o Estado. Um exemplo primoroso de economia processual, é a possibilidade de interrogatórios à distância por videoconferência, em alguns casos específicos.

Além da economia trazida pela tecnologia para o Estado, a mesma trouxe maior satisfação àquele que o procurou, pois a resolução processual passou a ser mais célere e mais clara, porque a parte pode acompanhar, via internet, os passos e rumo que seu processo está tomando.

Quando se trata de um Estado Democrático de Direito há a necessidade de uma Lei maior e a toda sua população cabe segui-la e viver sob seus efeitos e ordens. Não pode nenhum cidadão alegar escusa de conhecimentos das leis que regem seu governo, principalmente em uma democracia, onde a participação do povo deve ser efetiva.

A tecnologia, mais uma vez, se torna essencial, pois divulga de forma fácil, rápida e quase sem custos, informações indispensáveis para que se viva em harmonia com os demais cidadãos. E para que isso ocorra é preciso que o acesso à internet seja facilitado e de custo baixo, para que toda a população possa fazer jus a ela.

A liberdade de expressão e de atos em uma democracia, fazem parte de sua essência. No Brasil os movimentos sociais surgiram no século XIX, com o Movimento da Balaiada no Maranhão. Na década de 60, os movimentos sociais já se voltavam contra o Regime Militar, tendo apoio dos estudantes e de grupos operários. Com a Constituição Federal de 1988, esses movimentos se tornaram mais efetivos. Os movimentos sociais são grupos de pessoas com o mesmo objetivo a ser defendido, seja ele transformador ou pela luta de um bem comum em prol da sociedade, podendo ser contra ou a favor do Estado. São movimentos organizados e com um propósito a ser alcançado. Podem agir em diferentes áreas: religiosa, raça, ambiental, gênero e outras. E também podem ocorrer no mundo todo e ao mesmo tempo, e é aí que a tecnologia interfere. (GOHN, 2011, p. 3-4)

A tecnologia para o sucesso de um movimento social é primordial, pois é através da internet que a maioria dos membros dos movimentos sociais debatem o assunto da pauta, se organizam, se articulam, propagam a hora e local que acontecerá o movimento. Com a chegada da internet esses movimentos ganharam força, pois a facilidade de troca de informações se tornou fácil e imediata. Uma ideia pode ser transportada, através da internet, por todo o mundo, em questão de segundos. E a essa ideia podem surgir adeptos de pensamentos onde se acaba formando um movimento social. Para que de uma ideia surtam efeitos práticos em vantagem de muitos. Toda mudança se inicia de uma ideia e a partir da mesma as atitudes em torno dela trazem melhorias.

Existem diversos movimentos sociais mundiais, que só passaram a ter a força e impacto que têm atualmente devido ao uso da internet, um exemplo disso é o Movimento Feminista. Surgiu em no fim do XIX, com a luta por direitos legais das mulheres em busca do direito de votar. Já em 1960 e 1970, esse movimento procurou direitos igualitários, entre homens e mulheres, e uma maior liberdade feminista. Com a chegada e aplicabilidade da tecnologia

e a esse e outros movimentos - como o Movimento Negro, Estudantil, Operário, LGBTQIA+, Ambientalistas – ficou possível uma maior organização. (BEZERRA, 2019, p. 4)

O maior Movimento Social ocorrido no Brasil aconteceu em 2013, onde através da internet pode-se coordenar e divulgar para todo o mundo os locais, dias e hora que esse Movimento, de cunho social e apartidário, iria ocorrer. (QUEIROZ, 2017, p. 3)

Ainda nessa mesma linha de participação populacional, faz-se mister mencionar o direito à educação como sendo uma característica e garantia ao Estado Democrático de Direito, pois para que o indivíduo se torne um efetivo cidadão ele tem que estar bem habilitado e instruído para que o mesmo não se torne apenas um “fantoche” nas mãos de seus governantes, porque a baixa condição na educação amortece o sistema democrático.

A Constituição Federal de 1988, instituiu no artigo 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)

É preciso que a educação seja levada totalmente a sério em qualquer país que queira ser um verdadeiro Estado Democrático de Direito, e para que isso aconteça é necessário se dispor de um sistema educacional capacitado para designar cidadãos, para que seja evitado analfabetos políticos. Porém, o sistema educacional em qualquer país requer gastos dentro do plano de governo e a tecnologia, nesse sentido, faz-se efetiva para a economia.

Com a tecnologia a educação pode ser oferecida para toda a população com preços acessíveis a mesma, e também ao governo. Cursos on-line, Educação à Distância, bibliotecas digitais são realidades oferecidas e inteligíveis no Brasil. Não somente uma economia financeira é obtida com esses cursos, mas também uma economia de tempo, pois num país pobre onde a população tem que trabalhar, muitas vezes os três períodos, poder estudar no aconchego de seu lar, junto de sua família, é uma conquista. Com o uso da tecnologia a educação pode chegar a lugares antes não possíveis, garantindo a democracia.

A tecnologia está presente no Estado Democrático de Direito e de certa maneira, inerente, fazendo-se necessária cada vez mais sua utilização para a efetivação do mesmo, com ponderação e responsabilidade.

5. PROCESSOS DE DESCONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA EM FACE DO MAU USO DA TECNOLOGIA

Ao mesmo tempo em que a tecnologia é algo incrível e está enraizada no Estado Democrático de Direito, é necessário ponderar seu uso. Ao Estado Democrático de Direito também é necessário outros fundamentos e características necessárias à sua existência.

O mundo antigamente era visto de forma linear e local e hoje é visto de forma exponencial e global devido ao uso constante da tecnologia. Sensores, drones, impressoras 3D, internet das coisas, inteligência artificial, robôs etc., evoluem de forma absurdamente rápida, sendo

protagonistas das alterações notadas na sociedade (DESIDERI, 2017). O pensamento linear do homem e a crescente exponencial da tecnologia podem gerar excelentes oportunidades (como citado no item anterior) ou uma tragédia anunciada – como será visto nesse item.

De acordo com um estudo feito pelo Fórum Econômico Mundial, em Davos, em janeiro de 2018, ficou claro que 65% das crianças da atual primeira série irão trabalhar em atividades totalmente novas, que ainda não existem, devido ao uso constante de novas tecnologias, o impacto da automação e a inteligência artificial. (BENVENUTTI, 2018, p. 55). Esse assunto e esses dados assustam a maior parte da população, não só brasileira, como mundial, pois a dúvida que paira é se os empregos deixarão de existir ou se somente precisarão de uma nova adaptação à realidade tecnológica.

Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é manter dignidade a sua população. E essa dignidade tem como princípio o trabalho digno. Há muito os empregos se modificam. Não é de hoje que a estrutura empregatícia sofre com a tecnologia, pois desde a I Revolução Industrial existem discussões acerca dos benefícios ou malefícios do uso da tecnologia, tudo dependendo do momento econômico pelo qual o mundo passa.

É claro que a inovação assusta e muitas vezes atrapalha o mercado econômico, pois traz dificuldades de adaptação e de aprendizagem sobre novo. A relação entre emprego e inovação muitas vezes gera conflitos e é totalmente complexa, conforme os dizeres de Jorge Mattoso, professor de Economia da Unicamp:

Não é de hoje a introdução da inovação tecnológica no processo produtivo e é resultado da concorrência entre os capitais. Seu objetivo maior é elevar a produtividade e reduzir o trabalho vivo diretamente envolvido nesse processo. Se “a máquina é inocente das misérias que ela causa” (Marx, 1975), o desemprego é, contraditoriamente, consequência do desenvolvimento do progresso técnico, nas condições próprias ao funcionamento sem controle do modo de produção capitalista. Em outras palavras, embora o móvel da inovação tecnológica seja a dinâmica da acumulação na busca incessante da maior valorização possível do capital, ela move-se contra os trabalhadores e a sociedade como resultado da sua apropriação privada, de sua utilização unilateral e sem regulação social. (MATTOSO, 2000, p. 2)

A diminuição da intermediação do homem em diversas atividades, como por exemplo, transações bancárias, compras e atendimentos on-line, já fazem parte do dia-a-dia de muitas populações, inclusive a brasileira.

É indiscutível a necessidade de novas tecnologias para se obter a modernização, mas ao mesmo tempo, fica inevitável a perda de empregos com um prejuízo gigante para a sociedade, atingindo de certa forma o Estado Democrático de Direito, considerando que o poder decisório foi transferido para o plano internacional e na maioria das vezes encontra-se vinculados a grandes conglomerados bancários.

Conforme dados do site da CONTRAF-CUT, de 22 de janeiro de 2016, os bancos, visando manter apenas seus lucros exorbitantes, estão demitindo cada vez mais funcionários, contratando menos e com salários cada vez menores, pois as transações feitas pela internet, através de smartphone ou computadores, é muito mais barata e rápida.

Em 2015, os bancos que operam no Brasil fecharam 9.886 postos de trabalho, de acordo com a Pesquisa de Emprego Bancário (PEB), divulgada nesta sexta-feira (22) pela Contraf-CUT. O número quase dobrou em relação a 2014, quando foram fechados 5.004 empregos no setor bancário, representando um avanço de 97,6%.

O estudo é feito mensalmente, em parceria com o Dieese, usa como base os dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e também revela que nos últimos três anos o setor permaneceu extinguindo empregos. Na comparação com o ano 2013, quando houve o corte de 4.329 postos de trabalho, os números de 2015 representam um aumento ainda maior, de 128,4%. (CONTRAF-CUT, 2016, p. 1)

Inúmeros outros setores já sofrem frequentemente com o desemprego para que consigam sobreviver nesse mercado tão concorrente devido a inovação tecnológica, e alguns outros estão prestes a sofrer.

O Estado Democrático de Direito, com as inovações tecnológicas, não sofre impacto negativo apenas com o crescimento do desemprego, o que dificulta a realização de um dos seus maiores resultados, que no caso é a dignidade da pessoa humana. Acaba sendo também corroído por conta dos meios de comunicação social, que também são chamados de mídias sociais, como por exemplo, através da propagação de notícias falsas.

Os movimentos sociais organizados através das redes sociais já mencionados no item anterior também podem ser geradores de prejuízos ao Estado Democrático de Direito, pois ao concentrarem muitas pessoas em torno de um propósito, pode-se ter a destruição de bens públicos e particulares, violência física/moral/sexual entre os participantes e não participantes do movimento. O Estado Democrático de Direito pode sofrer malefícios com o uso indiscriminado das tecnologias, onde os que detêm o poder sobre elas podem explorar os desinformados, deixando-os à margem e levando-os à exclusão dos verdadeiros valores éticos, morais, sociais, financeiros, empregatícios e outros.

A questão principal que surge é como trabalhar questões pouco conhecidas, com abrangência planetária, empregando a engenhosidade tecnológica com os mesmos arcabouços utilizados quando ainda não existentes esses novos elementos. Por certo são essas as dificuldades maiores que levam a dúvidas quanto ao tipo de ação a ser implementada para que o Estado Democrático de Direito continue existindo?

6. O USO DA TECNOLOGIA NO PROCESSO DE APERFEIÇOAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao Estado cabe afiançar as garantias sociais, e, inclusive, prestar contas dos recursos que lhe foram depositados pela coletividade. Para cumprir o seu papel da melhor forma é preciso implementar os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Esses princípios estão previstos no artigo 37, da Constituição Federal. Além da Constituição, existem outros mais princípios elencados em leis esparsas, aos quais todas as pessoas pertencentes à administração pública devem se ajustar, para que as atividades do setor público tenham uma atuação apropriada. A administração pública nacional tem como desígnio trabalhar para zelar pelo bem comum da coletividade, em prol do interesse público, do interesse dos seus cidadãos e dos direitos dos mesmos. Cabe a ela administrar diversos serviços, órgãos e agentes estatais na busca por atender as indigências da sociedade.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

Daí o dever indeclinável de o administrador público agir segundo os preceitos do Direito e da Moral administrativa, porque tais preceitos é que expressam a vontade do titular dos interesses administrativos – o povo – e condicionam os atos a serem praticados no desempenho do múnus público que lhe é confiado. (MEIRELLES, 2010, p. 87)

Para que a administração pública consiga atingir de forma concreta o que lhe é designado, é necessária aprimorar-se em função do uso da tecnologia. O setor público carece de inovação tecnológica para que haja uma evolução nos serviços oferecidos pelo mesmo. A burocracia e a falta de eficiência nos serviços prestados estão cada vez menos aceitáveis pela população, por esse motivo, a administração pública necessita melhorar os serviços prestados através da tecnologia, tornando-a aliada a redução de custos, desburocratização e efetividade nos atendimentos perpetrados.

A tecnologia, através da internet, tem o poder de integrar população e administração pública e é por ela que a divulgação de informações chega a todos. A transparência na gestão pública é algo primordial na relação entre administração e população.

O desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação (TIC's), independente dos possíveis riscos advindos da revolução tecnológica, possibilita uma participação populacional junta à administração pública, nunca vista anteriormente à internet. Nas palavras de Bernardes e Rovers:

Como se nota, a despeito das divergências doutrinárias acerca das ambivalências e riscos oriundos da revolução tecnológica, o fato é que este cenário de maior abertura à interação e participação entre as pessoas e as instituições faz com que o usuário-cidadão passe a ter também a oportunidade de maior interação com o governo, de ter acesso às informações relevantes sobre a gestão dos interesses públicos, de participação nos processos administrativos e políticos, enfim, uma nova possibilidade de exercício da democracia em meio digital. Talvez esse represente um dos maiores contributos da internet. (BERNARDES; ROVER, 2012, p. 4)

Essas tecnologias criam oportunidades para a população participar através de plebiscito do mecanismo de funcionamento da administração e permite a mesma se orientar quanto às necessidades da população. É preciso ver o progresso tecnológico como instrumento para o atendimento das demandas sociais. A transparência demonstrada pela administração pública através de seus portais poderá contribuir com a credibilidade e confiança. Contudo, não basta apenas prestar informação, é necessário para que haja uma democracia digital que o cidadão participe efetivamente dos programas de governo, deliberando e demonstrando através de sua vontade a construção de uma vontade coletiva.

Uma administração eficiente é aquela que obtém resultados positivos com custos mínimos e esforços reduzidos. Ou seja, é preciso oferecer à população serviços de qualidade, em tempo razoável e monetariamente viável. A tecnologia na administração pública serve para conciliar o que é preciso para se obter uma eficácia em sua gestão, permitindo a mesma a fiscalização das ações públicas, auxilia os administradores na preparação do programa estratégico de forma a obter-se a melhor forma para o emprego dos recursos financeiros.

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Cesar Leandro de Almeida Rabelo enfatizam:

Temos que lançar mão da tecnologia, da informática e da Internet, como mecanismos para melhorar nossa vida, através da participação efetiva na vida do país, sugerindo, controlando e executando políticas públicas. Assim, devemos exercer a democracia participativa, conforme o modelo através de debates sobre questões públicas no ambiente virtual fazendo uso dos mecanismos do Governo Eletrônico. (VIEGAS; RABELO, 2011, p. 3)

A inserção de tecnologias nos serviços públicos pode mudar em grande parte a forma do trabalho produzido, porquanto os computadores aceleram o ritmo das inúmeras atividades feitas e, inclusive, poderá promover a maior eficiência e otimização dos serviços públicos. Assim, a administração tem celeridade e economia em seus serviços prestados, aprimorando seu atendimento à população.

O emprego da TIC's serve como instrumento de segurança de credibilidade e confiabilidade, velocidade, e, qualidade dos serviços, podendo vir a estabelecer ajustes entre os administradores públicos e o cidadão. Com o uso da internet torna-se possível compartilhar informações e recursos. A administração pública, antes dessa evolução, utilizava a tecnologia de maneira isolada e engessada, e muita vez repetia-se mesmo feito. Ao compartilhar informações, essa mesma administração consegue prestar um melhor e mais célere atendimento. (CUNHA; MIRANDA, 2013, p. 3)

Não é mais admissível uma gestão pública não se servir de tecnologia. As tecnologias de comunicação e informação vieram para reestruturar o entendimento de administração pública, tornando-a mais democrática, eficiente, célere e econômica.

Por outro lado, ainda permanecem os desafios para o Estado Democrático de Direito na medida em que mesmo com o emprego dessa tecnologia a seu favor, a sua capacidade de promover a defesa dos interesses nacionais passa por sua subordinação ao mercado financeiro internacional.

A atribuição ao Estado nacional da condição de protagonista, ou seja, capaz de agir de forma a reorganizar os setores produtivos estratégicos por meio de políticas públicas, parece algo quase inatingível quando se pensa na erosão gradual do seu poder de estabelecer um equilíbrio geral.

7. CONCLUSÃO

Com a globalização e a aplicabilidade da tecnologia inúmeras consequências advieram para o Estado Democrático de Direito. Pode ser citado como exemplos o uso desenfreado e

inconsequente da tecnologia, a internalização das políticas internacionais e a própria existência de uma soberania compartilhada internacionalmente.

A soberania de um Estado sempre fora vista enquanto geração de limites políticos e econômicos com a construção de fronteiras territoriais, que na maioria das vezes eram intransponíveis. Com a globalização, o mundo passou a ser compreendido de forma homogênea, com a redução de barreiras comerciais e sociais e ao mesmo tempo com a descentralização do poder político.

A tecnologia foi um dos instrumentos utilizados para promover essa citada integração, criando conseqüentemente outras esferas de poder de forma a redesenhar a própria estrutura do Estado nacional, que a cada momento foi perdendo a sua proeminência. Nesse sentido, tem-se a tecnologia empregada de forma a produzir uma verdadeira corrosão do Estado nacional e conseqüentemente do seu poder de atuação.

Processos de desterritorialização e novos procedimentos de gestão pública acabaram se tornando um marco decisivo para que sejam promovidas as mudanças no Estado Democrático de Direito que sejam capazes de estabelecer um processo de reconstrução/ adaptação a essa nova realidade. Cada vez mais cresce a complexidade de entendimento desse novo mundo internacionalizado, ultrapassando as regras de antes, cuja finalidade principal era regular apenas aquilo que ocorria no âmbito do território nacional.

Dentro desse contexto surgiu a indagação, que é o principal objetivo do presente estudo. Como aproveitar essa tecnologia para o aperfeiçoamento desse mesmo Estado, de forma a possibilitar a promoção dos seus principais objetivos? Primeiramente explorou-se a chamada tecnologia voltada à informação, considerando que através dela poderá fortalecer a democracia, com a viabilização da participação democrática da população nas tomadas de decisões. Outras finalidades como o aperfeiçoamento da educação através de novos procedimentos, o maior acesso à justiça e o aperfeiçoamento da máquina administrativa também poderão ser obtidas através desse processo de redimensionamento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ivan Gerage. *Cidadania dos trabalhadores e as centrais sindicais no Brasil*. 2010. 276 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/991/1/Ivan%20Gerage%20Amorim.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

ARGERICH, Eloísa Nair de. Soberania, Democracia e Globalização: algumas reflexões e possíveis desdobramentos. *Revista Direito em debate*, ano XI, n. 20, jun/dez. 2003. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/742>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BENVENUTTI, Maurício. *Audaz: as 5 competências para construir carreiras e negócios inabaláveis nos dias de hoje*. São Paulo: Editora Gente, 2018.

BENVENUTTI, Maurício. *Incansáveis: como empreendedores de garagem engolem tradicionais corporações e criam oportunidades transformadoras*. São Paulo: Editora Gente, 2016.

BERNARDES, Marciele Berges; ROVER, Aires José. *O papel das novas tecnologias na gestão democrática das cidades: uma análise do portal orçamento comunitário da prefeitura de Campo Grande*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=028ee724157b05d0>. Acesso em: 3 maio 2020.

- BEZERRA, Juliana. *Significado de Exemplos de Movimentos Sociais*. 2019. Disponível em: <https://www.significados.com.br/exemplos-de-movimentos-sociais/>. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRAIDO, Janaina Agostini. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o caso dos pescadores costeiros de praia*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12174. Acesso em: 20 abr. 2020.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1999.
- CONTRAF-CUT. *Corte de empregos no setor bancário aumenta 97,6% em 2015*. 2016. Disponível em: <https://contraf-cut.com.br/noticias/corte-de-empregos-no-setor-bancario-aumenta-97-6-em-2015-679e/>. Acesso em: 14 out. 2020.
- CUNHA, Maria Alexandra Viegas Cortez da; MIRANDA, Paulo Roberto de Mello. O uso de TIC pelos governos: uma proposta de agenda de pesquisa a partir da produção acadêmica e da prática nacional. *Organizações & Sociedade*, Salvador, v. 20, n. 66, jul./set. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1984-92302013000300010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/osoc/a/gDHX66twKTVV6SD3VJnKSWL/?lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2020.
- DESIDERI, Leonardo. *Caminhos para o futuro e desenvolvimento: tecnologias exponenciais serão protagonistas de revolução nas indústrias*. 2017. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- EDDINE, Siomara Cador. *A globalização e o papel do Estado: desafios para um Estado Democrático e sustentável*. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/462>. Acesso em: 1 maio 2020.
- ERISMAN, Porter. *Por dentro do Alibaba: como a maior empresa de e-commerce do mundo está mudando os rumos dos negócios on-line*. Tradução de St. Martin's Press LCC. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 47, maio/Ago. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-24782011000200005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbedu/a/vXJKXcs7cybL3YNbDCKCRVp/?lang=pt>. Acesso em: 14 out. 2020.
- IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- MATTOSO, Jorge. Tecnologia e emprego, uma relação conflituosa. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v.14, n. 3, jul./set. 2000. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392000000300017>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/dwfpMFS DhhrXhG58JqL8KVj/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- QUEIROZ, Eliani de Fátima Covem. Ciberativismo: a nova ferramenta dos movimentos sociais. *Revista Panorama*, Goiânia, v. 7, n. 1, p. 2-5, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/panorama/article/view/5574>. Acesso em: 16 out. 2020.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROCHA, Claudine Rodembusch; STURZA, Janaína Machado. Democracia digital e o efetivo poder estatal: a internet como instrumento para a concretização de direitos. In: DIREITOS E NOVAS TECNOLOGIAS II - XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFPA. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=253>. Acesso em: 14 out. 2020.
- SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito administrativo*, v. 173, jul./set. 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>. Acesso em: 18 abr. 2020.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 2. ed. Brasil: Malheiros, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Livia Ferreira Maioli. *Os Estados Liberal e Social e as Constituições brasileiras no tocante à ordem econômica*. Niterói: PPGSD-UFF, *Confluências*, v. 13, n. 2, p. 110-130, nov. 2012. Disponível em: file:///C:/Users/letic/Downloads/34389-115485-1-PB.pdf. Acesso em: 14 out. 2020.

SOUSA, Fernando. A democracia, face política da globalização? *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 49 n.1, jan./Jun. 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292006000100001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbpi/a/JWJk7fwN95fBMSNJK755khh/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 18 abr. 2020.

SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. Direito, Estado e Democracia em Tempos de Globalização. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 12, n. 3, 2017. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica. Acesso em: 29 abr. 2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida. *A Participação da Sociedade Brasileira nas decisões do Governo a luz da Democracia Digital*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10708&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 2 maio 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Estado de Direito*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>. Acesso em: 20 abr. 2019.

WITT, Stephen. *Como a música ficou grátis: o fim de uma indústria, a virada do século e o paciente zero da pirataria*. Tradução de Andrea Gottlieb de Castro Neves. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

Recebido/Received: 08.05.2020.

Aprovado/Approved: 24.04.2021.

O PODER AMBIVALENTE DA TECNOLOGIA, O IMPERATIVO CATEGÓRICO DE HANS JONAS E SUA ADEQUAÇÃO PARA A SOCIEDADE NA ERA DIGITAL

THE AMBIVALENT POWER OF TECHNOLOGY,
HANS JONAS' CATEGORIC IMPERATIVE AND ITS
ADEQUACY FOR THE SOCIETY IN THE DIGITAL AGE

MARIA CRISTINA CONDE PELLEGRINO¹

BRUNO PAIVA BERNARDES²

ASTREIA SOARES BATISTA³

RESUMO

O uso da técnica moderna exige uma responsabilidade ética diante da ambivalência dos impactos do agir humano, em que a heurística do temor se apresenta como a melhor direção em favor da sociedade atual e futura. O novo dever ser reclama uma nova forma de pensar, privilegiando o diagnóstico de resultados negativos, de modo a considerar as possíveis ameaças que poderão advir das conquistas tecno-científicas. Assim, o presente artigo tem como objetivo investigar a aplicação da teoria da responsabilidade ética de Hans

- 1 Advogada. Mestranda em Instituições Sociais, Direito e Democracia (Universidade FUMEC). Especialização em Direito de Empresa e Direito Tributário (Centro Acadêmico em Direito da Universidade Gama Filho/RJ). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenadora da área civil e família do escritório Aristóteles Atheniense Advogados. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0601593500558414>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9087-4454>.
- 2 Doutorando em Teoria do Direito e da Justiça pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC (aprovado com distinção), tendo sido bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Pós-Graduado em Filosofia e Teoria do Direito pela PUC Minas (2017). Pós-Graduado em Direito Processual pela UNISUL (2009). Professor de cursos Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu em Direito, além de cursos preparatórios para carreiras jurídicas. Coordenador Adjunto e Diretor de Eventos, Ensino e Extensão do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Tem experiência na área de Direito, inclusive na orientação de pesquisas, com ênfase em Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Metodologia da Pesquisa Científica. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7434470214268190>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0340-0328>.
- 3 Doutora em Ciências Humanas - Sociologia pelo PPGSA/IFCS da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2006), com bolsa sanduiche na Universidade de Estocolmo/Suécia; Mestre em Sociologia da Cultura (1993) e Graduada em Ciências Sociais (1981) pela Universidade Federal de Minas Gerais. Desde 1991 é professora Titular I da Universidade Fumec/MG, onde leciona nos cursos de graduação de Direito, Comunicação e Psicologia e no Programam de Pós-graduação em Direito. Tem experiência na área de Sociologia e Antropologia, com ênfase em Estudos da Cultura, da mídia e da relação Direito e Sociedade, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos sociais, das minorias, espaço urbano, música, cinema, diversidade cultural, diásporas e deslocamentos e cooperação internacional. Como pesquisadora tem contado com recursos da Fapemig, Funadesp, CNPq e ProPic- Fumec. Atua como parecerista da Funadesp, desde 2009 e de revistas científicas. No DGP é líder do grupo de Pesquisa Comunicação, Cultura e Mudança Social. Na gestão da Universidade FUMEC foi Pró-reitora de Pesquisa, implantou e coordenou o Setor de Relações Internacionais, foi membro do Conselho Superior - Consuni, presidente do Conselho Superior de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão - Conseppe, do Comitê de Ética em Pesquisa - CEP e membro do Núcleo Avançado de Ciência Tecnologia e Inovação- NATI e coordenadora do Mestrado em Estudos Culturais Contemporâneos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9502578040829098>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5072-1453>.

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

PELLEGRINO, Maria Cristina Conde; BERNARDES, Bruno Paiva; BATISTA, Astreia Soares. O poder ambivalente da tecnologia, o imperativo categórico de Hans Jonas e sua adequação para a sociedade na era digital. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 261-278, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8504>.

Jonas no contexto da era tecno-digital. Indaga-se, como problema de pesquisa, se o princípio da responsabilidade proposto por Hans Jonas atende às exigências de conduta da sociedade digital contemporânea. Como hipótese, afirma-se que a sociedade digital contemporânea exige uma conduta autodeterminada para o domínio do agir individual, como essência do ser humano, ensejando uma adequação do imperativo categórico de Hans Jonas, que contemple um obstáculo natural à inexorável quebra da privacidade na era digital. Fora realizada, precipuamente, pesquisa bibliográfica, em livros, artigos e teses referentes ao tema. A pesquisa se insere na vertente jurídico-social, adotando, como raciocínio predominante, o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Hans Jonas; princípio da responsabilidade; tecnologia; imperativo categórico.

ABSTRACT

The use of modern technique requires an ethical responsibility in the face of the ambivalence of the impacts of human action, in which the heuristic of fear presents itself as the best direction in favor of current and future society. The new must be called for a new way of thinking, privileging the diagnosis of negative results to consider the possible threats that may arise from the techno-scientific achievements. Thus, this paper aims to investigate the application of Hans Jonas' theory of ethical responsibility in the context of the techno-digital era. As a research problem, it asks if the principle of responsibility proposed by Hans Jonas meets the conduct requirements of contemporary digital society. As a hypothesis, it states that the contemporary digital society requires self-determined conduct for the domain of individual action, as the essence of the human being, giving rise to an adaptation of Hans Jonas' categorical imperative, which contemplates a natural obstacle to the inexorable breach of privacy in the era digital. Bibliographic research was primarily carried out in books, articles, and theses related to the theme. The research is inserted in the juridical-social aspect, adopting, as predominant reasoning, the hypothetical-deductive.

Keywords: Hans Jonas; principle of responsibility; technology; categorical imperative.

1. INTRODUÇÃO

Uma novidade de quase meio século, a tecnologia digital prometeu – e, de fato, cumpriu – o sonho de um mundo conectado, onde os dados e informações pessoais constituem-se em ativos financeiros importantes, capazes de definir estratégias e decisões, nos mais variados segmentos da sociedade.

Os avanços tecnológicos, que expõem a pessoa humana a novas situações, e por isso, a novos perigos, reclamam uma ética da responsabilidade, por meio da resignificação do poder humano, decorrente do autodidatismo incontrolável e da velocidade das mudanças promovidas pelo agir humano. Contemporaneamente, o homem experimenta o rompimento entre a teoria e a prática. Acopla a ciência à técnica, para dar aplicação prática ao conhecimento teórico, por meio da tecnologia, que passa a ser a marca da sociedade.

Se a (r)evolução técnico-científica tem promovido transformações no modo de viver, de pensar e de se relacionar, isso significa que o agir humano também se transformou, e, a partir desse novo agir, impõe-se, igualmente, um novo pensar reflexivo sobre a atuação humana. Esse novo pensar está intrinsecamente relacionado à responsabilidade ética, ou seja, à responsabilidade na valoração moral do agir humano diante da ignorância das consequências e do impacto de novas tecnologias. Nesse contexto, a ética se apresenta como um fator de moderação do agir por agir, do fazer por fazer, e o receio das consequências se revela um recurso metodológico para reflexão ética.

A revolução tecnológica, experimentada desde o final do século XX, deu ao homem a noção – ou suposição – de poder controlador sobre a humanidade, que conduziria à expansão infinita das condições da vida humana. Contudo, se por um lado a tecnologia trouxe avanço e desenvolvimento, por outro trouxe a necessidade de controle do poder e de previsibilidade dos prognósticos.

As novidades e a intromissão tecnológica na vida cotidiana causaram a ilusão de que todos os problemas estarão solucionados pelo poder da própria tecnologia. Cada vez mais o homem se vê compelido à atualização compulsória dos equipamentos, impulsionado pelo conhecimento e sua instrumentalização, não obstante a imprevisibilidade das consequências práticas de sua descoberta. A tecnologia não mais obedece a razão humana, ao contrário, impõe-se como o condutor da humanidade, numa obsolescência programada da vida humana.

O agir humano não se limita ao comportamento de indivíduos singulares, mas abarca, também, os sujeitos coletivos que antes não experimentavam a ética por si, como organizações, indústrias, órgãos de pesquisa, empresas de tecnologia, assim considerados como agentes complexos que produzem ação em todo o planeta de forma significativa, e que, por isso, também devem assumir uma responsabilidade ética, antes reservada ao ser humano.

A partir do momento em que o desenvolvimento tecnológico colocou o homem em condições teóricas e práticas de destruir sua própria autonomia, liberdade e privacidade, ameaçando garantias individuais reconhecidas universalmente, a ação do homem passou a reclamar limites, se não pela consciência ética, decerto pelo poder normativo.

Com efeito, o desenvolvimento tecnológico não afeta somente a seara econômica, mas, igualmente, a esfera pessoal, em que os cidadãos se veem em meio a novas relações sociais e políticas, assumindo a posição de objetos pensados como meio para instrumentalização da técnica.

Foram essas evidências que despertaram a reflexão de pensadores para uma ética contemporânea, aplicada ao agir tecnológico, isto é, aplicada às transformações da ação humana no novo cenário tecnológico-digital, para o qual as éticas tradicionais não se mostravam mais suficientes.

Assim, o presente artigo tem como objetivo investigar a aplicação da teoria da responsabilidade ética de Hans Jonas (2006) no contexto da era tecno-digital. Indaga-se, como problema de pesquisa, se o princípio da responsabilidade proposto por Hans Jonas atende às exigências de conduta da sociedade digital contemporânea. Como hipótese, afirma-se que a sociedade digital contemporânea exige uma conduta autodeterminada para o domínio do agir individual, como essência do ser humano, ensejando uma adequação do imperativo categórico de Hans Jonas, e que contemple um obstáculo natural à inexorável quebra da privacidade na era digital.

No tópico dois, abordar-se-ão os motivos da reflexão e da proposição da ética da responsabilidade de Hans Jonas como um novo dever, ser e agir humanos. No terceiro tópico, o estudo tratará da heurística do medo – ou heurística do temor, numa tradução mais consentânea ao contexto filosófico –, em que o filósofo alemão pretende que a ética esteja interligada antes ao receio do que ao desejo pelo novo, para que o desenvolvimento tecnológico não se transforme numa ameaça, ou, de fato, numa aniquilação da autenticidade humana. Em seguida, o tópico quatro tratará do imperativo categórico proposto por Hans Jonas, ainda que

à época o autor não tivesse ciência de que, no século XXI, as relações estariam estratificadas em meios digitais. Ao final, esse estudo ousa propor um imperativo categórico para a era digital, tendo como referencial teórico o imperativo categórico de Hans Jonas.

Fora utilizada, precipuamente, a pesquisa bibliográfica, por meio de livros, artigos e teses. A pesquisa se insere na vertente jurídico-social (GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020), adotando, como raciocínio predominante, o hipotético-dedutivo.

2. A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE DE HANS JONAS

Hans Jonas, filósofo alemão de origem judaica, com forte atuação intelectual ao longo do século XX, iniciou seus estudos como discípulo de Martin Heidegger, acompanhando seu mentor até a Universidade de Freiburg, onde conheceu Rudolf Bultmann e, sob sua orientação, apresentou a tese sobre gnose no cristianismo, que contém uma marcante originalidade “[...] ao demonstrar a ligação direta do gnosticismo antigo ao pessimismo existencial dos tempos modernos” (OLIVEIRA, 2014, p. 20).

A partir daí, a preocupação de Jonas com a colocação do homem no universo e a necessidade de autoafirmação para fixação de seu lugar no mundo, demonstrou a ambivalência do poder humano sobre a natureza, em que tanto o homem, como a natureza tornam-se objeto da técnica, “[...] que passa a crescer desvencilhada da capacidade reflexiva ética a respeito de suas potencialidades positivas e negativas” (OLIVEIRA, 2014, p. 12).

É na busca pelas bases de uma nova ética para a orientação da atividade tecnológica, que em 1979, Hans Jonas (2006) apresenta a obra “O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica”, em que propõe um novo conceito moral, em substituição aos antigos imperativos éticos, para proteção do homem e da natureza contra os riscos e perigos da técnica.

Sem se caracterizar como um tecnofóbico, o autor adverte sobre a necessidade de reafirmação da indispensável aliança entre o progresso tecno-científico e a elevação ético-moral, de modo a entender e orientar a natureza modificada do agir humano, propondo a responsabilidade ética na civilização tecnológica, sob um novo imperativo categórico.

Na apresentação do preceito ético de Hans Jonas, Maria Clara Lucchetti Bingemer, também citando o autor, assevera que:

Para que haja responsabilidade é preciso existir um sujeito consciente. Contudo, o imperativo tecnológico elimina a consciência, elimina o sujeito, elimina a liberdade em proveito de um determinismo. A hiperespecialização das ciências mutila e desloca a noção mesma de ser humano. Esse divórcio entre os avanços científicos e a reflexão ética fez com que Jonas propusesse novas dimensões de responsabilidade, pois “a técnica moderna introduziu ações de magnitudes tão diferentes, com objetivos e consequências tão imprevisíveis, que os marcos da ética anterior já não podem contê-los”. (BINGEMER, 2006, p. 18)

Com a ascensão nazista, Jonas viu-se forçado a deixar o território germânico, passando a residir na Inglaterra, onde se alistou no exército britânico, na luta contra o nazismo (OLIVEIRA,

2014). E foi durante a Segunda Guerra Mundial que Hans Jonas vivenciou e testemunhou os maiores horrores do emprego da tecnologia. Naquele contexto de guerra, o intelectual passou a manter um olhar crítico em relação ao domínio da tecnologia e sua aceitação cega pelo homem, exteriorizando sua preocupação com o futuro da humanidade e a autenticidade da vida humana em publicações como “Fenomenologia da vida: fundamentos para uma biografia filosófica”; “Ensaio Filosófico: do antigo credo ao homem tecnológico”; “Saber, fé, a razão e a responsabilidade: seus ensaios” (OLIVEIRA, 2014); até que em 1979, pela especificidade do tema, Hans Jonas (2006) publicou, em alemão, sua língua materna, a obra “O princípio da Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica”, cujas conclusões serviram de base para mais duas obras futuras, complementares ao estudo da responsabilidade ética (OLIVEIRA, 2014).

Hans Jonas referencia as bombas atômicas lançadas sobre as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki como exemplo do potencial destruidor e apocalíptico da tecnologia, sendo certo que nem o potencial destrutivo previsível foi capaz de controlar os poderes extremos do conhecimento tecnológico e sua utilização, que o ser humano insiste em continuar conquistando e exercendo (JONAS, 2006).

A despeito de o conhecimento tecnológico já haver demonstrado a capacidade de construir bombas, provocar desastres radioativos e ambientais, monopolizar a atenção dos homens, limitar a liberdade e a privacidade da humanidade, as consequências desse ilimitado saber foram e vêm sendo recebidas como um destino inevitável da evolução do conhecimento humano, com o qual o planeta, de forma global, terá que se submeter e se adaptar – para não dizer se escravizar – ao seu comando.

Com efeito, a utopia da solução tecnológica tornou-se um incentivo para a construção de um sistema ético filosófico, apoiado no ser, no sentido de existir, e não mais no “dever ser”, no sentido de agir, porque o agir humano atual tem repercussão no futuro da humanidade e, portanto, na condição de “ser” humano (JONAS, 2006).

Diante da pergunta se deve existir alguma coisa ao invés do nada, Hans Jonas (2006, p. 87) reformula a indagação e a coloca de forma fundamental para sua teoria, porquanto na sua visão ética há uma obrigação incondicional da existência humana, e “essa imposição se faz a partir de um dever primário com o Ser, em oposição ao nada”.

Sob esse prisma, Hans Jonas (2006, p. 95) desenvolveu os conceitos de bem, de dever e do ser, trazendo a concepção de que o centro da ética do futuro não está na doutrina do fazer comportamental, “[...] mas na metafísica, como doutrina do Ser, da qual faz parte a ideia do homem”. Não se trata simplesmente de alterar a ação, mas, fundamentalmente, quem promove a ação, de forma a legitimar a ação.

Ao “dever ser” humano, Jonas conecta a responsabilidade do ser, isto é, aos deveres do ser, que devem ser reconhecidos prioritariamente para o discernimento dos valores a serem considerados, para a conjecturação da futura existência humana. Sobre a teoria dos valores, Hans Jonas explica que:

[...] somente da objetividade se poderia deduzir um dever-ser objetivo, e com ele um compromisso de preservação do Ser, uma responsabilidade relacionada ao Ser. Nossa questão ético-metafísica sobre o dever-ser do homem, num mundo que deve ser, transforma-se numa questão lógica sobre os *status* dos valores como tais. Na situação atualmente precária e confusa da teoria do

valor, com seu ceticismo, em última análise niilista, esse não é um empreendimento promissor. Mas ele tem que ser empreendido, ao menos em função da clareza uma responsabilidade relacionada ao Ser. (JONAS, 2006, p. 103)

Hans Jonas não trata a responsabilidade do ser ou dever ser a partir de atos passados, como se se tratasse de punição ou culpa de um ato mal feito, atrelado à causa ou motivo de agir. A proposição ética jonasiana parte de uma visão consequencialista, tendo por base o compromisso por fazer ou deixar de fazer algo diante dos efeitos ambivalentes do ato presente, isto é, as consequências do ato. Trata-se da responsabilidade por algo que deve ser evitado no futuro, já que se trata de uma ética dirigida para o futuro.

A partir da noção da responsabilidade pelo resultado, e das dimensões das ações tecnológicas “[...] de forma cumulativa e provavelmente pouquíssimo reversível (OLIVEIRA, 2014, p. 119), Hans Jonas percebeu a necessidade da construção de uma ética voltada para aplicação da técnica, em razão da ambivalência de seus efeitos (benéficos e maléficos), bem como na automaticidade de sua aplicação, na medida em que a execução da técnica não se dá mais pela necessidade de utilização, mas pelo mero poder autônomo de utilizar.

As novas dimensões globais de espaço e tempo expandem os efeitos da tecnologia, remetendo a um novo pensar ético, o que também ocorre pela ruptura do antropocentrismo, porque o impacto da técnica não está mais restrito ao homem, mas, sim, a todos os seres humanos e não humanos, nascidos e não nascidos, que sustentam a sobrevivência humana (JONAS, 2006).

Nesse norte, o filósofo repousa o princípio da responsabilidade ética para civilização tecnológica no potencial apocalíptico da tecnologia, que valoriza a ética ontológica em termos metafísicos diante de questões cruciais que “indicam em que medida podemos arriscar com as apostas técnicas e quais riscos devem ser considerados inadmissíveis” (SUSIN, 2017, p. 30).

A ética da responsabilidade proposta por Hans Jonas (2006) parte, assim, da ameaça da tecnologia moderna, caracterizada por uma autopropulsão, quase patológica, em busca da infinita superação, em que o produzir acaba por prevalecer sobre o agir, e o *homo faber*, numa apropriação do conceito de Hannah Arendt⁴, superior ao *homo sapiens*.

Isso porque a técnica acabou por ultrapassar os objetivos delineados em tempos passados, quando sua criação e utilização era medida pela necessidade humana “[...] e não como um caminho para um fim escolhido pela humanidade” (JONAS, 2006, p. 43).

Atualmente a tecnologia tornou-se o empreendimento central do homem, baseado na necessidade do contínuo progresso, em função do desenvolvimento na busca de um domínio total sobre as coisas e o próprio homem. Trata-se da superação do *homo sapiens* pelo *homo faber*, ávido pelo emprego inventivo incessante, ainda que o homem não houvesse necessitado ou reclamado por essa superação tecnológica.

Assim, “A tecnologia assume um significado ético por causa do lugar central que ela agora ocupa subjetivamente nos fins da vida humana” (JONAS, 2006, p. 43). O produzir toma o lugar do agir. Logo, a moral do agir perde espaço para a moral do produzir, demandando novos imperativos e uma intervenção social na forma de política pública, tal a abrangência dos efeitos da tecnologia no tempo e espaço.

4 Homem como fabricante de artefatos duráveis construindo um mundo mediante o domínio de uma *téchne*, para “[...] quem todo instrumento é um meio de atingir um fim prescritos” (ARENDR, 2010, p. 185).

Porque a tecnologia provoca modificação do comportamento humano, Hans Jonas justificou a necessidade de reflexão ética diante do novo agir, sem o que o homem continuaria num delírio prometeico, como parceiro de Deus, criando e submetendo toda a natureza às suas conveniências, independentemente das consequências que essa criação possa trazer, conduzindo a humanidade “[...] ao maior desafio já posto ao ser humano pela sua própria ação” (JONAS, 2006, p. 21).

Em outras palavras, uma vez evidenciado o poder da técnica em sua forma de atuação, e considerando que toda atuação exige um exame moral, as mudanças significativas e inéditas provocadas nessa forma de atuação também reclamam o mesmo exame moral.

Enquanto a técnica foi concebida para satisfação de necessidades vitais, submetida à natureza, a técnica moderna apresenta-se para o domínio e exploração da natureza. Nesse passo, há que se analisar até que ponto a técnica, como hoje idealizada e empregada, modifica o agir humano outrora experimentado, porquanto o homem nunca esteve desatrelado da técnica. Vale dizer, a análise ética do agir humano “visa à diferença humana entre a técnica moderna e a dos tempos anteriores” (JONAS, 2006, p. 29).

Da intromissão da tecnologia no agir humano resulta o deslocamento da visão ética antropocêntrica, antes voltada para o relacionamento humano ou de cada homem consigo mesmo, para o relacionamento do homem com o mundo, por meio da *techné*, baseado no dever ser, seja em virtude da ampliação das consequências do agir humano no espaço e no tempo, seja pelo fato de o homem colocar-se como um objeto da técnica para um fim.

Em razão do determinismo tecnológico que elimina a consciência, o sujeito e a liberdade em proveito do imperativo da técnica, a responsabilidade ética de Jonas insere o ulterior no horizonte de reflexão ética, apresentando-se como uma barreira à ciência que se impõe e se legitima pela mera necessidade de superação. É a novidade qualitativa das ações humanas que conduzem à necessidade de ressignificação do conceito de ética, porquanto nunca considerada nas perspectivas da ética tradicional (JONAS, 2006, p. 29).

A ambivalência do poder tecnológico, potencializada para o mal ou para o bem, é que impõe a consciência ética no uso da tecnologia. Tivessem todas as tecnologias o exclusivo uso benéfico, não haveria necessidade avaliá-las eticamente. É exatamente no risco da tecnologia, apresentada como solução de todos os problemas, sem mensurar os riscos e ameaças advindas de seu emprego, que se reclama por uma nova responsabilidade ética.

Ao relegar o homem ao plano secundário, a tecnologia assume o protagonismo da evolução da humanidade, como uma ciência que leva ao conhecimento imprevisível, que não é mais desenhado para responder exclusivamente pela necessidade do homem, mas apresenta-se como uma direção na busca do progresso pelo progresso, obediente à ideia cega da superação técnica anterior.

Na ausência de neutralidade, a tecnologia coloca-se na posição central do agir, em que a ética precisa avaliar não só a intenção ao fazer, mas também as consequências no fazer tecnológico, de onde pode nascer o risco, sendo curiosamente o maior risco da tecnologia no êxito (pelo mal perpetrado) do que no fracasso (OLIVEIRA, 2014).

Na análise da dualidade entre o bom uso e o mau uso da técnica, Jonas trabalha uma ética em função do alcance do agir no tempo e no espaço. Isto é, enquanto nas técnicas pas-

sadas o agir tecnológico tinha um alcance imediato, limitado às fronteiras e desatrelado de um planejamento de longo prazo, a técnica atual, na era digital, mostra-se imediata, global e com reflexo nas gerações futuras.

Assim são os algoritmos que, desenhados para o reconhecimento das necessidades humanas, possibilitam o processamento de enormes quantidades de informações de forma centralizada, tal qual os algoritmos computacionais, que por meio de aprendizado autônomo (*machine learning*) assumem a autoridade de decidir, definir, perfilar e planejar, enquanto o homem abdica de seu poder de fazer as escolhas certas.

Diante dessa ditadura digital, Harari (2018) apresenta 21 lições para o século XXI, em obra que chama atenção para o fato de que quando a autoridade passa de humanos para algoritmos, o mundo deixa de ser um campo de ação de indivíduos autônomos na busca pelo melhor. Ao invés, o universo transforma-se em um fluxo de dados, em que os organismos vivos são tomados como uma análise combinatória de DNA algorimizáveis para atender as necessidades de outrem.

É na fusão da biotecnologia com a tecnologia de informação que a humanidade se coloca diante dos maiores riscos que o gênero humano já se deparou, de modo a impor uma responsabilidade ética no agir (dever ser) como nunca imaginado pela ética tradicional antropocêntrica e, talvez, nem por Hans Jonas, não fosse a preocupação do filósofo alemão em antever os efeitos de um prognóstico negativo sobre a humanidade.

Para Hans Jonas (2006), a ética na civilização tecnológica não pode prescindir do exercício da futurologia a partir dos danos presentes e dos riscos hipotéticos decorrentes do agir atual, a fim de gerar um diagnóstico ético do que se deve esperar, do que se deve incentivar, do que se deve evitar frente ao que se deve esperar, visto que o risco geraria a potencialidade de alterar atitudes e comportamentos para o futuro.

Ao apresentar o ensaio de uma ética para a civilização tecnológica, Hans Jonas (2006, p. 21) argumenta que o homem só tem noção do que está em jogo quando sabe o que está em jogo, somente com a antevisão da desfiguração do homem é que se chegará ao conceito do homem que se quer preservar. A bússola ética para o desenvolvimento tecnológico é a previsão do perigo, denominada pelo autor como “heurística do medo” (JONAS, 2006, p. 21).

A heurística do medo, ou heurística do temor, numa tradução mais consentânea à percepção filosófica apresentada por Hans Jonas (OLIVEIRA, 2014), constitui-se em um dos pontos centrais da constituição do princípio da responsabilidade ética, porquanto a capacidade de previsão de prognósticos negativos impõe um agir responsável, alterando o agir presente de modo a evitar que o indesejável ocorra, “[...] tendo como premissa a preservação das futuras gerações e todas as formas de vida” (SUSIN, 2017, p. 36).

Na concepção ética de Hans Jonas, o temor do agir laboraria como uma prevenção às ações danosas do que poderia ocorrer diante da utilização de uma determinada tecnologia, o que acabaria por influenciar diretamente o comportamento humano imediato. Segundo o idealizador do princípio da responsabilidade ética na era tecnológica:

Precisamos da ameaça à imagem humana – e de tipos de ameaças bem determinados – para, com o pavor gerado, afirmarmos uma imagem humana autêntica. Enquanto o perigo for desconhecido não se saberá o que há para se proteger e porque devemos fazê-lo: por isso, contrariando todo a lógica e

método, o saber se origina daquilo contra o que devemos nos proteger. Esse aparece primeiro e, por meio da sublevação de sentimentos, que se antecipa o conhecimento, nos ensina a enxergar o valor cujo contrário nos afeta tanto. [...] O que nós não queremos, sabemos muito antes do que aquilo que queremos. Por isso, para investigar o que realmente valorizamos, a filosofia da moral tem de consultar o nosso medo antes do nosso desejo. (JONAS, 2006, p. 70-71).

Para além da ética tradicional, que se pauta em princípios já conhecidos, a ética da responsabilidade se baseia, pois, na descoberta dos princípios não conhecidos, mas cuja suposição torna-se necessária e urgente para afastar os riscos sobre os interesses futuros, fundados numa aposta no tempo presente.

Para o pensamento jonasiano, esse é o novo papel do saber moral, em que o “saber torna-se um dever prioritário, mais além de tudo o que anteriormente lhe era exigido” (JONAS, 2006, p. 41). Exigir-se-á um saber de dimensão futura do agir humano à frente do saber técnico/teórico, ainda que dificilmente o saber teórico possa antecipar a magnitude dos efeitos de sua aplicação, o que confere um risco maior ao agir, e, por conseguinte, um maior significado ético do agir no presente.

Para Hans Jonas (2006, p. 41):

Reconhecer a ignorância torna-se, então, o outro lado da obrigação do saber, e com isso torna-se uma parte da ética que deve instruir o autocontrole, cada vez mais necessário, sobre o nosso excessivo poder. Nenhuma ética anterior vira-se obrigada a considerar a condição global da vida humana e o futuro distante, inclusive a existência da espécie. O fato de que hoje eles estejam em jogo exige, numa palavra, uma nova concepção de direitos e deveres, para a qual nenhuma ética e metafísica antiga pode sequer oferecer os princípios, quanto mais uma doutrina acabada. (JONAS, 2006, p. 41)

Trazendo para o contexto atual, houvesse o ser humano projetado os riscos da tecnologia que conduziram à ditadura digital, vivenciada no século XXI, ter-se-ia percebido, e talvez evitado, que o universo inteiro se tornasse um fluxo de dados, em que o homem se veria fundido à tecnologia e por ela *hackeado* em sua essência, ficando exposto a uma enxurrada de manipulações guiadas pela decodificação consentida do sistema operacional humano.

3. A HEURÍSTICA DO MEDO (TEMOR) NA ERA DIGITAL

O ponto central da responsabilidade ética de Hans Jonas está representado pela heurística do medo, em que o ser humano só terá o alcance de suas ações se projetado seu resultado indesejado. É pelo exercício da futurologia, diante de prognóstico negativo das ações, que o futuro se abriria em novas possibilidades, enquanto a humanidade manteria as rédeas sobre seus próprios desejos, os males poderiam ser minimizados (JONAS, 2006).

O poder tecnológico atual não comporta mais ações otimistas fundadas na utopia de que a solução imediata, em razão do saber à mão, está desconectada do futuro, e que as consequências dos atos de hoje serão responsabilidade somente daqueles que a vivenciarão. Importa dar preferência ao receio do mau, em que o futuro não pode ser esperado pelos êxitos

acumulados da tecnologia, ou pelo fato de que uma nova técnica advém da mera adaptação da técnica anterior, recusando-se, por isso, a qualquer freio voluntário ou questionamento de cunho ético imediato.

Nesse sentido, antes do que o medo, o temor é próprio da ética, motivo pelo qual a proposição heurística de Hans Jonas não traz um sentimento de fraqueza ou impotência, mas, sim, “uma premissa reflexiva sobre os perigos que se tornam reais, na medida em que se evidenciam as possibilidades de sua concretização” (OLIVEIRA, 2014, p. 134).

Sob essa percepção, Oliveira (2014) identifica que a melhor tradução do conceito de *heuristik der furcht* é heurística do temor, diferentemente do que propuseram Marjiane Lisboa e Luiz Barros Montes na tradução para o português da obra “O Princípio da Responsabilidade: o ensaio de uma ética para a civilização tecnológica” (JONAS, 2006). Isso porque o medo traduzir-se-ia em um estado alterado de consciência, em que o indivíduo ver-se-ia paralisado diante do fato e a ética não teria espaço. Já o temor não é algo patológico que leva à fuga diante do mesmo fato. Ao contrário, conduz o indivíduo ao enfrentamento “da situação, numa tentativa de bem orientar a ação, o que significa, nesse caso, evitar que o projetado imaginativamente se efetive concretamente (OLIVEIRA, 2014, p. 134).

Não se trata de condenar a tecnologia a um necessário e implacável mau prognóstico, sobretudo se considerada a ambivalência das ações humanas. A utopia da tecnologia está fundada no êxito passado, assim identificado nas ações que corresponderam às expectativas da humanidade. Apesar da propalada intenção de reconfigurar e melhorar as condições de vida humana, ainda assim a tecnologia conta com vieses egoísticos ou partidários, que acabam camuflados pelo entusiasmo e ingenuidade com que os êxitos da técnica vêm sendo acolhidos pelo homem.

Ao seu tempo, Hans Jonas focava nos efeitos maléficos trazidos pela ação humana sobre a natureza, em que o homem acreditava estar acima da natureza e não como mais um elemento do ambiente natural, fixado na crença do controle total, enquanto ignora as adversidades que o seu agir pudesse lhe apresentar.

Contudo, tratando-se de uma ética que tem a ver com o agir, a consequência lógica é a de que qualquer ação humana direta ou indireta, modificativa da natureza, não prescinde da análise ética, na medida em que mesmo a ação indireta acabará por impactar o ambiente natural humano, mormente se considerada a máxima de Lavoisier (2012, p. 77) de que “na natureza, nada se cria nem nada se perde, tudo se transforma”.

Nesse contexto, o que esperar da tecnologia digital e seus impactos imediatos e futuros? Quais as consequências que a virtualização da comunicação trouxe à humanidade?

Morto em 1993, aos 93 anos, Hans Jonas experimentou um pouco daquilo que hoje seria a *disrupção*⁵ tecnológica, assim compreendida como uma inovação que traz a ruptura dos padrões conhecidos. Na análise das consequências dos atos humanos, Jonas já indicava que o uso desmedido da tecnologia, muitas das vezes sem a premente necessidade, deu ao homem a sensação de poder, o que viria a ser identificado pelo professor israelense Harari (2018) como ditadura digital.

5 Cf. Disrupção, [2021]: “Ato ou efeito de romper(-se); ruptura, fratura, dirupção”. Termo contemporaneamente associado às mudanças bruscas, impulsionadas pelos meios tecnológicos.

Ao reconhecer na tecnologia o mote eleito pelo ser humano para evolução da civilização, o filósofo contemporâneo israelense faz uma análise nos mesmos moldes propostos por Hans Jonas, para constatar que as mudanças já vivenciadas e aquelas que poderão advir da virtualização das relações sociais, comerciais, amorosas e até parentais, ainda não receberam o necessário tratamento ético. De acordo com Harari:

Considerando o imenso poder destrutivo de nossa civilização, não podemos nos dar ao luxo de ter mais modelos fracassados, guerras mundiais e revoluções sangrentas. Desta vez, os modelos fracassados podem resultar em guerras nucleares, monstruosidades geradas pela engenharia genética e um colapso completo da biosfera. Portanto, temos que fazer melhor do que fizemos ao enfrentar a Revolução Industrial. (HARARI, 2018, p. 58)

O temor do estudioso israelense não se assenta, exclusivamente, no colapso da biosfera, mas, também, e sobretudo, na sedutora intervenção da inteligência artificial na sociedade contemporânea apresentada, a princípio, de forma facultativa, para então assumir a autoridade pelo livre arbítrio de indivíduos humanos (HARARI, 2018).

Desde a década de 1960, a aplicação da inteligência artificial povoava o enredo de filmes de ficção científica.⁶ Imaginava-se como o ser humano ganharia o espaço sideral. Como o indivíduo seria capaz de contatar qualquer pessoa em qualquer lugar, que um documento poderia estar em dois lugares ao mesmo tempo, sem perder o valor ou como um erro ortográfico poderia ser reeditado sem a necessidade de reescrever todo o texto. Pensava-se na facilidade de acesso à informação e sonhava-se com a possibilidade de reunir num único lugar todos os dados que interessam a um assunto.

Desde a década de 1960, a humanidade já detinha a técnica de comunicação algoritmizada e contava com a possibilidade de que algoritmos viessem a resolver questões primárias e complexas, sem, contudo, projetar que a futura revolução tecnológica poderia estabelecer uma ditadura dos algoritmos do *big data*⁷, ao mesmo tempo em que solaparia a ideia de liberdade e privacidade.

Se hoje os dados pessoais transformaram-se numa riqueza acessível a empresas, organizações, agentes públicos e até outros cidadãos, contribuindo para manipulação, vigilância e direcionamento articulado do indivíduo, é porque há 20 anos algoritmos foram desenvolvidos para o processamento de dados sem precedentes, tornando acessível a todos o que antes era acessível somente ao titular.

Há menos de uma década esse cenário apocalíptico inspirava séries televisivas.⁸ Hoje os seres humanos desconsideram a possibilidade de que, com a evolução da tecnologia digital e da biotecnologia, a coleta de dados não mais dependerá do consentimento do indivíduo. Que a partir da concessão de dados às redes virtuais de interação social, às organizações de comércio digital, às empresas públicas e privadas, qualquer um será capaz de coletar, regis-

6 Cf. Jornada..., 1970; Blade..., 1982; Matrix, 1999; A Rede, 1996.

7 Cf. Big..., 2021: "Big data são ativos de informações de alto volume, alta velocidade e/ou alta variedade que exigem formas inovadoras e econômicas de processamento de informações que permitem uma visão aprimorada, tomada de decisões e automação de processos." (BIG..., 2021, tradução nossa). Texto original: "Big data is high-volume, high-velocity and/or high-variety information assets that demand cost-effective, innovative forms of information processing that enable enhanced insight, decision making, and process automation."

8 Cf. *Black Mirror*, série televisiva na qual apresenta ficção com temas que examinam a sociedade contemporânea, as consequências imprevistas das novas tecnologias (BLACK..., 2011).

trar e transferir todos os dados pessoais e biométricos do cidadão, a quem interessar, porque concentrados em aparelhos de celular ou em nuvem de dados (*cloud computing*).

Tal situação impôs a regulamentação da circulação de dados pessoais no Brasil por meio da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, [2020]), norteadas pelas considerações que embasaram a edição da Lei de Proteção de Dados Europeia, entre elas:

(6) A rápida evolução tecnológica e a globalização criaram novos desafios em matéria de proteção de dados pessoais. A recolha e a partilha de dados pessoais registaram um aumento significativo. As novas tecnologias permitem às empresas privadas e às entidades públicas a utilização de dados pessoais numa escala sem precedentes no exercício das suas atividades. As pessoas singulares disponibilizam cada vez mais as suas informações pessoais de uma forma pública e global. As novas tecnologias transformaram a economia e a vida social e deverão contribuir para facilitar a livre circulação de dados pessoais na União e a sua transferência para países terceiros e organizações internacionais, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção dos dados pessoais. (UNIÃO EUROPEIA, [2016]).

Se a informação é poder, por que o homem dispõe voluntariamente desse poder em favor de desconhecidos? Por que as pessoas, como titulares de seus dados pessoais, disponibilizam sua vida de forma ampla, submetendo-se à vigilância informacional?

A resposta está no presente, em que as informações são agrupadas em grandes volumes, por organizações públicas ou privadas, voltadas para seus próprios interesses, enquanto a população permanece cegamente escravizada pela utopia de que a exposição fará do indivíduo um ser humano completo, conectado e igualado, ou que a tecnologia digital representará somente um ganho de tempo. Apesar da previsão utópica, a realidade não correspondeu às expectativas projetadas. Ou o homem não promoveu a análise prognóstica de seu agir, ou, se a exerceu, ignorou o prognóstico negativo das consequências de seus atos para um futuro, agora vivido, impondo-se medidas normativas governamentais, voltadas para regulamentar o que grande parte da humanidade sequer compreende.

Esse hiato entre a expectativa utópica e a realidade pode ser debitado à ambivalência dos atos, que impõe à civilização tecnológica a responsabilidade ética de conhecer os fatos e sopesar as consequências da intenção ou da ação humana para o presente e para o futuro, valendo-se da fórmula *in dubio pro malo*, que, além de dar expressão ao dever ético, apresenta-se como um anteparo ao perigo imaginado, possibilitando o recuo tecnológico científico, quando percebido um mau prognóstico (JONAS, 2006).

Somente o agir ético pelo temor poderá arrefecer o poder da tecnologia, diante do entusiasmo e da inocência “com que os êxitos da técnica vem sendo aceitos e praticados em todos os âmbitos da sociedade humana, sob insígnia da utopia do progresso” (OLIVEIRA, 2014, p. 136).

Por ser heurístico, o temor das consequências leva em consideração o saber teórico e factual. O primeiro, relacionado às questões éticas, subjetivas, fundamentais para a vida humana; o segundo, relacionado ao empirismo objetivo, de onde é possível fazer previsões acerca do futuro. Tanto a análise objetiva como a subjetiva, vale dizer, factual ou teórica, apoiam-se reciprocamente na busca dos prognósticos, “visto que o saber dos princípios éticos, de certo modo, depende do saber empírico, que acaba por se apoiar no real, nas possibilidades e nas previsões resultantes” (SUSIN, 2017, p. 41).

A ética do futuro, desenhada pelo filósofo alemão, está no temor pelo que ainda não foi experimentado e nem possui afinidades nas experiências passadas. Para Jonas (2006, p. 72), deve-se preferir o *malum* imaginado ao *malum* experimentado, produzido de forma intencional, no dever de projetar um *malum* futuro de forma adequada para evocar o temor correspondente ao agir racional em prol da humanidade e não como anteparo à ameaça individual.

Ainda que Hans Jonas não houvesse conhecido a inteligência artificial em uma realidade irrevogável e irrenunciável, sabe-se que suas ideias não se mostravam contrárias às descobertas tecnológicas. A hipótese filosófica é a de que, para conhecer essa realidade técnico-científica, o ser humano precisa sair da caverna e descobrir a proposição do mundo para ele próprio (os fatos), para, empiricamente, sob o temor do mau, falsear o que se afirma ser bom para ele. Só pelo conhecimento da realidade, de forma subjetiva e objetiva, com seus prós e contras, imediatos e futuros, o ser humano poderá assumir os riscos de forma ética e consciente para uma vida autêntica.

Todos os fatos históricos são mais bem compreendidos quando analisados por suas consequências. Contudo, as consequências da *tecnologização* da sociedade poderão retirar do homem o poder de enxergar as coisas como de fato aconteceram, e perpetuar o erro para as próximas gerações, o que impõe um gerenciamento imediato e reflexivo, sob novo imperativo categórico, ante o temor de que a inteligência humana seja artificializada ou, irremediavelmente, aniquilada.

4. O IMPERATIVO CATEGÓRICO DE HANS JONAS

O homem, com produto da natureza, sempre foi um ente indiscutivelmente conectado ao mundo. Do homem parte qualquer ideia de dever referente à conduta humana, até que o agir tornou-se o objeto do dever – “isto é, o dever de proteger a premissa básica de todo o dever, ou seja, precisamente a presença de meros candidatos a um universo moral no mundo físico futuro” (JONAS, 2006, p. 45).

Para Hans Jonas (2006, p. 47-48), o dever moral significa conservar o mundo físico e a essência humana na Terra, o que importa em proteger a sua vulnerabilidade diante da ameaça da evolução da tecnológica, a partir do seguinte imperativo categórico: “Aja de tal modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”; ou expresso negativamente: “Aja de modo que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida” (JONAS, 2006, p. 47-48).

O imperativo ético proposto por Hans Jonas busca adequar-se aos desafios apresentados pelo protagonismo da técnica nos tempos contemporâneos, em que o novo agir humano deverá ser o objeto central da preocupação, na busca de um progresso responsável.

Antes do comando moral proposto por Hans Jonas, Immanuel Kant (2009) havia proposto o seguinte imperativo: Aja de tal modo que tu também possas querer que a tua máxima se torne lei. Para Jonas, o imperativo de Kant pressupunha uma coincidência na concepção geral humana, em que a expressão “tu também possas” decorre da racionalidade na aceitação da ideia por todos os atores da sociedade, como uma lógica do “poder” ou “não poder”

que expressa a “[...] autocompatibilidade ou incompatibilidade, e não aprovação moral ou desaprovação.” (JONAS, 2006, p. 47).

Com efeito, enquanto o imperativo categórico de Kant era voltado para o indivíduo, e seu critério era subjetivo e momentâneo, o imperativo categórico proposto pelo filósofo do século XX “[...] clama por outra coerência: não a do ato consigo mesmo, mas as dos seus efeitos finais para a continuidade da atividade humana no futuro.” (JONAS, 2006, p. 49).

Sob esse prisma, Hans Jonas apresenta uma crítica à ideia do filósofo prussiano do século XVIII, ao generalizar a ética humana, como se a máxima de um indivíduo se concretizasse no exercício geral da comunidade, tornando-se inquestionável à visão de outrem. Ou seja, Kant apostava na boa vontade do homem em fazer a escolha certa, supondo que a escolha individual sempre será correta e considerada. Já o imperativo de Jonas busca a lei moral, para atingir sentimentos do indivíduo, na consideração das consequências dos atos para o futuro e a sua responsabilidade em relação à humanidade.

Em outras palavras: o imperativo categórico de Immanuel Kant não levava em consideração a escolha do indivíduo, de acordo com a sua percepção do correto para si, isto é, o livre arbítrio do indivíduo naquilo que lhe atinge. Ao contrário, toma o agir de forma hipotética, como um pensamento individual generalizado, em que a responsabilidade objetiva se transmuta numa responsabilidade subjetiva, em razão da autodeterminação individual.

Para Hans Jonas, Kant “[...] exortava cada um de nós a ponderar sobre o que aconteceria se a máxima de sua ação atual fosse transformada em um princípio da legislação geral” (JONAS, 2006, p. 48). Em sua análise crítica, o filósofo alemão refutou o imperativo kantiano quando não identificou em sua proposta a probabilidade de que a escolha individual privada, que não “[...] fosse de fato geral, ou que pudesse de alguma maneira contribuir para tal generalização” (JONAS, 2006, p. 48).

Apesar da diferença de proposições categóricas de Jonas e Kant, aquela apresentada para a práxis coletiva, e essa para o plano individual, imediato e interpessoal, Gabriel Insaurralde reconhece pontos comuns entre os filósofos, na medida em que ambos precisam de contar com “uma correspondência e concordância com uma lei externa à ação” (JUNGES, 2010). Questionado sobre a identidade entre os dois pensadores, Insaurralde assevera que:

Para Jonas, o mais importante é fazer uma lei que atinja os sentimentos, e que tenha a ver com as consequências do que se faz. Para Kant, se temos boa intenção, já é o bastante. Para Jonas, não. Ele argumenta que se pode ter boa intenção, como quando se joga um herbicida na terra. Por outro lado, não se sabe as consequências de sua ação. Aí está o problema. Se você não percebe as consequências de sua ação, esta pode se tornar imoral. Jonas atualiza o imperativo kantiano para a sociedade tecnológica. Por outro lado, Jonas é, por vezes, kantiano demais. Isso porque ele procura uma lei universal, ainda que voltada para as consequências da ação. Isso introduz a questão do futuro e da responsabilidade para a modernidade, sendo uma contribuição importante de Jonas. (JUNGUES, 2010).

A nova ordem protesta pela coerência dos atos com seus efeitos finais para a continuidade da atividade humana no futuro. A responsabilidade ética jonasiana não considera as consequências reais como um valor, mas sim a valoração da subjetividade do agir diante das possíveis consequências, que atinjam, maleficamente, a essência humana e não humana. Nas palavras de Hans Jonas:

As ações subordinadas ao novo imperativo, ou seja, as ações do todo coletivo, assumem a característica de universalidade na medida real de sua eficácia. Elas “totalizam” a si próprias na progressão de seu impulso, desembocando forçosamente na configuração universal do estado das coisas. Isso acresce ao cálculo moral o horizonte temporal que falta na operação lógica e instantânea do imperativo kantiano: se este último se estende sobre uma ordem sempre atual de compatibilidade abstrata, nosso imperativo se estende em direção a um previsível futuro concreto, que constitui a dimensão acabada de nossa responsabilidade. (JONAS, 2006, p. 48-49)

O conhecimento está nas mãos humanas, como único ser dotado de inteligência e capacidade de previsibilidade de seus atos, seja por um prognóstico subjetivo ou objetivo, mas, em qualquer, caso intrusivo no modo de vida humana, e por isso, passível de valoração.

Após o coral de Antígona cantar os feitos humanos de romper os mares, domar os cavalos e capturar os peixes (SÓFOCLES, 2005), o homem domou os rios, diminuiu as distâncias e rompeu a força entre os núcleos atômicos, adaptando-os ao mais poderoso meio de destruição até hoje arquitetado. No comando de Jonas, o conhecimento ou a ignorância do poder devastador das bombas de Hiroshima e Nagasaki não precisaria estar condicionado ao empirismo, para que a idealização desse agir (usar a energia do núcleo atômico na bomba) fosse classificado como antiético. Bastava-lhe a possibilidade da destruição.

No modelo de Hans Jonas, a ética pertinente para a sociedade tecnológica não prescinde do comprometimento do homem de traçar o prognóstico de seus atos, a fim de racionalizar a importância, a necessidade e a conveniência do desenvolvimento e uso da técnica, sob pena da humanidade estar condenada ao fim, pelo esgotamento dos recursos naturais que sustentam a vida humana e a própria técnica.

4.1 POR UM IMPERATIVO CATEGÓRICO ADEQUADO À ERA DIGITAL

Apenas 25 anos após a morte de Hans Jonas, as consequências do agir humano mostraram-se evidentes nas mudanças climáticas e, por conseguinte, para a sobrevivência física do gênero humano. Para além dessa evidência, Yuval Noah Harari denunciou as mudanças que as tecnologias disruptivas trarão à natureza humana, visto que as pessoas têm opiniões diferentes quanto ao uso da bioengenharia e da inteligência artificial, e pela ignorância com que acolhem a proposição tecnologia. Para o autor de “21 Lições para o Século XXI”, “se o gênero humano não conseguir conceber e administrar diretrizes éticas globalmente aceitas, estará aberta a temporada para o Dr. Frankenstein” (HARARI, 2018, p. 157).

Do muito que já se disse sobre os perigos da inteligência artificial, é certo que os êxitos acumulados superam os percalços, mas, nem por isso, pode haver a aceitação incondicionada, inquestionável e desmedida da tecnologia em confronto à racionalidade humana, mormente quando o que está em jogo são direitos fundamentais próprios da dignidade da pessoa humana, que de um modo ou de outro, devem condizer com uma autêntica vida humana sobre a Terra.

A realidade pujante, até certo ponto imaginada, ou pelo menos temida por Hans Jonas, incita à formulação de imperativo categórico adequado à era digital: *Age de tal maneira como se sua individualidade representasse a máxima de sua essência humana.*

A proposição categórica desse estudo não está fundada no egoísmo humano, no sentido de desassociação do indivíduo com o mundo, mas, sim, no sentido de preservar seu lugar no mundo (enquanto ser humano), porquanto a essência humana está na individualidade. Enquanto o homem se mantiver fiel à sua essência livre, autônoma e racional, a sua capacidade de reação e proteção estará preservada para o exercício de sua singularidade, tanto para a vida atual, como para as vidas futuras. Segundo Hannah Arendt:

[...] destruir a individualidade é destruir a espontaneidade, a capacidade do homem de iniciar algo novo com os seus próprios recursos, algo que não possa ser explicado à base de reação ao ambiente e aos fatos. Morta a individualidade, nada resta senão horríveis marionetes com rostos de homem, todas com o mesmo comportamento do cão de Pavlov, todas reagindo com perfeita previsibilidade mesmo quando marcham para a morte. Esse é o verdadeiro triunfo do sistema: O triunfo da SS exige que a vítima torturada se deixe levar à força sem protestos, que renuncie e se entregue ao ponto de deixar de afirmar a sua identidade. (ARENDR, 1989, p. 506)

Se a reflexão de Arendt se assentou na força do nazismo, a reflexão desse estudo assenta-se na aparência enganadora da inteligência artificial, que, sob a bandeira da conquista evolutiva, coloca em risco a liberdade e a privacidade do indivíduo, que constituem a essência da vida humana.

Atenta à crítica de Hans Jonas sobre o imperativo categórico de Kant, a proposição de um imperativo categórico adequado à era digital apresenta a pronome possessivo *sua*, porque a individualidade de um pode não ser a individualidade do outro. Por isso, cabe a cada ser humano agir em função da sua individualidade, para que todos alcancem a individualidade própria, como sendo a essência humana, capaz de racionalizar e se defender das ações que ameacem sua essência.

Em outras palavras: se o imperativo para a era digital buscasse a individualidade na essência humana, presumir-se-ia que a individualidade seria atrelada a uma essência humana geral, e não ao indivíduo, como ente singular, autônomo e livre, apto a administrar sua autodeterminação.

5. CONCLUSÃO

O itinerário filosófico de Hans Jonas centra-se na tentativa de criar uma consciência individual para revisão dos erros e acertos da humanidade, com vistas a promover um prognóstico dos males das ações, que podem impactar a sobrevivência humana no planeta.

A partir da hipótese das consequências das ações humanas sobre a natureza, fundadas no avanço da tecnologia, apresenta-se necessária a reflexão sobre as consequências do mau uso da tecnologia, também considerada, agora, a tecnologia digital e a inteligência artificial que a sustenta, para o resguardo de uma vida humana digna.

A nova ordem mundial transformou o que antes era limitado, em ilimitado. Foi necessária a intervenção estatal para proteger as ingerências sobre a vida humana, ao mesmo tempo em que o Estado ainda se reserva o direito de cercear essa proteção, em defesa do cumprimento

da lei, do exercício de atividades próprias e da segurança pública. Apresentam-se previsões expressas dos limites da vida privada, regulados por dispositivos que garantem a sua proteção, e outros, que garantem a revelação da intimidade, para o bem comum.

Nesse novo contexto, o direito fundamental à proteção de dados é um componente essencial para o exercício do direito à privacidade, como condição para vida digna humana. O espaço eletrônico requer a observância da ética responsável, fundada na consciência individual, em prol do coletivo.

O receio dos resultados de uma relação social e política digitalizada deve ser encarado como um recurso metodológico para reflexão da responsabilidade ética sobre o agir humano, e assim representar um obstáculo do domínio da técnica sobre o mundo, como uma manifestação de poder autoritário, a que o ser humano deve se curvar, sob pena de se ver punido ou alijado do sistema político-social.

Agir de forma que os efeitos da ação humana não sejam destrutivos às vidas futuras é essencial não só para remodelação das condições de vida humana e extra-humana futuras, mas, também, para o modo de vida e pensamento atual, de forma que o homem deve se questionar sobre os riscos e ameaças do fazer técnico antes de fazer, considerando a ambivalência de seus efeitos, a automaticidade de sua aplicação, as novas dimensões globais no tempo e no espaço, ultrapassando as éticas tradicionais (antropocêntricas), que não mais respondem pelo agir humano modificado.

A virtualização das relações sociais, a manipulação desgovernada dos dados de indivíduos, colhidos e recolhidos como insumo para uma sociedade de vigilância capitalista, e a substituição do espectro privacidade por segurança, pelo controle no tratamento de dados, justificam a reflexão ética e sua responsabilização pelo olhar de Hans Jonas, em razão do alto impacto de suas consequências na vida humana.

Sendo a dignidade da pessoa humana o valor guia do ordenamento constitucional brasileiro, trata-se de um valor deontológico (além de axiológico), ou seja, moralmente necessário, que serve para nortear o fazer atual, no sopesamento entre o público e privado, certo e errado, justo e injusto, com o propósito de evitar as consequências indesejadas futuras.

REFERÊNCIAS

- A REDE. Direção: Irwin Winkler. [S. l.]: Columbia Pictures, 1996.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BIG data [verbeta]. In: GARTNER. *Gartner glossary*. [S. l.]: Gartner, 2021. Disponível em: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/big-data>. Acesso em: 4 fev. 2021.
- BINGEMER, Maria Clara Lucchetti. Apresentação. In: JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montes. Rio de Janeiro: Contraponto: Editora PUC-Rio, 2006. p. 17-22.
- BLACK mirror. Direção: Produtor: Barney Reisz. [S. l.]: Zeopotron, 2011.

BLADE Runner: o caçador de andróides. Direção: Ridley Scott. [S. l.]: Warner Bros, 1982.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

DISRUPÇÃO [verbetes]. In: INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Grande dicionário Houaiss*. [S. l.: s. n.], [2021]. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/>. Acesso em: 4. fev. 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século XXI*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montes. Rio de Janeiro: Contraponto: Editora PUC-Rio, 2006.

JORNADA nas estrelas. Direção: Robert Wise. [S. l.]: Paramount Pictures, 1970.

JUNGES, Márcia. Hans Jonas e a atualização do imperativo categórico [Entrevistado: Gabriel Insaurralde]. *Revista do Instituto Umanitas Unisinos*, São Leopoldo, ed. 328, 10 maio 2010. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/3195-gabriel-insaurralde>. Acesso em: 4 fev. 2021.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução, introdução e notas por Guido de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.

LAVOISIER, Antoine Laurent. *Tratado elementar de Química*. Trad. Emídio C. Queiroz Lopes. Lisboa: Sociedade Portuguesa de Química, 2012. t. 1.

MATRIX. Direção: Joel Silver. [S. l.]: Warner Bros., 1999.

OLIVEIRA, Jelson. *Compreendendo Hans Jonas*. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. J. B. Mello e Souza. [S. l.]: Ebook Brasil, 2005.

SUSIN, Fernanda Prux. *Heurística do temor: técnica e responsabilidade em Hans Jonas*. 2017. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/handle/11338/3318>. Acesso em: 4 fev. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)*. [S. l.]: EUR-Lex, [2016]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 4. fev. 2021.

Recebido/Received: 27.04.2021.

Aprovado/Approved: 08.05.2021.

REFLEXÕES SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE DO EMPREGADO A PARTIR DA NOVA REGULACÃO DAS RELAÇÕES DE EMPREGO NO BRASIL

REFLECTIONS ON THE AUTONOMY OF THE EMPLOYEE'S WILL FROM THE NEW REGULATION OF EMPLOYMENT RELATIONS IN BRAZIL

VITOR SALINO DE MOURA EÇA¹
BRUNO GOMES BORGES DA FONSECA²

RESUMO

Este artigo analisou a exaltação da autonomia da vontade do empregado na relação empregatícia, a partir de uma nova regulação do direito do trabalho no Brasil, vivenciada nos últimos anos e constada pelas alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, no país, em 2017, bem como pela decisão proferida, pelo Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade n. 6363. Além da listagem de diversos exemplos, houve análise de duas situações bastante significativas: a liberdade contratual do empregado hipersuficiente e a possibilidade de redução salarial por ajuste individual entre empregado e empregador. A pesquisa se justificou por conta do evidente paradoxo em se exaltar a autonomia da vontade do empregado em uma relação jurídica assimétrica, cuja presunção é a de que o trabalhador seja hipossuficiente. A partir da dialética e da técnica de pesquisa documental indireta nas modalidades pesquisas documental e bibliográfica, este estudo concluiu, na condição de resultados encontrados, que a valorização da autonomia da vontade do empregado, em uma relação jurídica marcadamente assimétrica, direciona o direito do trabalho no país para um novo paradigma, com riscos equivalentes aos verificados quando da construção deste ramo jurídico.

Palavras-chave: hipersuficiente ; reforma trabalhista; ação direta de inconstitucionalidade n. 6363; autonomia da vontade.

- 1 Pós-doutorado em Direito Processual Comparado pela Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha. Pós-doutorado em Direito Processual Internacional na Universidad de Talca – Chile. Juiz do Trabalho no TRT da 3ª Região (Minas Gerais). Professor Adjunto IV da PUC-Minas (CAPES 6) do programa de mestrado e doutorado em Direito, na área de Direito Processual, onde é Líder do Grupo de Pesquisa Direito Processual Comparado. Professor visitante em diversas universidades nacionais e estrangeiras. Professor conferencista na ENFAM e na ENAMAT. Pesquisador do Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social (CELDS), España, e do Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (CENTRASS), Chile. Membro efetivo, dentre outras, das seguintes sociedades: Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS); Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT); Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro; Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP); Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS) e da Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale.
- 2 Pós-doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Espírito Santo. Procurador do Trabalho na 17ª Região, Espírito Santo. Professor da graduação e da pós-graduação da FDV, Espírito Santo. Professor colaborador no Mestrado Profissional em Gestão Pública da UFES, Espírito Santo. Ex-Procurador do Estado do Espírito Santo. Ex-Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9294-6650>.

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

EÇA, Vitor Salino de Moura; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Reflexões sobre a autonomia da vontade do empregado a partir da nova regulação das relações de emprego no Brasil. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 279-295, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.7972>.

ABSTRACT

This article analyzed the exaltation of the autonomy of the employee's will in the employment relationship, based on a new regulation of labor law in Brazil, experienced in recent years and introduced by the changes promoted by the Labor Reform in the country in 2017, as well as by the decision given by the Supreme Court, in the direct action of unconstitutionality n. 6363. In addition to listing several examples, there was an analysis of two very significant situations: the contractual freedom of the hypersufficient employee and the possibility of salary reduction by individual adjustment between employee and employer. The research was justified because of the evident paradox in exalting the autonomy of the employee's will in an asymmetric legal relationship, in which it is assumed that the worker is hyposufficient. Based on the dialectics and the technique of indirect documentary research in the documentary and bibliographical research modalities, this study concluded, in the condition of the results found, that the valorization of the autonomy of the employee's will, in a markedly asymmetric legal relationship, directs labor law in the country to a new paradigm, with risks equivalent to those verified when constructing this legal branch.

Keywords: hypersufficient; labor reform; direct action of unconstitutionality n. 6363; autonomy of the will.

1. INTRODUÇÃO

A regulação do direito do trabalho no Brasil, nos últimos anos, passa por transformações, aparentemente, estruturais, sobretudo em razão da promulgação da Reforma Trabalhista pela Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017),³ responsável por inúmeras alterações na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (BRASIL, 2020a), e de decisões judiciais, mormente a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 6363 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal (STF). (BRASIL, 2020).

Um dos pontos sensíveis dessas alterações coloca em choque, em uma relação empregatícia, a autonomia da vontade e a hipossuficiência do trabalhador. Esta suposta contradição, em tese, é capaz de exigir reflexão acerca do próprio propósito de construção do direito do trabalho, a partir de características bastante particulares deste ramo jurídico.

A criação legal, pela Reforma Trabalhista, do *empregado hipersuficiente* (CLT, art. 444, parágrafo único), bem como a possibilidade de ajuste individual, entre empregado e empregador, com o escopo de reduzir salário, são pontos representativos desse cenário, embora se tratem de exemplos em um universo considerável de evidente exaltação de uma pretensa autonomia da vontade o empregado, para regular as condições de trabalho, nas relações empregatícias.

Esta pesquisa analisa a exaltação da autonomia da vontade do trabalhador, inserido em uma relação empregatícia, a partir de uma nova regulação do direito do trabalho no Brasil construída nos últimos anos. O problema permite extrair reflexões acerca desse suposto paradoxo em um ramo jurídico marcado por particularidades quando cotejado com direito civil.

Este estudo se justifica em razão dessa nova regulação, pautação em alterações legislativas e decisões judiciais com efeitos vinculantes, cujos teores, supostamente, sinalizam para uma mudança estrutural do direito do trabalho, a partir da celebração de uma pretensa

³ A partir deste ponto, as citações desta Lei não serão referenciadas. Adotar-se-á esta regra para todos os atos normativos e decisões judiciais (apenas para eles), com referência apenas na primeira citação, sem prejuízo de sua listagem ao final. O objetivo é conferir maior fluidez ao texto.

autonomia da vontade do empregado, o que, talvez, gere paradoxais consequências na conformação das relações de empregatícias no país.

O método de desenvolvimento da pesquisa é o dialético, cujo teor, genuinamente, em linhas gerais, era enxergado como arte do diálogo, da discussão. Na modernidade, todavia, a dialética incorporou a acepção de compreensão da realidade, em movimento, com contradições e antagonismos e em permanente transformação. (MARTINS; THEÓPHILO, 2009, p. 49).

A dialética, como ação recíproca, em um processo inacabado e analisado conjuntamente (MARCONI; LAKATOS, 2007, p. 83-84), permite analisar essa valorização da autonomia da vontade do empregado em uma relação jurídica assimétrica e marcada pela hipossuficiência do empregado (relação empregatícia).

Esta pesquisa adota a técnica de pesquisa documental indireta nas modalidades pesquisas documental e bibliográfica, ou seja, para a confecção deste estudo analisa documentos públicos, estatísticas, fontes normativas e bibliografia tornada pública.⁴

Com este estudo se objetiva: a) listar algumas alterações recentes da regulação do direito do trabalho no Brasil, capazes de situarem a problemática deste estudo; b) examinar, a título exemplificativo, duas alterações significativas que representam esse novo cenário no qual há valorização da autonomia da vontade do trabalhador: a maior liberdade contratual conferida ao *empregado hipersuficiente* e a possibilidade de redução salarial por ajuste individual, autorizada pela ADI n. 6363, em trâmite perante o STF; c) a partir desses exemplos, responder ao problema desta pesquisa ao analisar esse suposto paradoxo consubstanciado na exaltação da autonomia dos trabalhadores nas relações de emprego. Essa, inclusive, será a ordem das seções.

2. REFORMA TRABALHISTA, EMPREGADO HIPERSUFICIENTE E REDUÇÃO SALARIAL POR ACORDO INDIVIDUAL: A EXALTAÇÃO DA PRETENSA AUTONOMIA DA VONTADE DO EMPREGADO⁵

A Reforma Trabalhista, ocorrida em 2017, promoveu profunda alteração na regulação do direito do trabalho no Brasil. Parece possível extrair diversos sentidos dessas modificações. Um deles é a exaltação da autonomia da vontade⁶ do empregado.

Talvez, um dos efeitos do aumento da autonomia da vontade do empregado seja o enfraquecimento da presunção de hipossuficiência do trabalhador e o afastamento parcial do denominado *dirigismo contratual*.

4 A partir de classificação exposta por Marconi e Lakatos. (2010, p. 48-57).

5 Alguns trechos deste capítulo, com adaptações, foram extraídos de Eça e Fonseca. (2020).

6 Este estudo, em razão de seus limites, não tratará da suposta diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada. Há correntes teóricas que as diferenciam. Outras as abordam como sinônimas. Um dos efeitos desta autonomia é a liberdade contratual e a possibilidade de o empregador criar autorregulações. É neste sentido que será utilizada nesta pesquisa.

A CLT apresenta diversos exemplos de valorização da autonomia da vontade do empregado, a partir de alterações decorrentes da Reforma Trabalhista. Em um rol meramente exemplificativo, é possível listar os seguintes preceitos que parecem sinalizar neste sentido:

a) autorização de compensações mensal e semestral de jornada de trabalho por acordo individual entre empregado e empregador, CLT, art. 59, §5º e 6º (BRASIL, 2020a).

Quanto à previsão de *banco de horas* continua a exigência de negociação coletiva, CLT, art. 59, §2º (BRASIL, 2020a). Nele a compensação pode ser anual. Aliás, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) possui Súmula (85, V), publicada antes da Reforma Trabalho, cujo teor é no sentido de que esse tipo de compensação (*banco de horas*), por ser gravosa ao empregado, deve ser construída por instrumento coletivo de trabalho. (BRASIL, 2017).

No *banco de horas*, a hora compensada (geralmente destinada para folga compensatória) é paga de forma simples, sem o adicional. Logo, o empregado cumpre a hora extra e a recebe por folgas, sem o respectivo adicional garantido constitucionalmente como direito fundamental dos trabalhadores,⁷ nos termos do art. 7º, XVI, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988). (BRASIL, 2019);

b) estabelecimento de horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso por acordo individual entre empregado e empregador (CLT, art. 59-A). Novamente há prevalência da autonomia da vontade.

O TST (Súmula n. 444), antes da Reforma Trabalhista, exigia negociação coletiva para adoção da jornada de doze horas, além de considerá-la como medida excepcional. (BRASIL, 2017). A nova disposição da CLT, como visto, exige apenas acordo individual.

O art. 59-A da CLT, a par desse contexto, foi objeto de ADI perante o STF (BRASIL, ADI 5994, 2020), ao permitir que acordo entre empregado e empregador possa estabelecer a jornada de doze horas, com a lembrança de que a jornada padrão, constitucionalmente prevista, é de oito horas (CF/1988, art. 7º, XIII);

c) adoção, em virtude de previsão no contrato individual do trabalho, do regime de teletrabalho (CLT, art. 75-C), ou seja, novamente, as partes da relação empregatícia possuem autonomia para definir a forma de realização do trabalho: presencial ou em regime de teletrabalho.

Geralmente, o regime de teletrabalho é desejado pelo empregado, contudo não se pode olvidar das suas dificuldades e riscos. (FONSECA, 2017). Logo, é possível questionar se caberia à autonomia da vontade das partes defini-lo ou se haveria algum parâmetro normativo a ser observado com o objetivo de preservar a saúde e a segurança do empregado;

De outro lado, a adoção do regime de teletrabalho poderá materializar ganhos na qualidade de vida do empregado. Neste ponto, a autonomia da vontade poderá ser uma aliada de um trabalho mais emancipatório.

d) adoção, por acordo individual entre empregado e empregador, do contrato de trabalho intermitente (CLT, art. 452-A).

Pelo contrato de trabalho intermitente, em síntese, há apenas o pagamento da hora efetivamente trabalhada. Este tipo contratual diminui a escala remuneratória do empregado e institucionaliza uma avença precária, ao modificar, excepcionalmente, o padrão de pagar pelo

7 O STF, expressamente, considerou os direitos sociais como espécies de direitos fundamentais: (BRASIL, ADI 5938, 2019).

tempo à disposição, adotado pelo art. 4º da CLT. Tende, com isto, a diminuir o valor da massa salarial e, a depender da situação, deixar o empregado sem a percepção de salários por longos períodos.

O art. 552-A da CLT, cujo texto introduziu o contrato de trabalho intermitente, igualmente foi objeto de ADI perante o STF. (BRASIL, ADI 6154, 2020);

e) desnecessidade de negociação coletiva para o empregador promover dispensas coletivas imotivadas (CLT, art. 477-A).

Este preceptivo legal também contrariou a posição do TST, cuja jurisprudência, ao menos antes da Reforma Trabalhista, era no sentido de que as demissões coletivas, para serem efetivadas, dependiam de prévia negociação coletiva, por ser tratar de uma dispensa grupal, massiva, comunitária, inerente aos poderes da negociação coletiva trabalhista, e por ocasionar maiores impactos socioeconômicos quando cotejada com a rescisão contratual individual. (BRASIL, 2012).

A autorização legal de demissão em massa, sem prévia negociação coletiva, também foi objeto de ADI perante o STF. (BRASIL, ADI 6142, 2020);

f) possibilidade de extinção do contrato de emprego na modalidade distrato (ajuste individual entre empregado e empregador), com diminuição do valor pago a título de verbas rescisórias (CLT, Art. 484-A).

Neste caso, a autonomia da vontade legitimará a diminuição do valor devido a título de verbas rescisórias;

g) pactuação, por acordo individual entre empregado e empregador, de cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de emprego cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (CLT, art. 507-A).

A listagem parece suficiente para patentear que, sobretudo depois da Reforma Trabalhista, houve uma exaltação da autonomia da vontade do empregado na relação empregatícia, com autorização para, individualmente e em conjunto com o empregador, regular as condições de trabalho.

No fundo, o questionamento, inclusive os constantes das ADIs mencionadas, diz respeito aos limites da autonomia da vontade do empregado na relação empregatícia, ou, em outro dizer, quais seriam os limites da liberdade contratual do empregado e do empregador, bem como os lindes do poder de autorregulação em uma relação empregatícia.

É possível, portanto, extrair uma categoria de análise a partir dessas alterações promovidas pelo legislador reformista, pautada na valorização da autonomia da vontade do empregado de definir, em consenso com seu empregador, direitos (inclusive de natureza fundamental) decorrentes da relação empregatícia.

Os dois exemplos a seguir, analisados com maior verticalidade, talvez, evidenciam ainda mais este direcionamento da valorização da autonomia da vontade das partes inseridas em uma relação empregatícia. Primeiro, analisar-se-á a criação, pela Reforma Trabalhista, da figura denominada *empregado hipersuficiente*. Depois, o decidido pelo STF, na ADI n. 6363, sobre a manutenção da eficácia de dispositivos da Medida Provisória n. 936/2020.

A regulação do *empregado hipersuficiente* foi inserida no parágrafo único no art. 444 da CLT:

Art. 444. [...]

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (BRASIL, 2020a)

O *empregado hipersuficiente* se caracteriza como tal a partir de dois critérios: patamar salarial e formação. A situação descrita no art. 444, parágrafo único, da CLT é uma tentativa de diferenciar um tipo de empregado a partir das suas condições particulares da noção de hipossuficiência presumida, cujo reconhecimento é algo inato à construção do direito do trabalho.

No caso de perceber salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social e possuir diploma de nível superior, o empregado é tido como *hipersuficiente* (um contraponto à ideia de hipossuficiente). Consequentemente, o art. 444, parágrafo único, da CLT, confere maior liberdade contratual para dispor sobre seus direitos trabalhistas. Para o dispositivo, a presença deste cenário permite a ilação de que cessaria a hipossuficiência. Consequentemente, haveria maior liberdade contratual pautada em sua autonomia da vontade.

Reconhecida a *hipersuficiência*, haveria maior liberdade contratual (um maior grau na autonomia da vontade). Cessaria, parcialmente, o dirigismo incidente sobre o contrato. Neste caso, as partes (empregado e empregador) poderão livremente estipular a partir das hipóteses previstas no art. 611-A da CLT, com efeitos preponderantes sobre a lei e os instrumentos coletivos de trabalho.

O art. 611-A da CLT, igualmente inserido pela Reforma Trabalhista, consigna rol extenso de possibilidades. Todas as hipóteses listadas no dispositivo são passíveis de negociação individual entre o empregado (desde que *hipersuficiente*) e o empregador, cuja eficácia, como alertado, será supralegal e igualmente superior às normas advindas de negociação coletiva.

A proposta de inserir a figura do empregado *hipersuficiente* pode ser a de superar a hipossuficiência pela renda e pela formação educacional. Para uma visão otimista, pode até significar um incentivo à qualificação dos trabalhadores brasileiros. Na prática, todavia, talvez, sinalize para a legitimação do rebaixamento civilizatório do empregado que preencha essas condições e se apresente como *hipersuficiente*, porquanto a condição de subordinação permanece e continuará a inexistir um plano de simetria entre ele o seu empregador para efetiva negociar condições de trabalho.

Há, para certo setor teórico, evidente incompatibilidade entre a redação do *caput* e do parágrafo único do art. 444 da CLT. (SEVERO; MAIOR 2017, p. 99). O *caput* limita a autonomia da vontade das partes ao impor um certo dirigismo contratual. A livre estipulação das partes não poderá contrariar as disposições de proteção ao trabalho, às normas decorrentes de acordo coletivo de trabalho (ACT) ou convenção coletiva de trabalho (CCT). O parágrafo único aposta na autonomia de vontade do empregado para dispor, em seu contrato individual de trabalho, de previsões com eficácia de norma preponderante às decorrentes de ACT, CCT e às leis.

A situação descrita no art. 444, parágrafo único, da CLT (empregado hipersuficiente), portanto, sinaliza para preponderância da autonomia da vontade na formação do contrato de emprego em detrimento do dirigismo contratual incidente sobre as relações empregatícias, marcadas pela presumida hipossuficiência do empregado.

Outra situação vivenciada na prática jurídica, bastante ilustrativa para os objetivos desta pesquisa, foi a verificada em julgamento prolatado pelo STF. Esta Corte proferiu decisão liminar, na ADI n. 6363, com efeitos vinculantes, para conferir *interpretação conforme a Constituição* ao disposto no art. 11, §4º, da então Medida Provisória n. 936/2020.

Antes de analisar a decisão proferida pelo STF na ADI n. 6363, cumpre colacionar a redação do art. 11, §4º, da Medida Provisória n. 936/2020, atualmente convertida na Lei n.14.020/2020. (BRASIL, 2020c).

Art. 11. [...] §4º. Os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, pactuados nos termos desta Medida Provisória, deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração. (BRASIL, 2020b).

O art. 11, §4º, da Medida Provisória n. 936/2020 (repetido no art. 12, §4º da Lei n. 14.020/2020), sob as justificativas do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da covid-19, autorizou que acordos individuais, celebrados entre empregador e empregado, reduzissem salário, jornada de trabalho e concretizassem suspensão contratual (hipótese na qual inexistiria contraprestação remuneratória).

O dispositivo da aludida Medida Provisória é inconstitucional. Afronta, sobretudo, o preceito do art. 7º, VI da CF/1988: “[...] São direitos dos trabalhadores [...] irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;” (BRASIL, 1988).

A CF/1988 é cristalina no sentido de que, a rigor, vige o princípio da intangibilidade salarial. A redução do salário deve ser encarada como medida excepcional e apenas estaria autorizada mediante convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho.

A necessidade de negociação coletiva para reduzir salários, além da previsão cristalina no plano da dogmática-constitucional, é referendada no plano teórico. Neste sentido, em uma listagem exemplificativa, podem ser invocadas as lições de Arnaldo Süssekind (SÜSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA; TEIXEIRA, 1999, p. 155), Evaristo de Moraes Filho (MORAES FILHO; MORAES, 2014, p. 276), Orlando Gomes e Elson Gottschalk (GOMES; GOTTSCHALK, 1998, p. 201), Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2015, p. 209-210), Vólia Bomfim Cassar (CASSAR, 2018, p. 861-862), Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, 2019, p. 100 e 479), Alice Monteiro de Barros (BARROS, 2005, p. 706-707) e Pedro Paulo Teixeira Manus. (MANUS, 2003, p. 271).

Os estados de calamidade pública e de emergência na saúde pública, por seu turno, são incapazes de suspender a força normativa da Constituição. (HESSE, 1991). Mesmo nesta situação extraordinária, o art. 7º, VI, da CF/1988 continua em vigor.

A partir desse cenário, restavam dois caminhos ao STF: aplicar a Constituição ou negá-la vigência, neste caso, sob a roupagem de uma *hermenêutica de ponderação*.

O STF, por maioria dos votos, indeferiu o pleito cautelar. Segundo a decisão, o ajuste individual representaria uma convergência de interesses e um mecanismo célere de solução do conflito. Registrou, por fim, a necessidade de flexibilização, excepcional e transitória, da exi-

gência de negociação coletiva, em razão da pandemia da covid-19. Em síntese, no particular, manteve incólume o aludido dispositivo da Medida Provisória n. 936/2020.

A decisão do STF ao manter a vigência do dispositivo impugnado da Medida Provisória n. 936/2020, sob outro ponto de vista, carrega como pano de fundo a exaltação da ideia de autonomia da vontade do empregado inserido em uma relação empregatícia. Em tese, o empregado teria condições de definir, conjuntamente com seu empregador, a redução salarial.

Por outro lado, a decisão da Corte Suprema relativiza a noção de hipossuficiência, tão presente no direito do trabalho, ao admitir que um empregado autorize, sem assistência do sindicato profissional, a redução de seu salário.

A partir da apresentação de desses dois casos, parece existir indícios de uma inclinação recente em valorizar a autonomia da vontade das partes envolvidas na relação de emprego. A tarefa da próxima seção será a de promover uma análise mais verticalizada com o desiderato de responder ao problema e analisar esse suposto paradoxo do direito do trabalho no Brasil de valorizar a autonomia da vontade do empregado.

3. A PARADOXAL EXALTAÇÃO DA AUTONOMIA NAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS NO BRASIL

A verdadeira descoberta do século XVIII não foi a necessidade do trabalho, mas sim a *liberdade de trabalho*, com a destruição dos *trabalhos forçados*, cujas violências eram diretas, ou ao menos, potencial, algo dominante na Idade Média. A par disto, iniciam-se novos sentidos para o trabalho. (CASTEL, 2015).

A liberdade de trabalho contra os trabalhos em corporações (e outros tipos de trabalhos forçados), na condição de direito ao trabalho, era uma proposta afinada com as ideias do liberalismo econômico presente no século XVIII. (CARACUEL, 1979, p. 16-17). No período da Revolução Industrial há, concomitantemente, ascensão do liberalismo econômico, a partir, sobretudo, das ideias de Adam Smith (SMITH, 2013) e de David Ricardo (RICARDO, 1975).

As ideias liberais, pujantes no momento da Revolução Industrial e na conformação do modo de produção capitalista, foram insuficientes para tutelar o trabalho e a condição social do trabalho. Embora Adam Smith (SMITH, 2013) reconhecesse o valor-trabalho, inexistia uma teia protetora constituída, como, por exemplo, se verifica, em linhas gerais, na proposta do direito do trabalho, cujas proteções ao trabalhador e à condição social do trabalho funcionam como um dos propósitos da sua edificação.

Nesse cenário, ocorreu uma espécie de *superexploração*⁹ da força de trabalho, desprotegida pela inexistência de um direito do trabalho. Em razão da menor resistência à disciplina e por aceitarem menores salários, crianças e mulheres foram preferidas aos homens. Eram mais dóceis e representavam força de trabalho mais barata. As máquinas-ferramentas tornaram supérflua a força muscular geralmente presente nos homens, o que também oportunizou

8 Alguns trechos desta seção foram construídos a partir de pesquisa anteriormente desenvolvida: (FONSECA, 2017).

9 Esta categoria (superexploração da força de trabalho) é estudada, em outro contexto, por: (MARIN, 2000, p. 123 e 125-126).

o trabalho de mulheres e crianças, com aumento da exploração. A intensidade e a produtividade alcançam patamares nunca imaginados.¹⁰

Friedrich Engels, ao responder acerca da diferença entre os trabalhadores escravos, os servos e os proletários então emergentes, campeia análise necessária para se evidenciar a situação dos trabalhadores antes da institucionalização do direito do trabalho.

Segundo sua lição, o escravo era vendido em um único ato, enquanto o operário (na verdade, sua força de trabalho), vende-se a cada hora, a cada dia. O escravo era uma coisa e propriedade do seu senhor. Por isto, possuía, de certa forma, uma existência garantida, por mais miserável que fosse. O proletário, embora *livre*, não possui, sob uma perspectiva individual, garantia acerca da sua existência por estar à mercê da concorrência e de todas as oscilações do mercado. (ENGELS, 1987, p. 17-19).

Émile Zola, em *Germinal*, no ano de 1885, nome do primeiro mês da primavera no calendário da Revolução Francesa, igualmente narra a situação degradante de operários de minas de carvão no Norte da França. (ZOLA, 2011).

A situação dos trabalhadores, na Inglaterra, também é narrada por Engels, em outro livro, publicado em 1845 (ENGELS, 2010), o que igualmente patenteia a precariedade do meio ambiente do trabalho desde o início do denominado *trabalho livre*.

O direito ao trabalho, garantido na Constituição Francesa de 1791 (art. 3º), estabelecia que a sociedade estava compelida a prover a subsistência dos cidadãos desafortunados tanto pela criação de postos de emprego quanto pela manutenção de meios de subsistência para os inaptos a trabalhar. (BRASIL, 1791). A Constituição da França trouxe um novo elemento ao direito ao trabalho: um traço social, com a obrigação constitucional de o Estado promover esse direito. (IBARRECHE, 1996, p. 88). Esse novo dado junta-se à concepção puramente liberal de considerá-lo apenas como sinônimo de liberdade de trabalhar. (FONSECA, 2017, p. 116).

Os trabalhadores, portanto, viviam em condições, seja no trabalho, quer fora dele, deploráveis. Havia, como ainda há, uma incompatibilidade brutal entre a emancipação humana e o modo de produção capitalista. Conseqüentemente, iniciou-se um movimento de agitações sociais. A garantia do direito ao trabalho, nos moldes previstos na Constituição da França (na condição de liberdade de trabalhar e de um frágil sistema assistencialista), foi insuficiente para evitar a pauperização dos trabalhadores. (HUBERMAN, 2014, p. 151; FONSECA, 2019, p. 125).

Desde o surgimento do sistema fabril, sobretudo com a Revolução Industrial, por outro lado, a classe trabalhadora vai se formando e começa a se organizar com escopo de lutar por seus interesses. Inicia-se, assim, um movimento de formação de organizações de trabalhadores e, em contrapartida, atuação do Estado (burguês) de impedir essas associações. A presença de proletários nas fábricas e em torno das cidades ocasionou maior concentração de obreiros. A melhoria dos transportes e da comunicação facilitou o fortalecimento da unidade. O capitalismo, portanto, produziu a classe trabalhadora e oportunizou o fortalecimento sindical. (HUBERMAN, 2014, p. 151; FONSECA, 2019, p. 125).

Houve, certamente, muitas revoltas e lutas sociais, inclusive violentas. Pode-se recordar, a título ilustrativo, do *ludismo* (iniciado, na Inglaterra, em 1811), do *cartismo* (entre os anos de 1830 a 1850, também na Inglaterra), a Revolta de Lyon (na França, em 1831) e Revolução de

10 Algumas análises desse parágrafo foram inspiradas a partir de leitura de: (MARX, 2012, p. 451, 467-470 e 484).

1848. Houve ainda formação de movimentos sociais refratários ao liberalismo, como os de socialistas (inclusive, utópicos), anarquistas e sociais-democratas.

O modo de produção capitalista apresenta uma promessa de que o *trabalhador será livre*. “[...] Diante do evidente *deficit* de liberdade dos trabalhadores essa concepção é sedutora. Com o desmantelamento do sistema feudal e o aparecimento do capitalismo, inicia-se uma nova forma de trabalhar: o trabalho assalariado.” (FONSECA, 2019, p. 115).

Evaristo de Moraes alerta que os economistas, contra a evidencia dos fatos, mantinham a crença nas *virtudes da liberdade do trabalho*. Nas relações de trabalho, a suposta liberdade vem gerando opressão, miséria, exploração da força de trabalho e rebaixamento progressivo do trabalhador (MORAES, 1998, p. 9).

No Brasil, há particularidades, malgrado a existência de pontos de contato. Em respeito à ideia de formação social, parece inadequado importar, sem filtro, o ocorrido na Europa Ocidental.

O trabalho escravo, no Brasil, cessou em 1888. Na ocasião, o país não adotava um modo de produção escravocrata, mas sim uma forma produtiva pré-capitalista. O capitalismo não se instalava com completude nem o direito do trabalho se apresentava diante da carência do *trabalho livre* ou da liberdade de trabalho.

Como se não bastasse, houve uma eficaz tentativa de *roubar a fala* da classe trabalhadora (PARANHOS, 2007). O direito do trabalho, no Brasil, para muitos, se apresenta como uma *bondade* do Estado para com os trabalhadores, com o esquecimento de que antes da denominada *Revolução de 1930* havia um incipiente direito do trabalho recheado de normas trabalhistas e um considerável movimento social em favor dos obreiros.

Assim, a CLT e os direitos trabalhistas, nos planos oficial e ideológico, são encarados como dádivas e concessões do Estado, todavia, na perspectiva da materialidade, são extratos de lutas de classes, concretizações das reivindicações de trabalhadores e serviram também para desenvolvimento e manutenção do capitalismo no Brasil, sem esquecer do papel do Estado, que também contribui com a regulação das relações de trabalho no país, pautado, sobretudo, pelo interesse do crescimento do capitalismo industrial. (FONSECA, 2019, p. 250).

Esse contexto brasileiro de formação do direito do trabalho carrega efeitos. Um deles, talvez, seja uma relativa apatia da classe trabalhadora para lutar por seus direitos. Este *deficit*, quiçá, seja transportado para o exercício de uma pretensão autonomia da vontade do empregado.

A partir do modo de produção capitalista e da promessa de *liberdade de trabalho* (algo decorrente da expansão da ideia de liberdade advinda da Revolução Francesa, com reflexos tardios no Brasil), as relações trabalhistas passaram a ser reguladas pelo denominado *direito comum* (direito civil). O resultado foi problemático. A exploração da força de trabalho alcançou níveis de barbaridade.

Todo esse cenário, obviamente, implicou reflexos na criação do direito, por ser o direito um produto cultural. (FLORES, 2009). Oportunizou a construção do direito do trabalho, com leis e códigos trabalhistas, a constitucionalização do direito social, a partir dos marcos da Constituição do México, em 1917, e de Weimar, em 1919, e a internacionalização do direito do trabalho, com a normatividade irradiada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919.

Esse novo direcionamento do direito para o reconhecimento dos direitos sociais traduz em novos compromissos históricos (ainda que não realizáveis) como a adoção da igualdade material. O direito do trabalho, certamente, foi o que mais se desenvolveu a partir desta concepção. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 42).

Nesse cenário, conseqüentemente, houve a necessidade do surgimento do denominado *direito especial* (direito do trabalho) desvinculado do direito civil (*direito comum*), construído a partir de regras, princípios e metodologias próprios. Este caminho, didaticamente, é relatado por Héctor-Hugo Bargagelata (BARBAGELATA, 2012, p. 112-119), a partir da tese do *particularismo do direito do trabalho*.

Em uma perspectiva processual, (aqui cabe um acréscimo no sentido de que a CLT, em um mesmo corpo, trata dos direitos material e processual do trabalho, o que parece sinalizar para uma amenização de uma parcial separação entre direito material e processo), Américo Plá Rodrigues espousa a particularidade do procedimento laboral a partir de três princípios: desigualdade compensatória, verdade real e indisponibilidade de direitos. Quando da sua análise enxergava dificuldade em verificar estes princípios em outros ramos processuais, mormente no processo civil. Outros princípios, tipicamente trabalhistas, como a celeridade, a gratuidade e a conciliação se deslocaram para o processo civil, o que, entretanto, não ocorria com aqueles. (RODRIGUES, 1992, p. 243-244).

O direito do trabalho, a partir de então, vem se apresentando como um ramo autônomo relativamente a outros ramos jurídicos, inclusive do direito civil. No plano teórico, a rigor, sua autonomia é defendida por constatarem, em seu bojo, regras, princípios e metodologia próprios. (CESARINO JR., 1963, p. 112-115; NASCIMENTO, 1995, p. 122-124; PINTO, 2007, p. 64-67).

Esta ilação, contudo, se abstém de impedir um *diálogo* com outros ramos jurídicos. O direito do trabalho, de antemão, se assume insuficiente e incompleto para equacionar todas as problemáticas advindas das relações trabalhistas. Por corolário, no Brasil (CLT, art. 8º e §1º) e também em outros países é algo bastante comum previsões normativas com admissão de importação de preceitos do direito comum, ou seja, qualquer outro ramo do direito que não seja o especial do trabalho (é a denominada *técnica da subsidiariedade*). A par disto, Messias Donato, com propriedade, sustenta que o direito do trabalho é, por essência, multidisciplinar. (DONATO, 2008, p. 86).

Ademais, parece inadequado considerar que a aproximação do direito do trabalho como direito civil sempre trará prejuízos aos trabalhadores. Há dispositivos civilistas com potencial bastante afinado com os propósitos do direito do trabalho, como os pregam os fins sociais do contrato e o respeito, inclusive contratual, aos direitos da personalidade.

A proposta da Reforma Trabalhista *em repetir o passado* e promover um certo caminho de retorno do direito do trabalho ao direito civil com exaltação da autonomia da vontade do empregado na relação empregatícia é, portanto, bastante paradoxal. O *desprendimento* do direito do trabalho do direito civil, com as ressalvas acima postas, significou a ineficiência das premissas teóricas deste ramo jurídico para enfrentar as singularidades do liame de emprego.

A Reforma Trabalhista atraiu a lógica do direito civil para o direito do trabalho, ao ponto de se concluir que não se trata de uma lei tipicamente trabalhista (SEVERO; MAIOR 2017), o que gera uma séria de problemáticas neste ramo jurídico.

A advertência de Márcio Tulio Viana é oportuna: “[...] o contrato [no direito do trabalho] passa se valorizar tanto que basta a sua forma para fazer presumir - de forma praticamente absoluta [...] abrindo espaços inéditos para a fuga do Direito.” (VIANA, 2018, p. 416).

Deve-se recordar que o contrato empregatício é um típico contrato de adesão (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 158), com margem praticamente inexistente para discussões por parte do empregado. Portanto, depois da Reforma Trabalhista e da ADI n. 6363, o ajuste individual entre empregado e empregador passam a possuir uma conotação diferente, a par de uma maior liberdade contratual.

No modo de produção capitalista, o trabalho se porta como uma mercadoria e, como tal, é vendido no mercado (trocado por dinheiro). É uma maneira de sobrevivência material do trabalhador e deveria se consubstanciar em um meio de emancipação. O direito do trabalho, ao apresentar princípios e regras especiais, relativamente ao direito civil, além de legitimar essa prática, quase contraditoriamente, busca aliviar a exploração da força de trabalho. A aproximação dos dois ramos a partir da ideia de autonomia da vontade do empregado para definir, ao lado do empregador, o regramento do contrato de emprego, retira do direito do trabalho seu caráter de *escudo parcialmente protetor*.

O capitalismo, porém, não se resume à esfera da produção. Há uma violenta indústria cultural cujo objetivo é impor o consumo das mercadorias produzidas. Mesmo nas horas de descanso, o trabalhador é obrigado a consumi-la e sua pausa ao trabalho mais parece um novo trabalho. (ADORNO; HORKHEIMER, 2006, p. 105). Em sentido aparentemente similar, passa-se a noção de que a liberdade contratual carreará ganhos aos direitos dos empregados, como se existisse uma relação de plena equivalência entre eles e seus empregadores.

Novamente a clássica lição de Evaristo de Moraes é precisa: “Tratando dessa suposta *liberdade* que preside ao contrato de trabalho, observa que ela é *pouca coisa*, na prática [...]”. (MORAES, 1998, p. 11). Em uma relação empregatícia há uma evidente assimetria entre empregado e empregador. O elemento subordinação,¹¹ inclusive a estrutural (DELGADO, 2006, p. 667), a objetiva (VILHENA, 2005) e a algorítmica (MIZIARA, 2019, p. 175), ou a dependência econômica (OLIVEIRA, 2014), como um dos elementos necessários à caracterização do vínculo empregatício (CLT, art. 3º), além da dissociação entre meios de produção e força de trabalho, são direções seguras para aquela conclusão.

A definição de subordinação foi se adequando no tempo. Não recai sobre a pessoa do empregado, mas sobre as condições de trabalho. Ainda assim, continua como um elemento de assimetria entre as partes. Caso se entenda pela noção de dependência (aliás, esta é a palavra prevista no art. 2º da CLT), a subordinação passa a ser compreendida apenas como uma das consequências do assalariamento, todavia insuficiente para compreensão da totalidade do fenômeno. Por efeito, a dependência econômica, como categoria mais adequada, caracterizaria o empregado como o sujeito despossuído, coagido e expropriado da relação de emprego. (OLIVEIRA, 2014, p. 256-258).

A subordinação se abstém de ser superada pelo aumento do salário e/ou pela formação do empregado em um curso superior. O seu elemento fundante permanece na relação de emprego: a assimetria do liame fundada na separação entre meios de produção e força de

11 Sobre o tema subordinação no contrato de trabalho: (PORTO, 2015).

trabalho. Consequentemente, o espaço para a autonomia da vontade, em uma relação jurídica deste tipo, acaba sendo encurtado, sobretudo quando se observa, como no Brasil, um exército de trabalhadores desempregados, um desemprego estrutural e associações sindicais bastante enfraquecidas.

Independentemente da posição adotada (subordinação ou dependência), nota-se a impropriedade em se imaginar que um empregado terá condições igualitárias em negociar, individualmente, condições de trabalho com seu empregador. A recusa em aceitar as condições impostas, possivelmente, impedirão a admissão ou importarão na rescisão do contrato de trabalho.

O tomador do trabalho, ademais, “[...] es el titular de un factor escasso (el capital) [...]”, isto é, dos meios de produção. Assim, possui predominância na forma pela qual o contrato empregatício deve ser estruturado. Cabe enfatizar outrossim que a força de trabalho, mercadoria do qual o trabalhador é portador, é inseparável do trabalhador. Consequentemente, a avença implicará envolvimento do *corpo do obreiro*. Portanto, é inepta, sob o ponto de vista pragmático, eventual autonomia de vontade do empregado para estabelecer, com o seu empregador, as condições laborais (GOLDIN, 2017, p. 14).

O direito do trabalho seria, concomitantemente, materializado por um *contrato-liberdade* e um contrato-submissão. Há, a rigor, um espaço em torno do reconhecimento do caráter voluntário do vínculo. Entretanto, em franca contradição, com a concretização contratual a inicial liberdade é agregada pela submissão (*sometimiento*). (GOLDIN, 2017, p. 14).

A atual fase de regulação do direito do trabalho no Brasil, portanto, caminha para um novo *paradigma*. (KUHN, 2007, p. 220). No Direito, os paradigmas constituem a teoria e a prática jurídica. (OLIVEIRA, 2016, p. 96). Este novo arquétipo estaria ancorado em uma regulação, cujo teor enxerga autonomia da vontade do empregado, em ajustar individualmente com o seu empregador, as condições de trabalho, inclusive com efeitos na principal obrigação incumbida ao empregador: redução salarial.

Para ser mais exato, essa nova forma de regulação do direito do trabalho no Brasil, estaria oxigenada por um paradigma neoliberal. O neoliberalismo é uma teoria político-econômica cujo bem-estar humano é potencializado quando as liberdades e capacidades empreendedoras individuais são manejadas no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos à propriedade privada e a livres mercados e comércio. Ao Estado cabe criar e conservar uma estrutura institucional propícia a estas práticas. Por efeito, cumpre assegurar a integridade da moeda, prever uma estrutura para defesa da propriedade, com militares, polícia e o direito, e incentivar o livre mercado. (HARVEY, 2014. p. 12). Com exceção das funções essenciais para a reprodução do capital, deve se portar como um Estado mínimo, cujo epílogo, de maneira geral, é o comprometimento de políticas públicas, o bem-estar social e a dignidade humana. O direito trabalho, portanto, na maneira pela qual foi constituído, contraria os princípios do neoliberalismo.

Pierre Dardot e Christian Laval, por seu turno, apontam o neoliberalismo como a nova razão do mundo. O neoliberalismo, concluem os autores, atinge a individualidade das pessoas e as obrigam a agir de uma certa forma, como uma espécie de empresa individual. (DARDOT; LAVAL, 2016. p. 377-378).

O impacto da Reforma Trabalhista e da decisão, com efeitos vinculados, da Suprema Corte na ADI n. 6363, cujas sínteses parciais podem ser sinalizadas para exaltação da autonomia da vontade do empregado na relação empregatícia, parecem capazes de direcionar o direito do trabalho, no país, para um novo paradigma (neoliberal); quase um retorno às origens, com mais sofisticação, todavia e talvez, com riscos equivalentes (ou maiores) aos verificados na origem de construção deste ramo jurídico.

4. CONCLUSÃO

Este artigo analisou a exaltação da autonomia pela nova regulação do direito do trabalho no Brasil, sobretudo com a promulgação da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), responsável por alterações na CLT, e decisões judiciais, sobretudo a proferida, em sede de apreciação de cautelar, na ADI n. 6363, em trâmites no STF, cujos efeitos são vinculantes.

A primeira seção listou alterações recentes da regulação do direito do trabalho no Brasil, promovidas pela Reforma Trabalhista, capazes de evidenciar a valorização da autonomia da vontade do empregado no contrato de emprego, bem como analisou, a título exemplificativo, duas situações representativas: a maior liberdade contratual do empregado *hipersuficiente* e a possibilidade de redução salarial por ajuste individual, autorizada pela ADI n. 6363, em trâmite perante o STF.

A segunda seção analisou o problema deste artigo, a partir de contradições, paradoxos e incoerências geradas pela exaltação da autonomia da vontade do empregado nas relações empregatícias.

A pesquisa concluiu que a valorização da autonomia da vontade do empregado, em uma relação jurídica, marcadamente assimétrica e na qual vigora a ideia de dependência econômica e/ou subordinação, direciona o direito do trabalho, no Brasil, para um novo paradigma (neoliberal), talvez, com riscos equivalentes (ou maiores) aos verificados quando da edificação deste ramo jurídico.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Tradução Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *A evolução do pensamento do direito do trabalho*. Tradução Sidnei Machado. São Paulo: Editora LTr, 2012.
- BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2005.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.
- BRASIL. *Constituição da França de 1791*. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Reforma Trabalhista. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Medida Provisória n. 936, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5938/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento: 29.5.2019. Tribunal Pleno. Publicação: DJe-205, 23.9.2019, divulgação em 20.9.2019, [2019]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5938&processo=5938>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5994. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5530775>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 6142. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5701599>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 6154. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=6154&processo=6154>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 6363/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, [2020]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso ordinário n. 173-02.2011.5.15.0000. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Publicação: DEJT 31.8.2012, [2012]. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22278951/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1730220115150000-173-0220115150000-tst>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 85. Resolução n. 209/2016, DEJT: 1, 2 e 3.6.2016, [2017]. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 444. Resolução n. 185/2012, DEJT: 25, 26 e 27.9.2012, republicada DEJT: 26.11.2012, [2017]. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>. Acesso em: 2 jun. 2020.

CARACUEL, Manuel-Ramón Alarcón. Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar. *Revista de Política Social (RPS)*, Madrid, n. 121, enero-marzo, 1979. p. 5-39.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 15. ed. rev. atual. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Editora Método, 2018.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. 12. ed. Tradução Iraci. D. Poleti. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

- CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*. 5. ed. ampl. atual. com a colaboração de M. A. Cardone. Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1963. v. 1.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Editora LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 6, jun. 2006 .
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Editora LTr, 2017.
- DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito individual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Editora LTr, 2008.
- EÇA, Vitor Salino de Moura; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Medida provisória n. 936/2020, ação direta de inconstitucionalidade n. 6363 e o risco de mudança paradigmática a partir (e para o) do direito do trabalho*. 2020. No prelo .
- ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Tradução B. A. Schumann. São Paulo: Editora Boitempo, 2010.
- ENGELS, Friedrich. *Princípios do comunismo*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Cátedra, 1987.
- FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009 .
- FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Direito humano e fundamental ao trabalho*. Curitiba: Editora CRV, 2019.
- FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Reforma trabalhista e teletrabalho: o velho dilema entre aparência e essência. In: CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Editora Juspodivm. p. 227-238.
- GOLDIN, Adrián O. *Configuración teórica del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Editora Heliasta, 2017.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- HARVEY, David. *O neoliberalismo: História e implicações*. 5. ed. Tradução Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem: do feudalismo ao século XXI*. 22. ed. rev. ampl. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 2014 .
- IBARRECHE, Rafael Sastre. *El derecho al trabajo*. Estructuras y procesos. Derecho. Madrid: Trotta, 1996.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia científica*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnica de pesquisa*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- MARIN, Ruy Mauro. *Dialética da dependência*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: Clacso, 2000.
- MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. *Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

- MARX, Karl. *Capítulo VI inédito de o capital: Resultados do processo de produção imediata*. 2. ed. Tradução Klaus Von Puchen. São Paulo: Centauro, 2004.
- MARX, Karl. *O capital: Crítica da economia política. O processo de produção do capital*. 30. ed. Tradução Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. v. 1, livro 1.
- MIZIARA, Raphael. *Moderno dicionário de direito do trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2019.
- MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 4. ed. São Paulo: Editora LTr, 1998.
- MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores. *Introdução ao direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2014.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. rev. aum. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de emprego, dependência econômica & subordinação jurídica: revisando conceitos: critérios de identificação do vínculo empregatício*. Curitiba: Editora Juruá, 2014.
- PARANHOS, Adalberto. *O roubo da fala*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- PINTO, José Augusto Rodrigues Pinto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2007.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: Editora LTr, 2015.
- RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. Tradução Maria Adelaide Ferreira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1975.
- SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos*. Porto Alegre/São Paulo: Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo, 2017.
- RODRIGUES, Américo Plá. Visión crítica del derecho procesal del trabajo. In: GIGLIO, Wagner D. (coord.). *Processo do trabalho na América Latina: estudos em homenagem a Alcione Niederauer Corrêa*. São Paulo: Editora LTr, 1992. p. 235-254.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. 2. ed. Tradução Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2013. v. I.
- SÜSSEKIN, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1999. v. I.
- VIANA, Márcio Tulio. Autonomia coletiva privada X legislação mínima protetora. In: PIRES, Rosemary de Oliveira; LORENTZ, Lutiana Nacur; BARBOSA, Arnaldo Afonso. *A reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) na visão dos magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados trabalhistas*. Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 411-441.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- ZOLA, Émile. *Germinal*. Tradução e adaptação de Silvana Salerno. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Recebido/Received: 05.06.2020.

Aprovado/Approved: 28.04.2021.

O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO PETRÓLEO E O REGIME DE PARTILHA DA PRODUÇÃO: A EVOLUÇÃO DO MODELO REGULATÓRIO

THE NEW PETROLEUM REGULATORY FRAMEWORK AND THE PRODUCTION SHARING REGIME: EVOLUTION OF REGULATORY SYSTEM

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA¹

GALDINO LUIZ RAMOS JÚNIOR²

HEVERTON LOPES REZENDE³

RESUMO

Há poucos anos foram descobertas grandes reservas de hidrocarbonetos numa região denominada pré-sal, que se estende por 800 km do litoral brasileiro, em profundidade de cerca de sete mil metros do nível do oceano. A União é proprietária dos recursos minerais que se encontram no subsolo marinho dentro da plataforma continental, mas a exploração desse material, embora considerada monopólio, pode ser permitida conforme regimes regulatórios previstos na legislação. O objetivo geral desta pesquisa é examinar os regimes de concessão e partilha dos blocos do pré-sal, a fim de promover uma discussão sobre o modelo hipoteticamente mais viável em termos de receitas governamentais. Não se trata, pura e simplesmente, de apontar um sistema como ideal, mas a hipótese busca demonstrar que o regime de partilha de produção trouxe significativos avanços na prospecção, permitindo uma nova forma de custeio da exploração. A pesquisa possui metodologia dedutiva, com apoio eminentemente bibliográfico.

Palavras-chave: petróleo; pré -sal; partilha de produção; sistemas regulatórios; royalties.

ABSTRACT

A few years ago, large hydrocarbon reserves were discovered in a region called pre-salt, which extends over 800 km of the Brazilian coast, at a depth of about seven thousand meters above sea level. The Federal Government

1 Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-7876-6530>.

2 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Marília. Professor Titular da Universidade de Marília. Advogado. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-6816-4883>.

3 Doutorando em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino. Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Única de Ipatinga. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela AVM Faculdade Integrada. Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-7630-3978>.

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

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz; REZENDE, Heverton Lopes. O novo marco regulatório do petróleo e o regime de partilha da produção: a evolução do modelo regulatório. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 296-314, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8259>.

owns the mineral resources found in the marine subsoil within the continental shelf, but the exploitation of this material, although considered a monopoly, may be permitted according to regulatory regimes provided for in the legislation. The general objective of this research is to examine the concession and sharing regimes for the pre-salt blocks, in order to promote a discussion on the hypothetically most viable model in terms of government revenues. It is not about to point out a system as ideal, but the hypothesis seeks to demonstrate that the production sharing regime has brought significant advances in prospecting, allowing a new way of costing exploration. The research has a deductive methodology, with eminently bibliographic support.

Keywords: *petroleum; pre-salt; production sharing; regulatory systems; royalties.*

1. INTRODUÇÃO

O petróleo é uma importante fonte de energia na atualidade. Assim como o gás natural, é um hidrocarboneto formado a partir de reações químicas ocorridas há milhares de anos, com origem em matérias orgânicas.

No ano de 2007 foi anunciada a descoberta de grandes reservas de hidrocarbonetos numa região que se estende por 800 quilômetros, entre o litoral dos Estados de Espírito Santo e Santa Catarina, em profundidade de cerca de sete mil metros do nível do oceano. Essa região é denominada “pré-sal”, uma vez que a rocha geradora está abaixo de uma extensa camada de sal com aproximadamente dois quilômetros.

Considerando que os recursos minerais encontrados na Plataforma Continental brasileira pertencem à União, a extração desses recursos pode ser autorizada pela União a empresas públicas ou privadas, pelos regimes regulatórios previstos na legislação, os quais serão apresentados neste artigo, com ênfase no regime de partilha de produção, implementado em 2010 pela Lei nº 12.351, e que alterou o marco regulatório à época vigente.

Através do método dedutivo, pesquisa bibliográfica e descritiva, pretende-se responder ao seguinte problema: considerando-se a inovação legislativa na última década, que constituiu o novo marco regulatório do petróleo, atualmente é possível estabelecer qual regime tem potencial para oferecer maiores receitas governamentais?

O objetivo geral é examinar os regimes de concessão e partilha dos blocos do pré-sal, a fim de promover uma discussão sobre o modelo hipoteticamente mais viável em termos de receitas governamentais.

Como objetivos específicos, propõe-se: a) apresentar conceitos gerais sobre o petróleo e a região do pré-sal; b) explicar o novo marco regulatório do petróleo e os regimes vigentes; c) fomentar uma comparação entre os regimes regulatórios.

Frise-se que, hipoteticamente, o artigo não possui o condão de afirmar ser um sistema de partilha melhor do que outro, mas, em termos práticos, demonstrar que o novo regime, com a modificação que rompeu com a necessidade de participação da Petrobras, permitiu uma aceleração do processo de exploração, bem como diminuição de custos para a sociedade de economia mista, mormente quando perpassava por sérias dificuldades financeiras.

Justifica-se a presente pesquisa em razão de ter o tema ganhado muita relevância nos últimos anos, mormente após as últimas rodadas de leilão dos campos do pré-sal realizadas

no ano de 2019 sob regime de partilha. Muitos questionamentos têm sido feitos em relação aos regimes que podem oportunizar mais riquezas para o Brasil. É o que se pretende fomentar pelo presente.

2. A ORIGEM DO PETRÓLEO E DO PRÉ-SAL

Um hidrocarboneto líquido ou gasoso é resultado de reações químicas ocorridas há milhares de anos. Essas reações ocorreram em materiais orgânicos compactados, que foram depositados em ambiente líquido com pouco oxigênio, os quais foram sobrepostos por camadas de terra ao longo dos anos.

Aos hidrocarbonetos líquidos em estado natural, como óleo cru e condensado, deu-se o nome de petróleo, conforme dispõe a Lei nº 9.478/1997. O petróleo é uma importante fonte de energia e seus derivados – como gasolina, óleo diesel e querosene - são utilizados como combustível para automóveis e usinas termoeletricas, além da aplicação industrial em diversos segmentos da economia.

O papel do petróleo está intimamente conectado às etapas das denominadas Revoluções Industriais que, enquanto movimentos dinâmicos e cíclicos, desenvolveram as relações jurídico-sociais, ampliando perspectivas e estabelecendo novos paradigmas econômicos e culturais.

Fala-se em revoluções numa perspectiva plural, pois, em uma análise histórica, foram vários os momentos característicos das particularidades sociais que marcam um período de tempo de evolução da humanidade:

Provocada pela mecanização da fiação e da tecelagem, a Primeira Revolução Industrial começou pela indústria têxtil da Grã-Bretanha em meados do século XVIII. Nos 100 anos seguintes, ela transformou todas as indústrias existentes e deu à luz muitas outras, desde as máquinas operatrizes (o torno mecânico, por exemplo) até a manufatura do aço, o motor a vapor e as estradas de ferro (SCHWAB, 2019, p. 42).

Da mesma forma, a Segunda revolução industrial trouxe a ascensão dos combustíveis e com eles uma nova sistemática de aproximação interpessoal, alterando o ritmo da “convivência humana” e exacerbando as necessidades decorrentes destes relacionamentos.

No período entre 1870 e 1930, uma nova onda de tecnologias inter-relacionadas passou a compor o crescimento e as oportunidades que surgiram com a Primeira Revolução Industrial [...] O motor de combustão interna possibilitou a existência do automóvel, do avião e, finalmente, de seus ecossistemas – incluindo os empregos na indústria e a infraestrutura das rodovias. Ocorreram avanços na química: o mundo ganhou novos materiais, tais como os plásticos termofixos, e novos processos – o Haber-Bosch, de síntese de amônia, abriu caminho para fertilizantes baratos de hidrogênio, a “revolução verde” da década de 1950 e o subsequente aumento vertiginoso da população humana (SCHWAB, 2019, p. 43)

Sem viés excludente, a Terceira e Quarta Revoluções Industriais colocaram a sociedade no mundo da tecnologia, transformando-a em uma “coletividade da informação”, denotando um novo formato social. Apesar deste “novo momento”, o petróleo ainda é a base de susten-

tação de várias economias, sendo tratado como elemento imprescindível para o desenvolvimento de países inseridos neste contexto tecnológico. Em outras palavras, as Revoluções Industriais se complementam, não se tratando de superação de fases, mas de surgimento de novas perspectivas sem se perderem as antigas descobertas.

O Brasil é um importante produtor de petróleo e atingiu sua autossuficiência em 2006, mas isso não quer dizer que ainda não seja um importador desse hidrocarboneto. Isso porque essa autossuficiência é apenas numérica, ou seja, o país produz quantidade superior àquela que consome; por outro lado, a demanda por derivados ainda é grande, o que implica na importação, além de outros problemas como a demanda pelo refino em território nacional.

Essa autossuficiência foi anunciada em 2006 pela União, pouco antes do anúncio de uma das maiores descobertas de petróleo nos últimos anos; na região da Bacia de Santos⁴, no campo denominado “Tupi”, foram identificados indícios de grandes reservas de petróleo localizadas abaixo da camada de sal, numa região que dista aproximadamente sete mil metros de profundidade da superfície do Oceano Atlântico. Após essa descoberta, foi anunciada, em 2007, a existência da província do pré-sal, mapeada em uma região que vai do sul do Espírito Santo até o norte de Santa Catarina, com aproximadamente 800 quilômetros de extensão (SCHUTTE, 2012, p. 14).

A propósito das origens desta camada, explica a empresa estatal:

O pré-sal é uma sequência de rochas sedimentares formadas há mais de 100 milhões de anos, no espaço geográfico criado pela separação do antigo continente Gondwana. Mais especificamente, pela separação dos atuais continentes Americano e Africano, que começou há cerca de 150 milhões de anos. Entre os dois continentes formaram-se, inicialmente, grandes depressões, que deram origem a grandes lagos. Ali foram depositadas, ao longo de milhões de anos, as rochas geradoras de petróleo do pré-sal. Como todos os rios dos continentes que se separavam correram para as regiões mais baixas, grandes volumes de matéria orgânica foram ali depositados. À medida que os continentes se distanciavam, os materiais orgânicos então acumulados nesse novo espaço foram sendo cobertos pelas águas do Oceano Atlântico, que então se formava. Dava-se início, ali, à formação de uma camada de sal que atualmente chega a 2 mil metros de espessura. Essa camada de sal depositou-se sobre a matéria orgânica acumulada, retendo-a por milhões de anos, até que processos termoquímicos transformassem a camada orgânica em hidrocarbonetos (petróleo e gás natural) (PETROBRAS, 2020)

Nesse mesmo sentido, Ferro e Teixeira (2009, p.1) salientam que os reservatórios do pré-sal se formaram há 122 milhões de anos quando existia um ambiente lacustre numa faixa de mar pequena que se abriu entre a África e a América. Dessa forma, com a separação das placas desses continentes que se formaram, ocorreu a entrada de água do mar, que teria se vaporizado nesse ambiente quente, de forma que o sal passou a se depositar sobre os sedimentos orgânicos.

Já o termo pré-sal diz respeito à escala de tempo geológica, isto é, o tempo de formação do petróleo, e não à sua posição (FOGAÇA, 2020). Nesse sentido, salienta Abreu (2013, p. 8): “Conceitualmente, o termo ‘Pré-sal’ que está presente na mídia em geral e em textos técni-

4 A Bacia de Santos é uma das três Bacias Sedimentares onde se encontra o petróleo da camada pré-sal. As outras duas são as Bacias de Campos e do Espírito Santo.

cos aproxima-se de uma definição de caráter geológico temporal, que significa o intervalo de rochas que foi depositado antes de camadas de sal”.

Destarte, a área acumula óleo leve e de excelente qualidade, o que projeta o Brasil frente à grande demanda de energia no mundo. Isso porque a extração do petróleo vem aumentando gradativamente a cada ano. Em 2014, era possível extrair 500 mil barris por dia, e, em 2018, poucos anos após o início da exploração, esse número já passava de 1,5 milhão (PETROBRAS, 2020)

Para se ter uma noção do impacto da produção de petróleo da região citada acima, para fins de comparação, note-se que foram necessários 45 anos para que a Petrobras⁵ - desde a sua criação - atingisse, no ano de 1998, a produção do primeiro milhão de barris de petróleo. Já a marca de 1,5 milhão de barris foi atingida apenas quatro anos depois, no ano de 2002 (PETROBRAS, 2020)

Além disso, no mês de setembro de 2019, com 110 poços produzindo, a produção média foi de 1,82 milhão de barris de óleo por dia e 73,3 milhões de metros cúbicos de gás por dia, somando uma produção de hidrocarbonetos de 2,2 milhões de barris de óleo equivalente por dia. Além disso, nos últimos 60 meses que antecederam setembro de 2019, a produção média de óleo do pré-sal cresceu 243% (PRÉ-SAL PETRÓLEO, 2019, p. 9).

Com efeito, para Lima (2008), a descoberta do petróleo na camada do pré-sal da bacia de Santos só foi possível graças ao acúmulo da experiência da Petrobras em 68 anos de prospecções. Para o autor, essa experiência começa com o primeiro poço bem sucedido, localizado em Lobato, na Bahia, no ano de 1939. Embora a extração do petróleo seja uma atividade de alto risco, com cerca de 25% de sucesso nos poços perfurados, o pré-sal representa baixo risco (LIMA, 2008), pois o índice de sucesso exploratório é de 86%, ou seja, muito superior à média mundial (IBP, 2016).

Além disso, para a Petrobras (2020), o volume de petróleo produzido “por poço” no pré-sal da Bacia de Santos é acima do esperado na indústria de óleo e gás. Por dia são extraídos, em média, 25 mil barris de petróleo; e dos dez poços brasileiros com maior produção, nove deles localizam-se nessa área, sendo o mais produtivo o campo de Tupi, com 36 mil barris de vazão média por dia.

O pré-sal está localizado a 300 quilômetros do litoral continental e insular brasileiro, parcialmente dentro da Zona Econômica Exclusiva (ZEE, a partir daqui). Essa região é descrita no art. 6º da Lei 8.617/1993, que dispõe que a ZEE é uma faixa que se estende até duzentas milhas náuticas, o que representa cerca de 370 quilômetros, sobrepondo o mar territorial. Noutras palavras, 184 milhas náuticas além do mar territorial, que possui 12 milhas, mas englobando este (BORGES, 2020, p. 202).

Na ZEE, o Brasil tem direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, além da conservação e gestão dos recursos naturais das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e até mesmo ao tudo que se refere a outras atividades com

5 Conforme art. 61 da Lei nº 9.478/1997, a Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei. Já o art. 62 da mesma lei, estabelece que A União manterá o controle acionário da PETROBRAS com a propriedade e posse de, no mínimo, cinquenta por cento das ações, mais uma ação, do capital votante.

vistas à exploração e ao aproveitamento da referida zona para fins econômicos. Além disso, conforme art. 20, inciso V da Constituição da República de 1988, são considerados bens da União àqueles recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (BORGES, 2020, p. 201-203).

Em uma perspectiva internacional, pode-se estabelecer uma preocupação da comunidade global com as questões referentes ao petróleo, sua exploração e extração, principalmente pelo fato de que as suas reservas são externas, ultrapassando os limites territoriais de um Estado, atingindo os outros.

Fala-se, assim, em “unitização internacional”:

A Unitização Internacional é entendida como um contrato que objetiva a consolidação de negócio jurídico entre sujeitos internacionais de múltiplas áreas ou blocos, a fim de permitir que o campo seja eficientemente explorado dentro da perspectiva unitária, utilizando-se da divisão de custos e rendimentos, através do estabelecimento de joint ventures que realizarão as atividades. (OLIVEIRA; XAVIER, 2007, p. 681-682).

O direito internacional, notadamente o público, apresenta fontes relevantes para a coordenação e cooperação dos diversos sujeitos internacionais, também na matéria envolvendo o petróleo. Neste cenário, não só tratados internacionais podem ser aclamados mas, ainda, a eleição de costumes internacionais alçados à fonte de direito internacional público constitui marco histórico e paradigmático para uma estruturação do tema

Neste sentido, oportuno salientar que o Brasil ratificou a Convenção de Montego Bay, realizada em 1982 em Genebra. Essa Convenção sobre os direitos do mar estabelece em seu art. 76 e seguintes disposições sobre a plataforma continental, a qual compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas, estabelecendo que o Estado costeiro exerce soberania sobre a plataforma para efeitos de exploração e aproveitamento dos seus recursos naturais (o que inclui os recursos minerais).

Nos termos da Convenção, o país costeiro deve requerer junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas o estabelecimento da plataforma, apresentando mapas e informações, incluindo dados geodésicos, descrevendo de forma permanente os limites exteriores da sua plataforma continental, todavia, a área pleiteada não deve ultrapassar 350 milhas náuticas partindo da costa. Trata-se da plataforma continental estendida (BORGES, 2020, p. 202).

Nesse sentido, ressalta Schutte sobre a plataforma continental:

O Brasil iniciou em 1989 seu Plano de Levantamento da Plataforma Continental (LEPLAC), para estabelecer a sua plataforma continental além das 200 milhas náuticas da ZEE, em conformidade com os critérios estabelecidos pela convenção. Em abril de 2007, a Comissão de Limites da Plataforma Continental das Nações Unidas aprovou grande parte do pleito brasileiro (cerca de 85%), ampliando a jurisdição marítima brasileira para uma área de 4.451.766 km², conhecida como Amazônia Azul, metade da área continental de 8.511.996 km². Com isso houve proteção jurídica para o pré-sal, embora a maior potência com grande dependência externa de petróleo não tenha ainda ratificado a convenção. (SCHUTTE, 2012, p. 15)

Essa preocupação em legitimar as reservas do pré-sal e aquelas que serão descobertas torna mais legítima a pretensão de estabelecimento da plataforma nos termos da Convenção. Essa riqueza certamente irá posicionar o Brasil como um importante ator no cenário mundial

e no comércio de petróleo nos próximos anos, até mesmo porque a produção estimada para o ano de 2031 é de impressionantes 3,89 milhões de barris de petróleo por dia, considerando os contratos de exploração em andamento até 2019 (PRÉ-SAL PETRÓLEO, 2019, p. 26). Obviamente, para atingir essa marca muito investimento no setor será necessário, como aquisição de plataformas, instalação de sistemas mais eficazes, perfuração de poços etc.

Em que pese os estímulos à diminuição da dependência do petróleo no mundo, ainda há uma demanda crescente em países como a China, mercado a ser explorado pelo Brasil, sem se afastar do comércio com os Estados Unidos.

Destarte, anotam Leão e Trabali Neto:

Portanto, a crise árabe mostra que as mudanças regulatórias e a aceleração dos leilões do pré-sal são, antes de tudo, um elemento central da estratégia geopolítica de Estados Unidos e China. Se, no Oriente Médio, as duas potências se contrapõem, pelos lados do Cone Sul, elas convergem. E com essa convergência há uma migração, ainda lenta, do eixo geopolítico do petróleo e de suas tensões para o Cone Sul. (LEÃO; TRABALI NETO, 2019)

Conforme salientado, o referido país pode utilizar estratégias de diversificação das compras de petróleo, buscando outros mercados, como o brasileiro, distanciando-se de conflitos no Oriente Médio (LEÃO; TRABALI NETO, 2019).

Há, por outro lado, quem tenha ressalvas em relação à expectativa de retorno financeiro proveniente do pré-sal. Nesse sentido, Sauer e Rodrigues:

O pré-sal adquiriu dimensão de mito: passou a significar a promessa de fabulosos recursos que permitirão que o Brasil alcance, finalmente, um padrão de serviços públicos condizente com as necessidades básicas da população. O petróleo do pré-sal existe, e em grande quantidade, cuja dimensão real, todavia, ainda é desconhecida. É uma promessa real, concreta. Mas o caminho para transformá-lo em riqueza para a população ainda é incerto. Inúmeros países viram frustradas as expectativas em torno das promessas das riquezas do petróleo. O debate efetivo se situa no campo político: há conflitos de interesses entre os vários atores envolvidos: a população, os acionistas ou controladores da Petrobras e de outras empresas interessadas e os próprios consumidores de derivados de petróleo no país. Esse debate se transfere para a esfera da organização da indústria de petróleo, do modelo regulatório, dos regimes de produção que apresentam variações vinculados a cada perspectiva de interesses defendidos. (SAUER; RODRIGUES, 2016, p. 186)

Esse caminho até o retorno financeiro ao País mediante investimentos em saúde, educação etc., realmente pode demandar um tempo considerável, até mesmo porque há imbróglis no campo político que serão destacados mais à frente neste trabalho. Verdaderamente existe uma grande oportunidade para o Brasil, mas muitos desafios econômicos e tecnológicos estão por vir, a fim de garantir essas oportunidades. Citaremos alguns.

Conforme Fogaça (2020), os desafios a serem enfrentados na exploração do pré-sal começam pela sua profundidade, que se estende por cerca de sete quilômetros de profundidade, atravessando uma extensa camada de sal medindo cerca de dois quilômetros.

Além disso, o sal obriga o Brasil a utilizar novas tecnologias para a perfuração, uma vez que nessa profundidade ele se torna um material viscoso e instável, e é necessário também manter aquecido o óleo cru extraído, a fim de evitar coágulos que podem entupir os dutos;

isso, somado às dificuldades relacionadas à profundidade e à logística de transporte, obviamente elevam os custos da operação (FOGAÇA, 2020).

Destarte, questões regulatórias e institucionais são muito importantes, pois, em se tratando de investimentos de alto custo e elevado risco, um cenário de incertezas e ameaças de intervenções políticas pode prejudicar investimentos. O ambiente institucional em volta de um projeto de exploração é parâmetro fundamental para a decisão de investir (EPE, 2018).

Não se olvide, também, o cenário de incertezas geradas pelas flutuações cíclicas do preço do petróleo, com quedas abruptas de preço (PEDROSA; CORRÊA, 2016, p. 13). Ainda:

Quando o pré-sal brasileiro foi descoberto, o mundo encontrava-se em plena expansão econômica, acompanhada por um aumento expressivo da demanda global de petróleo e trajetória ascendente dos preços. Superada a crise financeira de 2008 que teve curta duração quanto aos impactos na indústria de petróleo, os preços do produto atingiram patamares bem superiores a US\$ 100 por barril, tornando os projetos do pré-sal cada vez mais atraídos. A reversão de expectativas veio a acontecer com o colapso de preços a partir do final de 2014. (PEDROSA; CORRÊA, 2016, p. 13).

A crise internacional também impactou a indústria petrolífera, além dos escândalos de corrupção envolvendo a Petrobras, oportunidade em que um quadro de endividamento se instalou, afetando empreendimentos como o pré-sal (PEDROSA; CORRÊA, 2016, p. 13).

Ademais, o impacto ambiental também é outro problema, uma vez que o Brasil pode se tornar um vilão no aquecimento global ao aumentar a oferta de combustíveis fósseis no mercado, em detrimento de outras fontes energéticas (FOGAÇA, 2020).

Para Schutte (2012, p. 9) a questão energética está intrinsecamente ligada à questão ambiental, pois nas próximas décadas o mundo terá o desafio de diminuir as emissões de gases de efeito estufa, buscando uma transição para uma economia de baixa intensidade de carbono. Para tanto, seria uma tendência a diminuição, ainda que gradual, do uso do petróleo, mas dificilmente isso ocorrerá num cenário em que a produção do pré-sal se torne inviável, por conta da demanda crescente em alguns países.

Naturalmente, desafios como esses existem em atividades de risco e devem ser enfrentadas buscando-se sempre o melhor para a sociedade brasileira.

3. O NOVO MARCO REGULATÓRIO

Como se sabe, o art. 20 da Constituição da República de 1988 estabelece quais são os bens da União; e, dentre esses bens, estão relacionados, nos incisos V e IX, os recursos naturais da plataforma continental e da ZEE e os recursos minerais, inclusive os do subsolo, o que, obviamente, inclui os hidrocarbonetos⁶.

6 O artigo 3º da Lei 9.478/1997 dispõe de forma semelhante, a saber: "Pertencem à União os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva".

Mas é em 1997 que é promulgada a Lei nº 9.478, que disciplina de forma específica a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP)⁷, dispendo, ainda, em seu artigo 5º, que as atividades econômicas descritas no art. 4º da mesma lei seriam reguladas e fiscalizadas pela União e poderiam ser exercidas mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

As referidas atividades, descritas originalmente como monopólio da União, eram: a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades descritas anteriormente, bem como o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país.

Ocorre que, desde 1995, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 9, o monopólio da União sobre as atividades descritas no art. 177 da Constituição, o que inclui as atividades relacionadas no parágrafo anterior, de certa forma foi mitigado, permitindo a contratação de empresas estatais ou privadas para a realização dessas atividades.

Ademais, o que reforça essa mitigação é o teor do art. 23 da Lei nº. 9.478/1997, que impõe que serão exercidas mediante contratos de concessão ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural.

Destarte, em 2010 foi promulgada a Lei nº 12.351, a qual dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas. Além de suas peculiaridades que serão apresentadas mais adiante, alterou o artigo 5º da Lei nº 9.478/1997 para permitir a contratação de empresas para explorar as atividades descritas no art. 4º sob um novo regime, denominado de partilha de produção.

Para Pedrosa e Corrêa (2016, p. 12) naquele cenário onde o pré-sal se tornava uma realidade ocorreu um intenso debate sobre o regime regulatório mais apropriado para repartir as riquezas no país. E no ano de 2010 ocorreu a alteração do Marco Regulatório então vigente, incluindo-se o regime da partilha a ser aplicável a áreas não concedidas na região do pré-sal na costa sudeste do país. Nessa ocasião foi implementado o regime de cessão onerosa pela Lei nº 12.276/2010, o qual previa a capitalização da Petrobras com a outorga de até cinco bilhões de barris de óleo em áreas do polígono.

Dessa forma, a União poderia ceder onerosamente à Petrobras, mesmo sem licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, em áreas não concedidas no pré-sal, dando início à produção na região.

Outro dado interessante é que até 2016, quando foi promulgada a Lei nº 13.365, a Petrobras era considerada a operadora responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção, conforme previsto na redação original do art. 2º,

⁷ Conforme art. 21 da Lei nº 9.478/1997, todos os direitos de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, pertencem à União, cabendo sua administração à ANP.

inciso VI, da Lei nº 12.351/2010; já o art. 4º da mesma lei estabelecia que a Petrobras seria a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção.

Com a vigência da Lei nº 13.365/2016, ambos dispositivos citados foram modificados, mesmo assim a referida empresa possui preferência para ser a operadora dos blocos a serem contratados sob o regime de partilha de produção, conforme será explicado melhor em tópico específico.

Lado outro, para representar a União nos contratos de partilha, acordos de individualização de produção envolvendo áreas, até então não contratadas no pré-sal, bem como para gestão de contratos de comercialização de petróleo e gás natural da União (PEDROSA; CORRÊA, 2016, p. 12); entre outras funções descritas no art. 4º da Lei nº 12.304/2010, foi criada em 2013 a Empresa Pública Pré-Sal Petróleo (PPSA), regulada pelo Decreto nº 8.063/2013, que aprovou seu Estatuto Social, determinando providências.

Trata-se, portanto, de empresa conectada a assuntos correlatos à gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia, além dos contratos de comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União, mas não é responsável pela execução das atividades de exploração, desenvolvimento e produção.

Interessante destacar que a Medida Provisória nº 811/2017 permitiu que a PPSA possa atuar diretamente na comercialização de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos, preferencialmente na modalidade leilão; essa atuação foi disciplinada posteriormente na Lei nº 13.679/2018.

Feita essa apresentação do marco regulatório, passaremos a analisar a seguir os modelos regulatórios da Concessão e de Partilha, bem como aspectos gerais sobre a Cessão Onerosa à Petrobras na área do pré-sal.

Nesse sentido, salienta-se que dois critérios são utilizados para a escolha do regime: a capacidade de arrecadação e a capacidade do Estado para exercer seu controle sobre a exploração e o gerenciamento das reservas (SCHUTTE, 2012, p. 25). Ou seja, as expectativas da União em relação à exploração de determinada área e as condições postas devem nortear a escolha do regime que seja o mais interessante.

3.1 MODELOS REGULATÓRIOS ANTERIORES: DA CESSÃO ONEROSA AO REGIME DE CONCESSÃO

A Lei nº 12.276/2010 autorizou a União a ceder, de forma onerosa, à Petrobras (mesmo sem licitação), o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos, em áreas localizadas no pré-sal, ainda não concedidas.

Para tanto, nessa modalidade de contrato denominado “cessão onerosa”, a Petrobras poderia extrair o número de barris de petróleo determinado no contrato, ressalvado o limite máximo de cinco bilhões de óleo equivalentes de petróleo, mediante uma remuneração preestabelecida. O excedente a esse importe deve ser objeto de leilão.

Em 2010 foram cedidos à Petrobras seis blocos no pré-sal da Bacia de Santos, que correspondem atualmente aos campos de Búzios, Sépia, Atapu, Norte de Berbigão, Sul de Berbigão,

Norte de Sururu, Sul de Sururu, Itapu, Sul de Tupi e Sul de Sapinhoá. Ao longo da Exploração, descobriram-se volumes superiores aos cinco bilhões de barris inicialmente previstos.

Esses excedentes deveriam ser leiloados sob o regime denominado “partilha”, havendo consentimento da operadora dos campos da cessão, ocasião em que a Petrobras exerceu seu direito de preferência e adquiriu as áreas de Itapu, como operadora única (100%); e de Búzios, em consórcio com as chinesas CNODC Brasil Petróleo e Gás Ltda (5%) e CNOOC Petroleum Brasil (5%) (PETROBRAS, 2019).

A Lei nº 13.885/2019 estabelece critérios de distribuição de parte dos valores arrecadados com os leilões dos volumes excedentes aos Estados e aos Municípios, descontadas as despesas decorrentes da revisão do contrato de cessão onerosa.

Outrossim, uma questão interessante diz respeito à possível inconstitucionalidade da Lei no tocante à cessão realizada com exclusividade para a Petrobras. Haveria possível violação ao Princípio da Liberdade Econômica, uma vez que uma empresa com capital privado é favorecida, em detrimento das demais? Com a devida vênia, entendemos que não.

Isso porque, como dito, os hidrocarbonetos pertencem à União (art. 20 c/c 177 da CF); e considerando que a Petrobras é uma Sociedade de Economia Mista, na qual boa parte do capital está concentrado no grupo de controle composto pelo Governo Federal, FPS e BNDES e sua subsidiária BNDESPAR, a cessão realizada diretamente a essa empresa acabou constituindo uma operação de interesse público, com legítima pretensão de explorar as descobertas do pré-sal num patamar previamente definido de barris de petróleo.

Posteriormente, com o advento do regime de concessão, previsto na Lei 9.478/1997, o petróleo produzido é de propriedade da empresa que adquire o direito de explorar o bloco ofertado em leilão. Após pagamento dos tributos e contribuições devidos, a empresa concessionária, vencedora da licitação, pode dispor livremente do petróleo que vier a produzir (SAUER; RODRIGUES, 2016, p. 199).

O contrato tem um prazo determinado e o risco do empreendimento é totalmente da concessionária, até mesmo se não conseguir encontrar o petróleo ou gás, mas, como dito anteriormente, tem o benefício de ser considerada proprietária dos hidrocarbonetos (licitados) que forem produzidos. Nesse modelo, a concessionária paga participações governamentais, como bônus de assinatura, royalties e, em caso de campos de grande produção, a participação especial (ANP, 2018)

A propósito:

Nestas licitações, as empresas interessadas oferecem, individualmente ou em consórcio, um valor em bônus de assinatura e propõem um Programa Exploratório Mínimo (PEM), ou seja, se comprometem a executar determinadas atividades, tais como pesquisas sísmicas, perfuração de poços exploratórios, entre outras, naquela área. A empresa ou consórcio que apresentar a proposta mais vantajosa, de acordo com os critérios previstos no edital, recebe o direito de explorar aquela área para verificar a existência de jazidas comerciais de petróleo e/ou gás natural (ANP, 2018).

Ou seja, vence a licitação quem oferece maior bônus de assinatura, atendendo ainda ao Programa Exploratório Mínimo. E o contrato deverá dispor sobre as participações governamentais descritas acima, as quais também estão previstas no edital de licitação.

Os Royalties são pagos mensalmente a partir do início da produção no importe de 10 (dez) por cento da produção, mas, levando-se em conta eventuais riscos geológicos, expectativas de produção e fatores diversos pertinentes, a ANP poderá estipular no edital a redução para 5 (cinco) por cento do valor da produção.

A distribuição desses Royalties está regulamentada nos artigos 47 a 49 da Lei nº 12.351/2010, a qual prevê percentuais destinados aos Estados e Municípios confrontantes a área explorada, além de Municípios afetados pelas operações de hidrocarbonetos fluidos, além de percentuais a fundos especiais sociais descritos na lei.

3.2 O NOVO REGIME DE PARTILHA DA PRODUÇÃO

Esse regime foi implementado no ano de 2010 pela Lei nº 12.351, e passa a coexistir com o regime da concessão. Veja-se sua definição, conforme art. 2º, I, da referida Lei:

Partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato .

Note-se que no contrato de partilha de produção, o Estado, sendo formalmente o proprietário do material, autoriza que parte da produção seja utilizado como pagamento à empresa contratada pelos custos da exploração e produção. A parcela do petróleo utilizada para essa finalidade é denominada “óleo-custo”. Após deduzir os custos, o petróleo restante é o excedente, ou seja, o “lucro” gerado na operação, denominado “óleo-lucro”. Esse último será repartido entre a empresa contratada e a União, conforme disposto em contrato, cujo percentual é previamente definido (SAUER; RODRIGUES, 2016, p. 199)

Previamente à contratação, o Ministério de Minas e Energia (diretamente, ou por meio da ANP), poderá realizar avaliação potencial das áreas do pré-sal e outras áreas estratégicas, mediante contrato com a Petrobras para estudos exploratórios necessários à avaliação.

Os contratos de partilha no polígono do pré-sal podem ser celebrados mediante prévia licitação na modalidade de leilão, ou, ainda, diretamente com a Petrobras, para preservação do interesse nacional e atendimento dos demais objetivos da política energética, neste caso dispensada a licitação, nos termos do art. 8º, I e 12 da Lei nº 12.351/2010, cuja gestão dos contratos, como dito alhures, ficará a cargo da empresa pública Pré-Sal.

A propósito, anota a ANP sobre o procedimento licitatório:

Os blocos e os parâmetros técnicos e econômicos dos contratos de partilha de produção são definidos em resolução do CNPE e as licitações, promovidas pela ANP. Cabe ao Ministério de Minas e Energia (MME) estabelecer as diretrizes a serem observadas pela ANP para promoção da licitação e para a elaboração das minutas dos editais e dos contratos, posteriormente aprovados por aquele órgão. Nas licitações de partilha promovidas pela ANP, a empresa vencedora será aquela que oferecer ao Estado brasileiro a maior parcela de petróleo e gás natural (ou seja, a maior parcela do excedente em óleo) (ANP, 2018)

A licitação no regime de partilha obedecerá ao que dispõe a Lei nº 12.351/2010, mas também às normas da ANP e do Edital licitatório, de forma que a Petrobras pode participar do leilão, inclusive para aumentar sua participação mínima, nos termos do art. 14 da referida lei. E, como citado acima, para o julgamento da licitação, será escolhida a proposta que apresente mais vantagem para a União, conforme critério da oferta de maior excedente em óleo, respeitado o percentual mínimo descrito no art. 10, III, “b”, da Lei.

É certo que nesse regime alguns riscos são mais acentuados, como a volatilidade do preço do barril de petróleo no mercado, além dos riscos inerentes ao desenvolvimento do projeto; nesse caso, se o custo de produção estiver acima do previsto, menor será a parcela de óleo para dividir com a União. Entretanto, como se sabe, os investimentos no setor do petróleo se projetam por vários anos, e são marcados por consideráveis oscilações de valor, o que torna complexa uma projeção que considere somente esse fator.

Ademais, conforme art. 4º da Lei nº 12.351/2010, considerando o interesse nacional, o CNPE pode oferecer à Petrobras o direito de preferência como operadora dos blocos sob regime de partilha de produção.

Nesse caso, a partir da comunicação do CNPE, a referida empresa deve manifestar-se sobre esse direito em cada bloco ofertado no prazo de trinta dias, justificando o interesse, ocasião em que o CNPE deverá propor à Presidência da República quais blocos serão operados pela Petrobras, ressalvada a participação de 30%, a ser explicada em tópico específico (CARDOSO; OLIVEIRA, 2018, p. 342)

Designada como operadora, o contrato de consórcio deverá estabelecer que ela será a responsável pela execução do contrato, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas perante o contratante ou terceiros, excetuando-se de responsabilidade a Petro-Sal, nos termos do § 2º do art. 8º da Lei.

Interessante salientar que atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.178/2019 de autoria do Senador José Serra (PSDB-SP), que intenta alteração da legislação para “para permitir a licitação com concessão nos blocos em que esse regime for mais vantajoso para o Brasil e instituir a disputa em igualdade de condições nas licitações de partilha da produção” (BRASIL, 2019).

Em resumo, o projeto, que ainda não está incluído em pauta de votação no Plenário, prevê a revogação do direito de preferência para a Petrobras nas licitações no regime de partilha de produção, além de assegurar ao CNPE, assessorado pela ANP, a escolha do melhor regime jurídico a ser adotado nos leilões do pré-sal.

O tema é complexo e prevê alteração significativa no marco regulatório, mas até o momento não há como mensurar os rumos que serão adotados pelo Poder Legislativo.

3.3 DO CONSÓRCIO NO REGIME DA PARTILHA⁸, DAS PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS E DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES

Sempre que a Petrobras for contratada diretamente ou quando for vencedora de forma isolada da licitação, constituirá consórcio com a Petro-sal. De outro lado, o licitante vencedor

8 O Consórcio descrito na Lei nº 12.351/2010 é formado nos termos do art. 279 da Lei de Sociedade por Ações.

também constituirá consórcio com a Petro-Sal, bem como com a Petrobras, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.351/2010, caso essa tenha exercido seu direito de preferência em ser operadora, ressalvada a participação não inferior a 30 (trinta) por cento. Essa participação implicará em sua adesão às regras do edital e à proposta vencedora.

Nesse sentido veja-se ainda o que afirma Sauer e Rodrigues sobre o papel da Petrobras na partilha:

Interessa ao Estado, ou à Sociedade, proprietária do petróleo, apropriar-se da maior parcela possível do excedente. Mas aí há detalhes que merecem atenção. Segundo a legislação, atualmente em alteração no Congresso, a Petrobras deve deter no mínimo 30% de participação no consórcio vencedor da licitação, e assim, do contrato, assumindo o papel de operadora. Todavia, como suspeitado, e confirmado no Leilão de Libra - único realizado sob o regime de partilha até 2016 (outubro) -, os consórcios sem a Petrobras não se viabilizaram. Em parte, porque, caso vencessem a licitação, em disputa com a Petrobras, esta deveria ser incorporada ao consórcio; de outra parte, porque a Petrobras, detentora dos conhecimentos e capacidade tecnológica nas operações do pré-sal, se encontra em posição de assimetria em relação aos demais concorrentes que não lograrem acordo com ela para integrarem o consórcio. (SAUER; RODRIGUES, 2016, p. 199)

Essa participação em 30 (trinta) por cento, de certa forma, pode atrapalhar a captura de interesse de investidores, principalmente estrangeiros.

Entretanto, esse direito de preferência é constitucional, uma vez que, como dito no tópico referente à cessão onerosa, sendo os hidrocarbonetos bens da União, são legítimas as intenções de preservar o interesse público com certo controle e participação da produção, dando a opção à Petrobras de participar dos consórcios no percentual informado.

Além disso, no regime de partilha as receitas governamentais são o Bônus de Assinatura e os Royalties, nos termos do art. 42 da Lei nº 12.351/2010, além do excedente em óleo que será comercializado e demais tributos incidentes sobre o produto.

Apresentaremos a seguir algumas definições importantes:

O bônus de assinatura não integra o custo em óleo; ele corresponde a um valor fixo devido pelo contratado a União, o qual é pago por ocasião da assinatura do contrato, sendo vedado seu ressarcimento.

Veja-se o que afirma Sauer e Rodrigues sobre o bônus de assinatura:

[...] é um pagamento antecipado feito pelo vencedor. No caso de Libra foi de 15 bilhões de reais. O cálculo do ofertante fará o devido desconto desse bônus de sua oferta de na participação da União no óleo lucro. A exigência de um alto pagamento imediato elevado revela uma opção do Governo: ter logo muito dinheiro à mão, em detrimento do que poderia receber no futuro. (SAUER; RODRIGUES, 2016, p. 201)

Ou seja, conforme explica o autor, o governo opta por receber esse importe e, logo de início fazer uso dos recursos para subsidiar suas ações.

A propósito, já dissemos Borges de Oliveira: No processo de concessão, o bônus de assinatura, primeiramente, corresponde “ao montante ofertado pelo licitante vencedor na proposta para obtenção da concessão de petróleo ou gás natural, não podendo ser inferior ao

valor mínimo fixado pela ANP no edital da licitação” (art. 9º do Decreto 2705/98). Trata-se “de uma prestação devida pelo vencedor da licitação que teria a finalidade principal de ‘recuperar os custos governamentais decorrentes do processo” (OLIVEIRA, 2005, p.497). Ainda, de acordo com o artigo 10 do Decreto, os recursos provenientes do bônus de assinatura serão destinados à ANP. (OLIVEIRA, 2017, p. 34)

Já os Royalties constituem uma compensação financeira mensal, devida pelo contratado a partir do início da produção comercial, com alíquota de 15 (quinze) por cento pela exploração do petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos líquidos e, também não são computados no cálculo de custo em óleo, sendo vedado seu ressarcimento. Os royalties constituem valores substanciais, mais próximos da ideia de compensação pela extração e uso das jazidas (BORGES DE OLIVEIRA, 2017, p. 34).

A distribuição desses Royalties é feita nos percentuais estabelecidos no art. 42-B da Lei nº 12.351/2010. Para melhor compreensão do sistema de distribuição, bem como considerando a abordagem prioritária ao regime de partilha neste artigo, citaremos abaixo apenas os percentuais pertinentes as operações desenvolvidas na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva, a saber:

- a) 22% (vinte e dois por cento) para os Estados confrontantes;
- b) 5% (cinco por cento) para os Municípios confrontantes;
- c) 2% (dois por cento) para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outro hidrocarboneto fluido, na forma e critérios estabelecidos pela ANP;
- d) 24,5% (vinte e quatro inteiros e cinco décimos por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:
- e) 24,5% (vinte e quatro inteiros e cinco décimos por cento) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios(...)
- f) 22% (vinte e dois por cento) para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído por esta Lei, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo .

Esses percentuais demonstram que a intenção do legislador foi priorizar uma distribuição justa das riquezas decorrentes da exploração dos hidrocarbonetos entre os diversos entes federativos, bem como fundos especiais e sociais.

Outrossim, no tocante ao petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos que foram destinados à União em decorrência da parcela do contrato de partilha, devem ser comercializados de acordo com as normas do direito privado, inclusive sendo dispensada a licitação. A PPSA poderá contratar diretamente a Petrobras, representando a União, como agente comercializadora dessa parcela de produção, priorizando o mercado nacional.

A receita decorrente da comercialização mencionada no parágrafo anterior deverá ser destinada ao Fundo Social vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, por meio de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, do

esporte, da saúde pública, da ciência e tecnologia, do meio ambiente e de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, tudo conforme art. 47 e seguintes da Lei 12.351/2010.

Outrossim, no ano de 2031, os dezessete contratos de partilha de produção que atualmente estão em andamento, atingirão o pico de produção, com 3,89 milhões de barris de petróleo extraído por dia, o que representa um número impressionante, se considerarmos que toda a produção de petróleo no País em 2019 atingiu 2,9 milhões de barris/dia (PRÉ-SAL PETRÓLEO, 2019, p. 26)

Veja-se ainda a seguinte projeção:

Levando-se em conta um câmbio de US\$ 4 e o preço do barril a US\$ 60, a receita estimada para a União com a venda do óleo é de R\$ 110 bilhões em 2032, quando a produção da União atingirá o pico de produção. Entre 2020 e 2032, a receita total projetada é de R\$ 424 bilhões [...] Considerando a receita estimada com a comercialização do óleo da União, os royalties a serem pagos por todos os contratos (R\$ 349 bilhões) e os impostos pagos ao governo federal (R\$ 227 bilhões), as participações governamentais alcançarão R\$ 1 trilhão no período 2020-2032 (PRÉ-SAL PETRÓLEO, 2019, p. 28).

Nesse sentido, em que pese a rentabilidade virtual que se avizinha no modelo da partilha, isso não significa que é o regime mais vantajoso. Nesse aspecto, Sauer e Rodrigues debruçam-se sobre essa questão:

Após os regimes de serviços, os regimes de concessões e de partilha de produção alternam-se no posto daquele que gera maior receita governamental. O regime de concessões, na maior parte dos casos, gera maior renda, já que ele traz maior parcela governamental, com exceção do caso dos campos contratados sob um regime misto de cessão onerosa e de partilha de produção e dos campos de Libra e Lula e Cernambi, para os quais em alguns cenários de preços do barril de petróleo o regime de partilha de produção traz maior receita ao governo, pois são aqueles com as maiores reservas dentre os analisados. (SAUER; RODRIGUES, 2016, p. 205)

Para os autores, o regime de partilha não é necessariamente o que garante maior receita governamental. De acordo com as simulações econômico-financeiras realizadas em sua pesquisa, na maior parte dos campos analisados, o regime das concessões é quem oferece maior receita, pois nesse regime a soma dos royalties e da participação especial é mais elevada do que a soma dos royalties e da participação da União no excedente óleo no caso do regime de partilha de produção (SAUER; RODRIGUES, 2016, p. 205).

Todavia, Sauer e Rodrigues salientam que a diferença nas receitas dos dois regimes diminui quando o preço do petróleo se eleva:

Quando os preços do petróleo se elevam, a diferença nas receitas governamentais entre os dois regimes diminui, já que a parcela do excedente em óleo no regime de partilha de produção passa a ser cada vez maior, considerando as regras aplicadas no caso do campo de Libra, adotado como referência. De acordo com essas regras, foi adotada uma alíquota base de participação da União no excedente em óleo, que aumenta conforme se elevam os preços do barril de petróleo, além de estar vinculada à produção média diária dos poços. . (SAUER; RODRIGUES, 2016, p. 219)

É uma constatação lógica, pois se os preços se elevarem as receitas governamentais serão maiores, mas entendemos que não é prudente alimentar expectativas de câmbio mais

favorável ou ainda maior valorização do petróleo e seus derivados, pelas razões já explanadas no início deste artigo.

A partir desses dados, não é difícil perceber que a opção por um regime deve ser muito bem planejada, com espeque na legislação, além de atender ao interesse público e buscando sempre os melhores retornos financeiros ao Poder Público.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho foi apresentada uma breve história da formação do petróleo na camada pré-sal, bem como a importância das reservas de hidrocarbonetos ali contidas. Dentre muitos desafios logísticos e econômicos, a prospecção e extração nos campos dessa região têm sido muito bem sucedidas, não apenas pelo produto extraído ser de boa qualidade, mas também em razão do sucesso nas perfurações ser superior à média mundial.

É certo que o petróleo é uma fonte de energia não renovável, mas ainda será utilizado por muito tempo em razão da grande demanda e cenário tecnológico atual; é por essa razão que a descoberta dos campos do pré-sal veio em momento adequado, até mesmo porque, até algum tempo atrás, não existia ainda tecnologia suficiente para a perfuração nessa camada que dista cerca de sete quilômetros da superfície do oceano atlântico.

Destarte, foi demonstrado que os hidrocarbonetos são propriedade da União, e sua extração fora prevista no texto constitucional como monopólio. Todavia, após 1995, esse monopólio sofreu mitigação quando foi prevista a contratação de empresas privadas ou estatais para exercer a produção, as quais detêm apenas o direito de explorar a atividade nos termos contratados.

Nesse sentido, embora a região do pré-sal esteja localizada a 300 quilômetros do litoral continental, está posicionada na plataforma continental, a qual integra o mar territorial e a zona econômica exclusiva, onde o Brasil tem direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento do mar e seu subsolo, nos termos da Convenção de Montego Bay, da qual somos signatários. A riqueza sob nossos mares, com projeções animadoras de extração, pode projetar o país no cenário internacional como um dos maiores produtores de petróleo do mundo.

Demonstrou-se, ainda, o marco regulatório do petróleo, constituído por diversas leis que disciplinam os regimes de exploração, com especial destaque para a Lei nº 12.351, de 2010, que alterou parte do marco regulatório então vigente, prevendo o regime de cessão onerosa, o qual propiciou a capitalização da Petrobras com a outorga de produção de até cinco bilhões de barris de óleo, dando início à exploração em áreas do polígono, mesmo sem licitação. Além disso, a referida lei implementou ainda o regime de Partilha nos campos do pré-sal, que então passava a conviver com o regime da Concessão previsto na Lei 9.478/1997.

Para tanto, verificou-se que uma das principais mudanças referentes à mudança do marco regulatório implementadas pela Lei nº 12.351/2010 foi que o regime da partilha possibilitou maior controle do Estado mediante o direito de preferência da Petrobras, e a participação em 30% de eventuais consórcios, além do recebimento de parte do petróleo produzido, royalties e demais participações. Esse controle, de certa forma, até poderá fomentar o cres-

cimento tecnológico do país em matéria petrolífera, bem como manter maior ingerência no controle da produção.

Por fim, numa comparação entre os regimes da Concessão e da Partilha, percebe-se a existência de simulações teóricas no sentido de que o contrato de Concessão pode trazer mais retorno em recursos financeiros ao Poder Público, do que o regime da Partilha; isso ocorre desde que as oscilações de preços do petróleo não saiam da normalidade, elevando de maneira expressiva o preço do barril de petróleo. Ou seja, em condições normais, haverá maiores receitas governamentais. Contudo, como é perceptível, esta não é uma lógica válida para todas as ocasiões, o que nos faz concluir que a opção por um ou outro regime dependerá sempre de uma análise contextual ampla, do ponto de vista geopolítico, econômico e técnico.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Fábio Viana de. O Pré-sal brasileiro e a legislação do novo marco regulatório: Uma Avaliação geoeconômica dos recursos energéticos do Pré-sal. *Revista de Geologia*, Fortaleza, v. 26, n. 1, p. 7-16, 2013.
- ANP. *Os regimes de concessão e de partilha*. Brasília: ANP, 2018. Disponível em: <http://rodadas.anp.gov.br/pt/entenda-as-rodadas/os-regimes-de-concessao-e-de-partilha>. Acesso em: 2 abr. 2020 .
- BORGES, Emerson. *A Constituição brasileira ao alcance de todos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. A inconstitucionalidade das leis estaduais fiscalizatórias de participações governamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 32, p. 32-53, dez. 2017.
- BRASIL. *Projeto de Lei nº 3178, de 2019: Modifica a Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, para permitir a licitação com concessão nos blocos em que esse regime for mais vantajoso para o Brasil e instituir a disputa em igualdade de condições nas licitações de partilha da produção*. Brasília: Senado Federal, 2019.
- CARDOSO, Gleissa Mendonça Faria; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. A Petrobras diante do atual regime de partilha de produção na exploração dos blocos do Pré-sal. *Revista dos Tribunais*, v. 995, ano 107, p. 325-349, set. 2018.
- EPE . *Desafios do Pré-Sal*. Rio de Janeiro: EPE, 2018.
- FERRO, Fernando; TEIXEIRA, Paulo. *Os desafios do Pré-Sal*. Brasília: Edições Câmara, 2009.
- FOGAÇA, Jennifer Rocha Vargas. O que é o pré-sal? *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/quimica/o-que-presal.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.
- IBP. *Índice de sucesso exploratório da Petrobras*. Rio de Janeiro: IBP, 2016.
- LIMA, Haroldo. Pré-sal discussões e grandes perspectivas. *Revista Princípios*, São Paulo, v. 98, p. 51-55, out./ nov. 2008.
- LEÃO, Rodrigo; TRABALI NETO, Sergio. Leilão do pré-sal e crise saudita: o petróleo na disputa entre China e EUA. *Carta Capital*, 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniao/leilao-do-pre-sal-e-crise-saudita-o-petroleo-na-disputa-entre-china-e-eua/>. Acesso em: 18 mar. 2020.
- OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Abordagem Jurídica Internacional do Compartilhamento de Petróleo e Gás entre Estados Soberanos: Os Acordos de Unitização. In: XVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI (CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO DE DIREITO), 2007. *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte/MG, 2007, p. 679-699.
- PEDROSA, Oswaldo; CORRÊA, Antônio. *A crise do petróleo e os desafios do pré-sal*. Rio de Janeiro: FGV Energia, 2016.

PETROBRAS. *Pré-sal*. 2020. Disponível em:

<https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>. Acesso em: 4 abr. 2020 .

PETROBRAS. *Cessão Onerosa*. 2019. Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-cessao-onerosa.htm>. Acesso em: 4 abr. 2020 .

PRÉ-SAL PETRÓLEO. *Estimativa de resultados nos contratos de partilha de produção*. Rio de Janeiro: Pré-sal Petróleo, 2019.

SAUER, Ildo L.; RODRIGUES, Larissa Araújo. Pré-sal e Petrobras além dos discursos e mitos: disputas, riscos e desafios. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 30, n. 88, p. 185-229, dez. 2016.

SCHUTTE, Giorgio Romano. *Panorama do Pré-Sal: desafios e oportunidades*. Brasília: Ipea, 2012.

SCHWAB, Nicholas Daviss. *Aplicando a Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edino, 2019.

Recebido/Received: 01.10.2020.

Aprovado/Approved: 24.04.2021 .

DIREITO À EDUCAÇÃO, POLÍTICAS PÚBLICAS E O ENSINO SUPERIOR NA REGIÃO DO COREDE NORTE/ RIO GRANDE DO SUL

RIGHT TO EDUCATION, PUBLIC POLICIES AND HIGHER
EDUCATION IN THE COREDE NORTE/RIO GRANDE DO SUL

THAÍS JANAINA WENCZENOVICZ¹
ELIZIÁRIO NOÉ TOLEDO²

RESUMO

O artigo busca refletir sobre a trajetória histórica e contribuições das políticas públicas e as instituições de ensino da região Norte do Rio Grande do Sul, focando a análise a partir de levantamento de dados sobre a evolução quantitativa do número de instituições de ensino superior e de estudantes na região, no período compreendido entre 2000 e 2018, concernente ao direito a educação. A problemática posta busca evidenciar de que forma as instituições de ensino superior, estão auxiliando e potencializando as vocações produtivas e às demandas sociais que induzam a descentralização/concentração do desenvolvimento na região. O estudo compreende os 32 municípios incluídos no Conselho Regional de Desenvolvimento Norte do Rio Grande do Sul (COREDE Norte). Utiliza-se o procedimento metodológico bibliográfico-investigativo, acréscimo de dados e estatísticas do MEC, IPEA, FEE, INEP e COREDE Norte.

Palavras-chave: direito à educação; ensino superior; políticas públicas; região Norte do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT

The article aims to reflect about the historical trajectory and contributions of public policies and educational institutions in the Northern region of Rio Grande do Sul, focusing on the analysis based on data related to the quantitative evolution of the number of higher education institutions and students in the region, in the period between 2000 and 2018, concerning the right to education. The issue is to show how higher education institutions are assisting and enhancing productive competences and social demands that induce decentralisation/concentration of development in the region. The study comprises the 32 municipalities included in the Regional

1 Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) - UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9405-3995>.

2 Sociólogo, doutor em Desenvolvimento Sustentável (CDS-UnB), mestre em Desenvolvimento Rural (PGDR-UFRGS), mestre em Ciência e Tecnologia Ambiental (PPGCTA-UFFS). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7919-9371>.

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

WENCZENOVICZ, Thaís Janaina; TOLEDO, Eliziário Noé. Direito à educação, políticas públicas e o ensino superior na região do Corede Norte/Rio Grande do Sul. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 315-326, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8005>.

Council of Development of the North of Rio Grande do Sul (COREDE Norte). The methodological procedure used is bibliographic-investigative, combined with data and statistics from MEC, IPEA, FEE, INEP and COREDE Norte.

Keywords: right to education; university education; public policy; Northern Region of Rio Grande do Sul.

1. INTRODUÇÃO

A trajetória histórica de constituição do ensino superior no Brasil, foi pautada pelo processo da formação da sociedade brasileira e seus desdobramentos econômicos, políticos e sociais. Desde a sua criação, as Instituições de Ensino Superior (IES) buscaram responder a demanda específicas, desde a formação de mão-de-obra, a formação intelectual para a constituição de elites intelectuais e no desenvolvimento de regiões. Modernamente, o direito à educação se torna em um direito humano fundamental, sendo uma das dimensões mais importantes na realização da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, implica no tratamento do ser humano como um fim em si mesmo, e nunca um meio para o fim. Dessa forma, não se concebe a existência de uma vida digna sem a garantia institucional e normativa do direito à educação. E é nesse espírito que a Constituição Federativa do Brasil de 1988, determina que a educação deve promover a qualificação dos indivíduos para a cidadania e para o trabalho. Nesse sentido, o direito a educação, quando exercido emerge para o processo de emancipação e autonomia humana e consolida-se como um procedimento para consolidação para os demais direitos humanos.

Neste contexto, ao permitir acesso, permanência e possibilidades de ingresso no Ensino Superior é para dar completude ao direito à educação. Desde as primeiras ações de implementação dos cursos superiores até início do século XXI, as IES demonstram em sua gênese a presença de opiniões e projetos conflitantes que exprimem as divisões e as contradições da sociedade. A relação contrastante e expressiva entre o Ensino Superior e a sociedade é o que explica em parte, o fato de que, desde seu surgimento, ao se transformar em uma prática social fundada no reconhecimento público de sua legitimidade e de suas atribuições. Esse pressuposto é baseado em um princípio de diferenciação, que lhe confere autonomia perante outras instituições sociais, e estruturada por ordenamentos, regras, normas e valores de reconhecimento e legitimidade internos a ela. Ou seja, ao perpassar todas as dimensões das reformas implementadas na trajetória do Ensino Superior, constata-se antagonismos como: o aceleração da privatização do ensino (século XX), (CHAVES, 2010) e expansão do ensino com abertura de novas estruturas no século XXI.

O presente estudo busca refletir sobre a trajetória histórica e contribuições das políticas públicas e as instituições de ensino da região Norte do Rio Grande do Sul, focando a análise a partir de levantamento de dados sobre a evolução quantitativa do número de instituições de ensino superior e de estudantes na região, no período compreendido entres 2000 e 2018, concernente ao direito à educação. O estudo compreende os 32 municípios incluídos no Conselho Regional de Desenvolvimento Norte do Rio grande do Sul (COREDE Norte) e utiliza-se o procedimento metodológico bibliográfico-investigativo, acrescido de dados e estatísticas do MEC, IPEA, FEE, INEP e COREDE Norte.

2. ENSINO SUPERIOR EM PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS NO CONTEXTO BRASILEIRO

No Brasil, as primeiras tentativas de criação de cursos superiores foram elaboradas pelos jesuítas, no período colonial, em 1572, na Bahia, mas foram extintos com a expulsão dos jesuítas do país em 1759, por meio da execução das políticas reformistas do Marques de Pombal, provocando uma expressiva desarticulação do sistema educacional.³

No início do século XIX se estabelece o marco de referência para o ensino superior, com a transferência da sede do poder metropolitano de Portugal para o Brasil. Mas é com a transmigração da Família Real para o Brasil, que se cria em 1808, o Curso Médico de Cirurgia na Bahia e, em novembro do mesmo ano, é instituída, no Hospital Militar do Rio de Janeiro, a Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica (FÁVERO, 2006). O objetivo principal da Coroa Portuguesa foi criar escolas e cursos conexos com a necessidade de formar e qualificar uma elite de burocratas (oriundos de brancos, portugueses e filhos da elite), considerados imprescindíveis à gestão e a administração dos interesses políticos e econômicos da Coroa na Colônia. Além disso, buscavam capacitar especialistas aptos a elaboração e a produção de bens simbólicos necessários à sociedade que emergia. Nessa seara, buscou-se, de igual modo, aperfeiçoar uma gama de profissionais liberais a fim de subsidiar as “novas elites”. Os estabelecimentos de ensino superior foram estruturados isoladamente, e posteriormente após sucessivas tentativas foram reunidos em universidades. Até 1889, todas as instituições de ensino superior eram estatais, mas com a necessidade do Estado em expandir oportunidades de escolarização, iniciou-se a criação de faculdades particulares (CUNHA, 1980).

Dessa forma, não é um exagero afirmar que o sistema de educação brasileira, desde os primórdios iniciais, promoveu e auxiliou a segregação social desde os anos escolares iniciais entre os gentios, os órfãos e os brancos, portugueses e os filhos de elite. Essa constatação histórica, de certo modo, salvo os devidos reparos, ainda se reproduz sob outras características. O exemplo mais evidente, se expressa na busca da escola particular, como ideia de qualidade de ensino, circunscrita para uma parcela da população que possui recursos econômicos para sustentar os gastos com educação e a escola pública para os demais. Essa perspectiva se reproduz no ensino superior, o que se percebe, é que 75% dos estudantes estudam em universidades particulares (INEP, 2017).

O acesso ao ensino superior público às classes populares se dava em décadas recentes, pelo concurso público (vestibular), em que a maioria era eliminada por insuficiência de rendimento de apreensão dos conteúdos nas provas eletivas. Com a introdução de outros mecanismos de seleção, a exclusão ainda ocorre por meio das dificuldades em acessar os cursos

3 Durante o período colonial o Brasil foi dominado, externamente, pela Coroa portuguesa; internamente, por uma burguesia mercantil e patriarcal que teve seu momento de glória em meados do século XVII, com o ciclo do açúcar em Pernambuco e na Bahia. No decorrer do Período Colonial em face aos fracassos das elites portuguesas coube as elites locais desenvolver a seu modo ações de administração local para seguir com a administração do país. Este ainda passou por um segundo ciclo de expansão, cujo auge ocorreu um século depois, com o ouro e os diamantes de Minas Gerais, mas este era um ciclo por natureza passageiro. Após 1750, durante cerca de 100 anos, a economia brasileira entrou em decadência, mostrando como a colonização mercantil portuguesa fora incapaz de implantar um capitalismo moderno e um processo de desenvolvimento sustentado no país. Na época da Independência a renda por habitante no Brasil, deveria visivelmente inferior à vigente nos países europeus e alguns da América Latina. A decadência econômica, que foi também a longa decadência dos senhores de engenho, só terminou com a expansão cafeeira, que ganhou ímpeto a partir de meados do século XIX. Ver em Caio Prado Jr. (1979a), Celso Furtado (1982) e Ignácio Rangel (1980).

considerados de elite mais desejados, e que oferecem as maiores possibilidades de absorção pelo mercado de trabalho e com maiores chances de retornos econômicos.

Mesmo com essas ressalvas, os dados referentes ao número de discentes matriculados no ensino superior mostram um crescimento nas duas últimas décadas no Brasil. Entre 1991 e 2017, o total de matrículas mais do que quadruplicou, passando de 1,56 milhão para 6,63 milhões, ou seja, apresentou uma taxa média de expansão de 5,5% ao ano. Outro elemento relevante, foi à acentuada ampliação da interiorização das universidades/faculdades fora das capitais e centros metropolitanos consolidados. Nesse segmento, o crescimento médio das matrículas foi de 5,7% ao ano no mesmo período estudado. A descentralização, quando adotada, se torna eficaz em estratégia eficaz, na medida em que permite ampliar as possibilidades de acesso ao ensino superior, inclusive, em regiões que apresentam baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Com assente nesse contexto, as instituições de ensino superior localizadas no interior do país notabilizaram-se em âmbito nacional, elevando a participação no total de matrículas de 49% para 53%, tornando-se, assim, em um eixo importante da educação brasileira de nível superior (INEP, 2017).

Com base nessa nova configuração geográfica/espacial do ensino superior brasileiro, as regiões Sul/Sudeste, embora tenham registrado crescimento igualmente acentuado (elevação média anual de 4,7% entre 1991 e 2017), perderam posição relativa, em 1991 essa área primaz respondia por 75% do contingente de alunos matriculados nos cursos presenciais de graduação, em 2017, essa participação tinha se reduzido para 60% (INEP, 2017). Ao analisar o Censo da Educação Superior 2018, no tocante ao percentual de IES, por categoria administrativa no Brasil, os dados indicaram que há 299 IES públicas e 2.238 IES privadas. Em relação às IES públicas: 42,8% são estaduais (128); 36,8% são federais (110); e 20,4% são municipais (61). Em termos da participação das universidades, 53,8% da oferta é pública. Entre as IES privadas, predominam as faculdades (86,2%), enquanto das IES federais, 57,3% correspondem às universidades, 36,4% aos Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia (IFS) e Centros Federais de Educação Tecnológica (CEFETS); 1,8% às faculdades e 4,5% são centros universitários (INEP, 2018).

Insta assinalar que a expansão é a soma de diversos esforços e demandas da sociedade e grupos específicos: lideranças regionais, segmentos educacionais e políticas públicas. A ação do governo federal, em que pese sua responsabilidade, foi decisiva no processo, ao instaurar políticas públicas de caráter sistêmico. Dessa forma, se adotada de forma contínua, a estratégia aponta na direção que podem reduzir ou potencializar as desigualdades regionais, em que o Estado se torna o principal articulado e indutor, um pressuposto fundamental amplamente estudado pela economia institucional. Para North (1990), as instituições têm o “poder de jogo”, na medida que promove a interação regulada dos indivíduos, por meio de relações protocolares (leis e constituições formalizadas e escritas que ditam as regras do jogo), postas em marcha e executadas por governos, agentes ou atores com algum poder de coerção. As instituições são estruturas, que de alguma forma, condicionam e regulam os comportamentos sociais das pessoas, que se apresentam regulares e padronizados por meio de ideias e os valores traduzidos de uma determinada sociedade (NEALE, 1994).

Como exemplos dessa estratégia, estão as ações efetivadas pela interiorização, como já foi referida, da rede federal de ensino superior, previstas no Plano Nacional de Educação - 2001/2010; no Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades

Federais (REUNI); no Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES); no Programa Universidade para Todos (PROUNI); na criação dos Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia (IFET) e no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES). Além disso, há as políticas sociais públicas de inclusão social que permitiram, por meio da institucionalização de cotas, acesso maior de estudantes das redes públicas estaduais e de pretos, índios e pardos nos cursos superiores de todo país.

Além disso, é importante destacar, que além das perspectivas geradas com o processo de alargamento do papel estratégico da educação e das possibilidades de inclusão de um maior contingente de adultos ao ensino superior. Ademais, a projeção dos impactos sentidos no mercado de trabalho, são pontos de vista, que criam expectativas em uma grande parcela da população local e regional. Outrossim, é que o caráter promovido pela desconcentração desencadeou, estimulou e criou oportunidades de novos processos de formação profissional, emprego e renda em locais onde não haviam essas possibilidades.

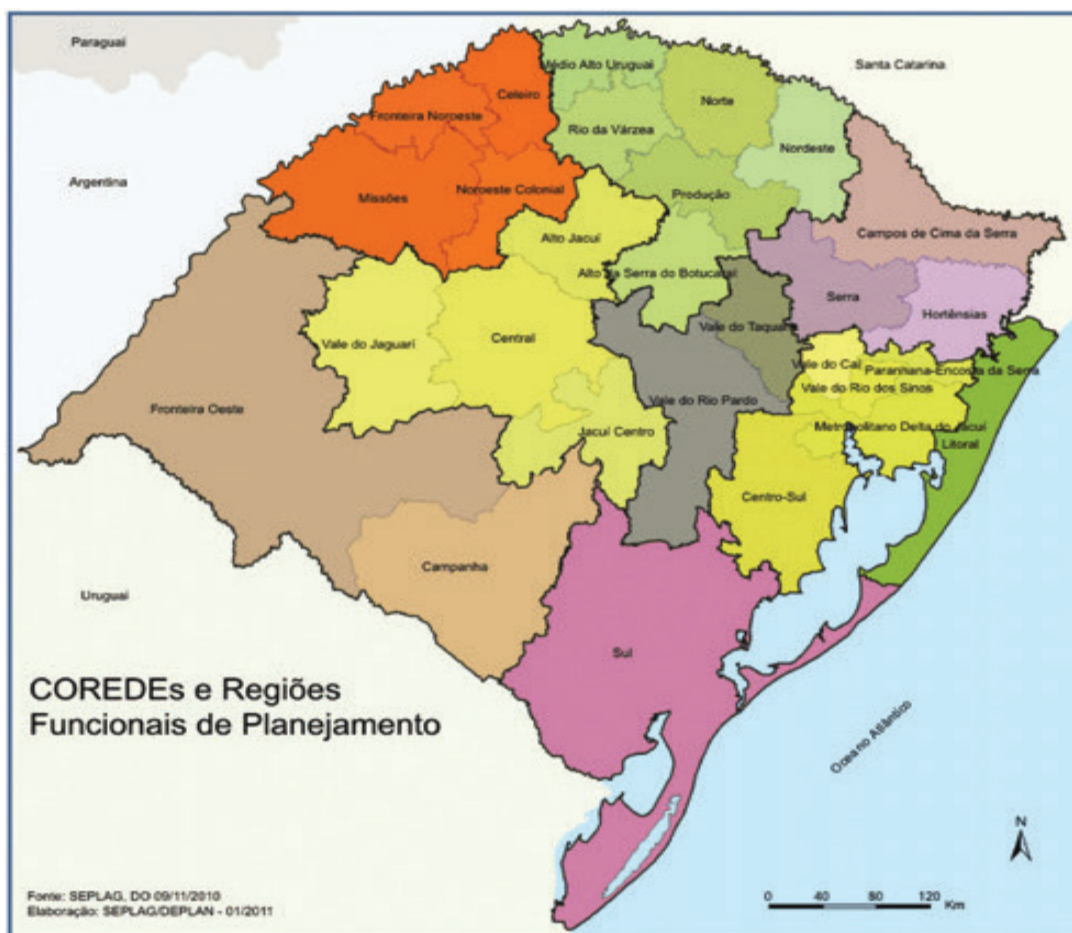
Do mesmo modo, os Estados também colaboraram com o processo de expansão do ensino superior. Em acordo aos dados dos órgãos oficiais os estados possuem 42 universidades e 04 faculdades estaduais no Brasil. O Estado do Paraná é o que concentra maior número, 7 ao total; seguida de Bahia, São Paulo com 4 IES, Ceará e Rio de Janeiro conta com 3, Alagoas, Maranhão, Minas Gerais com 2 e 1 nos Estados do Amapá, Amazonas, Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul. As melhores universidades estaduais do Brasil, levando-se em consideração os diversos elementos de avaliação e suas alternâncias de ano a ano em ensino, campos de pesquisa, ações de extensão, pesquisa, matrículas, evasão, inserção no mercado de trabalho, inovação e internacionalização são elencadas: a Universidade de São Paulo (USP), Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP); Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade Estadual de Londrina (UEL) e a Universidade Estadual de Maringá (UEM), (INEP, 2018).

3. SOBRE A REGIÃO NORTE DO RIO GRANDE DO SUL E O ENSINO SUPERIOR

As primeiras escolas de ensino superior criadas no Rio Grande do Sul, foram a Escola de Farmácia e Química, em setembro de 1895, e a Escola de Engenharia. Inicialmente o surgimento do ensino superior no Rio Grande do Sul, seguiu o caminho semelhante ao padrão tradicional no país, ou seja, a criação de escolas e faculdades isoladas de nível superior que, posteriormente, transformaram-se em uma universidade. A dinâmica do desenvolvimento político e econômico regional, com a mudança dos centros dinâmicos, implicaram em alterações na concentração, demanda e oferta de ensino superior, bem como em novas propostas institucionais. Grande parte dessa estratégia se efetivou por meio de uma rede de ensino superior bastante interiorizada, com grande número de instituições de destaque em vários municípios. Os dados tabulados em 2019, revelaram que em 2017 contava com 21 universidades, 7 centros universitários, 103 faculdades e 3 Institutos Federais de Educação Ciência e Tecnologia (SECRETARIA DE PLANEJAMENTO E GESTÃO, 2019).

A região do Conselho Regional de Desenvolvimento do Norte do Rio Grande do Sul (COREDE NORTE), (Figura 1), segundo estimativas de 2018, possuía uma população de 230.682 habitantes (FEE, 2018) e foi à última na fase do processo de colonização e povoamento do Estado, descolocando caboclos, indígenas e negros que ocupavam as terras antes à chegada dos colonizadores europeus (COREDE NORTE, 2017). A região na década de 70, sofreu um expressivo e intenso processo de êxodo rural e desterritorialização, devido em parte a grande industrialização estimulada por políticas públicas federais, regionais e estaduais. O processo de desterritorialização das regiões brasileiras está conectado com a crescente ocupação territorial, com a contínua transformação da produção agropecuária e da sociedade em geral, que nos últimos 50 anos, o país passou de perspectiva eminentemente rural e agrícola para outra, predominantemente urbana e industrial (TOLEDO, 2017). No tocante a oferta de educação, é com a chegada dos imigrantes europeus, a partir do início do século XX, que o cenário educacional se efetiva por meio da emergência de iniciativas de ensino de caráter comunitário, em um primeiro momento e, posteriormente a função foi sendo implementada e ampliada pela administração pública em níveis estadual e municipal.

Figura 1 – Divisão territorial dos Conselhos de Regionais de Desenvolvimento (COREDES).



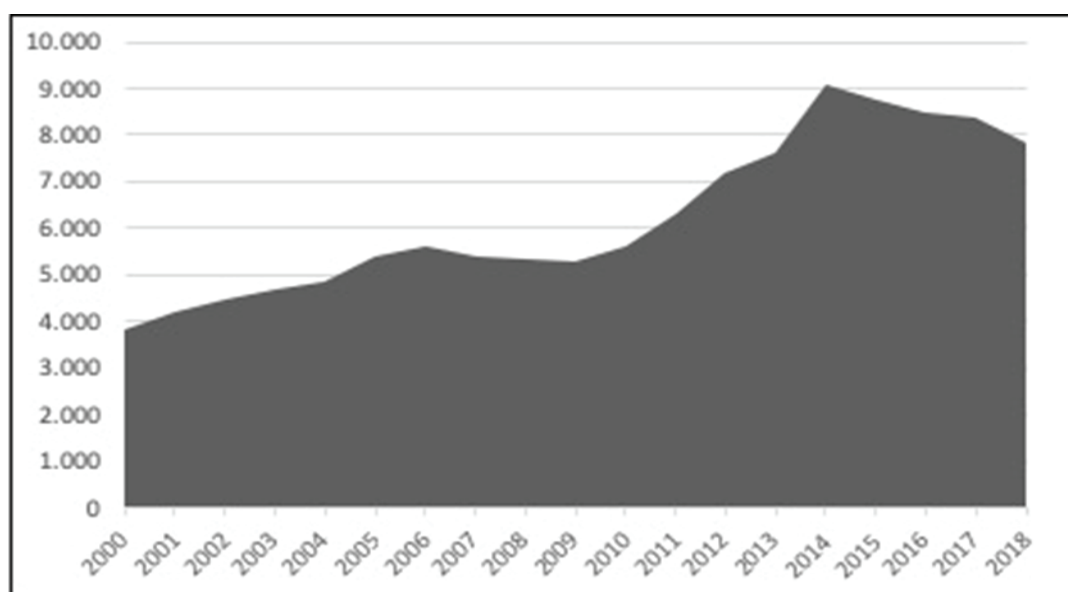
Fonte: Fundação de Economia e Estatística (FEE), (2014).

O Corede Norte do Rio Grande do Sul, ocupa a terceira posição no componente sobre a educação no ranking estadual, com um desempenho equivalente a 0,750. Na estrutura educacional da região, existem 236 estabelecimentos educacionais nos níveis de ensino fundamental (161), médio (48), médio (48), jovem-adulto (22) e especial (5), (COREDE NORTE, 2017). É

importante destacar que no tocante à educação, embora a região Corede Norte do Rio Grande do Sul apresente bom desempenho, a mesma possui ainda um alto percentual de adultos com Ensino Fundamental incompleto.

A recente expansão de educação superior no Brasil foi construída a partir de um conjunto de ações e programas que possibilitou aumentar o número de matrículas (Figura 2). Em 2000 foram matriculados 3.800 alunos e em 2018, mais de 7.800 (crescimento de 49%), cujo pico de matrículas foi em 2014 com 9.071, (FEE, 2018). A opção política garantiu a democratização do acesso tanto às instituições públicas quanto às privadas. Na modalidade ensino superior, a região conta com 18 estabelecimentos. Destas três instituições são de origem pública: a Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS), o Instituto Federal do Rio Grande do Sul (IFRS) e a Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS) e uma é declarada comunitária, a Universidade Regional Integrada (URI) e as demais (14) são de ordem e caráter privado (PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM, 2020).

Figura 2 – Número de matrículas no Corede Norte (2000-2018).



Fonte: FEE Dados Abertos (2020).

Em termos de abordagem teórica, é pertinente o uso da perspectiva defendida por Hirschmann (1977) sobre a tendência negativa de consolidar e promover o desenvolvimento em áreas com baixo índice de desenvolvimento humano por meio do Estado, em que a alocação de recursos em investimentos públicos ocorre de forma residual ou compensatória, sem capacidade de promover transformações estruturais. Basicamente, segundo o autor, a opção mais comum é deslocar esforços para as regiões mais amigáveis e propícias ao crescimento econômico, cuja infraestrutura produtiva e social (rodovias, educação, saúde) já estão consolidadas, e que beneficiam as cidades polos com economia mais atrativa e dinâmica. Esse processo, pode acontecer quando se encontram nas regiões reúnem as condições adequadas para realizar investimentos e que acenam com possibilidade de lucro. No caso da região em estudo, os investimentos públicos ocorreram, notadamente nas últimas décadas, fator que potencializou a expansão e a interiorização das instituições de ensino superior públicas (UERGS, UFFS, e IFRS). Por outro lado, os aportes da economia institucional (NORTH, 1990)

ainda são fundamentalmente pertinentes, ao concentrar esforços analíticos para evidenciar o papel do institucional, indutor e regulatório do Estado, e no caso da proposta de estudo, sobre a ampliação dos investimentos públicos, abertura e regulação para a ampliação de investimentos privados em instituições de ensino superior.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS, DESENVOLVIMENTO REGIONAL E ENSINO SUPERIOR: PERSPECTIVAS DO COREDE NORTE DO RIO GRAND DO SUL

O nascedouro da ideia de política pública é uma herança dos estudos acadêmicos que emergem nos Estados Unidos da América. O processo surgiu pulando as etapas seguidas pela tradição europeia de estudos e pesquisas focados na área analítica sobre o Estado e suas instituições, do que na produção dos governos. Contudo, em termos conceituais, não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública (SOUZA, 2006). Para muitos autores, a política pública pode ser o campo disciplinar que analisa o governo sob a égide das questões públicas (MEAD, 1995). Pode ser o conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos, por meio da delegação política que influenciam a vida dos cidadãos (LYNN, 1980; PETERS, 1986). Entretanto, a definição mais conhecida na literatura e utilizada é a que foi introduzida por Laswell (1936), traduzida naquelas decisões e análises que recaem sobre a política pública que implica em responder às seguintes questões fundamentais: Quem ganha o quê com a política pública? Por quê e o que diferença faz?

Nesse contexto, parece que essas são as questões centrais que qualquer política pública deve responder. Dito de outra forma, a problemática da aferição e análise dos impactos de qualquer política pública está na problematização ou a dificuldade metodológica sugerida por Arretche (1998), ao enfatizar que a principal debilidade incide precisamente em demonstrar analiticamente que os resultados encontrados (seja o sucesso ou fracasso), estão casualmente relacionados aos produtos e bens públicos oferecidos por uma determinada política. Significa dizer, como estabelecer acertadamente as estratégias utilizadas para capturar e diminuir a complexidade e a sutileza, a fim de reduzir a imprecisão ao isolar as variáveis de causa e efeito. O enigma reside em como atribuir os resultados unicamente a uma política pública, sendo que, por vezes, os resultados podem ser potencializados, mascarados pela presença e interface com as políticas de outras esferas administrativas (estaduais ou municipais), e que operam em um mesmo ambiente institucional, e por vezes, visando os mesmo objetivos.

Nessa arena, estão postas as políticas públicas de ensino superior relacionadas com as demandas para a promoção do desenvolvimento regional. Tal qual o conceito de política pública, é difuso conceituar precisamente o que seja desenvolvimento regional. A formulação atua na esfera do modismo e desdobramento da moderna utopia do desenvolvimento sustentável (BURSZTYN; BURSZTYN , 2012), prescrito no Relatório *Bruntland*, que procura atender as necessidades presentes sem comprometer as necessidades vindouras, que no fundo, significa repensar com o processo de expropriação dos bens e ativos naturais pela sociedade industrial. Andrade (1987) que o desenvolvimento regional se refere a um processo desen-

cadeado por programas norteados por vários princípios: capital de cada região, população consciente e interessada em promover o desenvolvimento.

Para Polése (1998), o desenvolvimento econômico regional ocorre por meio da descentralização de políticas e às estratégias regionais. Dessa forma, a base econômica, permite que o capital, o trabalho e as inclinações econômicas fluam como suporte para desenvolvimento da região e de acordo com a vocação (agrícola, industrial ou comercial), aliadas ao fator humano (cultura, costumes, práticas de trabalho, etc.). Se busca, desse modo, a viabilização do desenvolvimento (ou seria crescimento?) por meio do incremento da produção e do mesmo modo, promover mudanças nas disposições técnicas e institucionais. Nesse aspecto, é vital a mediação do Estado exercido pela regulação, na prospecção e uso de recursos e de investimentos, inclusive, em educação. Se espera de alguma forma, seja indicado o projeto de nação a ser construído por todos os cidadãos.

A Constituição Federal (CF) de 1988, categoriza o acesso à educação como direito fundamental social (artigo 6º), prevendo a competência comum da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios⁴ para a disponibilização dos meios para o seu acesso (artigo 23, inciso V), destacando, ainda, ser dever tanto do Estado, como da família e da sociedade a sua promoção visando o pleno desenvolvimento da pessoa para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (artigo 227). No tocante ao ensino superior a responsabilidade pode ser assumida tanto por municípios, Estados e a União. No Brasil a maioria das IES estão sob responsabilidade da União. Por outro lado, no que diz respeito à disponibilização orçamentária para o desenvolvimento da educação, a CF indica no artigo 212, ao prever a divisão e redistribuição dos recursos auferidos por meio dos impostos para a manutenção do ensino, determinando, ainda, a prioridade de atendimento das necessidades do ensino obrigatório, especialmente, para fins de efetivação da universalidade, qualidade e equidade do ensino, nos termos definidos pelo Plano Nacional de Educação (BRASIL, 1998).

Ao considerar as crescentes necessidades materiais e subjetivas das sociedades modernas, a educação se transforma em elemento central na promoção do desenvolvimento, focado na produção de ciência, na elevação das oportunidades socioeconômicas e de ampliação da cidadania. Como foi antecipado, o Corede Norte dispõe de ampla rede de ensino superior com 18 estabelecimentos. Sen (2000) considera que a educação, juntamente com a oferta de políticas de saúde influenciam na liberdade e na capacidade do indivíduo viver melhor e desenvolver seus potenciais. De forma, que a potencialização da capacidade dos indivíduos repercute na viabilização de fazer as melhores escolhas e de concretizar a participação mais efetivamente em atividades econômicas e políticas. Sen acentua que o analfabetismo, pode ser uma barreira extraordinária à participação nessas atividades. Enfatiza ainda que um país, estado ou região pode ser muito rico em termos econômicos e mesmo assim ser muito pobre quanto à qualidade de vida humana dos cidadãos.

Nesse cenário, é possível coletar informações de ações e atividades desenvolvidas na região analisada nas áreas de ensino, extensão e pesquisa. A Universidade Estadual do Rio Grande do Sul está distribuída em 07 regiões e possui 64 cursos ofertados anualmente na IES.

4 A Constituição é clara ao atribuir à União, no artigo 22, XXIV, competência privativa para legislar sobre "diretrizes e bases da educação". Ainda que passível de delegação a outro ente federativo, segundo parágrafo único do mesmo dispositivo⁷, pode-se afirmar que a União, para melhor atender aos interesses gerais, detém o poder de regular a educação dispondo sobre seu método e organização. Quanto à competência, os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

Das 2.500 vagas autorizadas no e-MEC em 2018, 38 cursos constam como participantes do SISU. Das 1.465 vagas ofertadas no SISU, 884 vagas apresentam-se como ações afirmativas. (UERGS, 2018), que se torna, desse modo em um importante elemento de inclusão.

5. CONCLUSÃO

Compreender o direito à educação e a formação da sociedade brasileira exige reconhecer o processo de implantação e consolidação do ensino superior no processo de formação histórico e sócio-jurídico do Brasil. Como direito fundamental, o reconhecimento do direito à educação não é recente, embora tenha se observado considerável avanço nesse campo a partir da Constituição Federal de 1988. O direito à educação superior com o direito à educação fundamental na Carta de 1988 é identificado, ao se analisar o papel do Estado e os limites de sua atuação constitucionalmente prevista.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo foi buscar refletir sobre a trajetória histórica e contribuições das políticas públicas e as instituições de ensino da região Norte do Rio Grande do Sul. Foi possível verificar que na região estudada é expressiva a oferta de ensino superior e que buscam atender ao princípios expressos no art. 206 da CF de 1988, adaptados à definição e conformação próprias deste campo. A exemplo, tem-se a questão da universalização e da gratuidade do ensino, na qual se deve considerar que o ensino superior não pode ser tratado nos mesmos parâmetros do ensino fundamental e médio, visto que não é considerado nível obrigatório de ensino.

No quesito desenvolvimento e políticas públicas, é comum ler e ouvir de especialistas e pesquisadores que o desenvolvimento econômico do Brasil nos cinco séculos após o processo de ocupação e povoamento foi frustrante, mas não deixou de ocorrer. A desigualdade é sempre um elemento apontado dentre os problemas fundantes, superando inclusive a dos demais países latino-americanos. Entretanto, os padrões de vida melhoraram moderadamente para quase todos, e a sociedade se diversificou e aumentou seu nível de educação. No plano político a trajetória deu-se na por conta dos seguintes regimes: Colonial, Imperial, República e o reestabelecimento da democracia em 1985, embora tenha sido desalentador no plano econômico e no da justiça, seguiu sua trajetória entre avanços e retrocessos.

Este processo de transição político-administrativo realizado à medida que a sociedade e a política se diversificaram e se fragmentaram, se desorganizaram e se reorganizaram impôs as velhas elites e os novos atores políticos e sociais alguns entraves em definir seus próprios interesses e, por consequência alavancar o acesso ao Ensino Superior no Brasil. Estas transformações são a expressão da complexificação da sociedade civil no Brasil. Como o mercado, a sociedade civil não é racional, não segue um rumo nem obedece a uma lógica específica. É constituída de agentes que buscam racionalmente identificar seus próprios interesses com os coletivos, mas cujo sucesso nesse intento é sempre precário.

A dinâmica econômico-social das regiões brasileiras nas duas primeiras décadas do século XXI tem sido influenciada por um conjunto de fatores que a tornou complexa, diversificada e excludente de inúmeras categorias sociais. No geral, em decorrência do padrão de

acumulação centrado principalmente em *commodities* e como efeito do baixo desempenho da indústria de transformação, constata-se o caráter mais interiorizado e menos metropolitano da produção brasileira, inserindo as cidades pequenas e intermediárias no leque de ampliação de políticas públicas de desenvolvimento pontual, políticas públicas inclusivas e reparatórias.

Nesse contexto, decorre a expansão do Ensino Superior em todos os Estados brasileiros. Na região Sul do Brasil destaca-se a implantação de três instituições após o ano de 2000. As instituições trazem em seu compromisso a ampliação da escolaridade, desenvolvimento regional e fortalecimento sócio-cultural por meio de ações de extensão e pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ARRETCHE, M. T. S. Tendências no Estudo sobre Avaliação. In: RICCO, Elizabete Melo. *Avaliação de Políticas Sociais: uma questão em debate*. São Paulo: Ed. Cortez, 1998. p. 29-39.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://e.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.
- BURSZTYN, M.; BURSZTYN, M. A. *Fundamentos de política e gestão ambiental: os caminhos do desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.
- CHAVES, V. L. J. Expansão da privatização/mercantilização do ensino superior brasileiro: a formação dos oligopólios. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 31, n. 111, p. 481-500, abr./jun. 2010. Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso em: 19 jul 2020.
- CONSELHO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO NORTE DO RS. *Plano Estratégico de Desenvolvimento do Norte RS – 2015-2030*. Porto Alegre: EdiFAPES. 2017.
- CORBUSSEI, P. *Ensino superior brasileiro na década de 90*. São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Diretoria de Estudos e Políticas Sociais (Disoc). Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4175>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- COREDE NORTE. *Perfil socioeconômico Corede Norte*. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://governanca.rs.gov.br/upload/arquivos>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- CUNHA, L. A. *A Universidade Temporã: o ensino superior da colônia a era Vargas*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1980.
- FÁVERO, M. L. A. A Universidade no Brasil: das origens à Reforma Universitária de 1968. *Educar*, Curitiba, n. 28, p. 17-36, 2006. Editora UFPR. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/er/n28/a03n28.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- FUNDAÇÃO DE ECONOMIA E ESTATÍSTICA - FEE. *RS 2030 Agenda de Desenvolvimento Regional*. Dinâmicas Regionais Recentes no Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: https://www.fee.rs.gov.br/wp-content/uploads/2014/12/201412092_fee-dinamicas-territoriais_site1.pdf. Acesso em: 24 abr. 2020.
- FUNDAÇÃO DE ECONOMIA E ESTATÍSTICAS - FEE. *Corede Norte*. Disponível em: <https://www.fee.rs.gov.br/perfil-socioeconomico/coredes/detalhe/?corede=Norte>. Acesso em: 24 maio 2020.
- FURTADO, C. *Formação Econômica do Brasil*. 23. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982.
- HIRSCHMAN, A. O. A Generalized Linkage Approach to Development, with Special Reference to Staples. *Economic Development and Cultural Change*, 25 (Supplement), 1977.
- INEP - INSTITUTO DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. *Censo da Educação Superior. Número de matrículas no Ensino Superior*. Disponível em: <https://inepdata.inep.gov.br/analytics/saw.dll?Dashboard>. Acesso em: 24 maio 2020.

INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO RIO GRANDE DO SUL/IFRS. Campus Erechim. *Portal do IFRS*. Disponível em <https://ifrs.edu.br/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

LASSWELL, H. D. *Politics: Who Gets What, When, How*. By Harold D. Lasswell. New York: Whittlesey House, 1936.

LYNN, L. E. *Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis*. Santa Monica, Calif.: Goodyear, 1980. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000127&pid=S1517-4522200600020000300023&lng=en. Acesso em: 23 mar. 2020 .

MEAD, L. M. Public Policy: Vision, Potential, Limits, *Policy Currents*, p. 1-4, fev. 1995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000130&pid=S1517-4522200600020000300026&lng=en. Acesso em: 23 abr. 2020.

MENEGHEL, S.M.; ROBL, F. SPELLER, P. (Orgs). *Desafios e perspectivas da educação superior brasileira para a próxima*. Brasília: UNESCO, CNE, MEC, 2012. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000218964>. Acesso em: 25 abr. 2020.

NEALE, W. C. Institutions. In: HODGSON, G. M.; SAMUELS, W. J.; TOOL, M. R. (Ed.). *The Elgar Companion to Institutional and Evolutionary Economics*. Aldershot: Edward Elgar, 1994. v. 1, p. 402-406.

NORTH, D. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PETERS, B. G. *American Public Policy*. Chatham, N.J.: Chatham House, 1986. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000135&pid=S1517-4522200600020000300031&lng=en. Acesso em: 23 maio 2020 .

POLÉSE, M. *Economía urbana y regional*. Cartago: Libro Universitario Regional, 1998.

PRADO JR., C. *História econômica do Brasil*. 22. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1979^a.

RANGEL, I. *Recursos ociosos e política econômica*. São Paulo: Editora Hucitec, 1980 .

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SECRETARIA DE PLANEJAMENTO E GESTÃO. *Atlas Socioeconômico do Rio Grande do Sul. Indicadores Sociais, Ensino Superior*. Disponível em: <https://atlassocioeconomico.rs.gov.br/educacao-superior>. Acesso em: 23 abr. 2020.

SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, July/Dec. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003. Acesso em: 23 maio 2020.

TOLEDO, E. N. B. *A monetarização da vida social e a gramática econômica da agricultura familiar: acumulação e sustentabilidade*. 2017. 308 f. Tese (Doutorado) - Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2017 .

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Institucional: dados Graduação*. Disponível em: <https://www.uergs.edu.br/cursos-de-graduacao>. Acesso em: 3 jun. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA FRONTEIRA SUL. *Institucional: dados Graduação*. Disponível em: <https://www.uffs.edu.br/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES/Campus Erechim. *Institucional: Ensino*. Disponível em <http://www.uricer.edu.br/site/>. Acesso em: 09 jun. 2020.

Recebido/Received: 15.06.2020.

Aprovado/Approved: 12.10.2020.

FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL E OS FUNDOS PATRIMONIAIS: UM ESTUDO SOBRE O FUNDO DA ESCOLA POLITÉCNICA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FINANCING OF HIGHER EDUCATION IN BRAZIL AND ENDOWMENT FUNDS: A STUDY ABOUT THE POLYTECHNIC SCHOOL'S FUND OF THE UNIVERSITY OF SÃO PAULO

LUMA CAVALEIRO DE MACÊDO SCAFF¹

LUIZ FELIPE DA FONSECA PEREIRA²

LUCAS GABRIEL LOPES PINHEIRO³

RESUMO

O artigo objetiva investigar se os fundos patrimoniais podem ser considerados como fonte de custeio para a educação superior. Para tanto, está dividido em quatro etapas. A primeira se dedica ao estudo da educação como um direito fundamental na Constituição Federal. A segunda identifica modelos de financiamento voltados ao ensino superior e o modo como ocorre o custeio da educação no Brasil. A terceira está voltada à disciplina jurídica brasileira dos fundos patrimoniais. A quarta realiza um estudo sobre o Fundo da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. A pergunta colocada é se os fundos patrimoniais podem substituir o financiamento público no ensino superior. Para respondê-la, utilizou-se metodologia de abordagem hipotético-dedutiva e pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se pela utilização dos fundos patrimoniais em um modelo de financiamento híbrido diante da Lei n.º 13.800/2019, que, embora legal, não significa uma substituição do modelo de financiamento público.

Palavras-chave: fundos patrimoniais; custeio da educação; ensino superior; Associação Fundo Patrimonial Amigos da Poli.

- 1 Doutora em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará (2005). Advogada. Professora no curso de graduação em Direito e Professora na Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará. Ex-pesquisadora bolsista da Fundação Ford. Membro da Rede de Pesquisa Junction Amazonian Biodiversity Units Research Network Program (JAMBU-RNP). Tem experiência na área jurídica com ênfase em Direito Financeiro, Direito Tributário e Direitos Humanos. Atua também com Direito Empresarial e Direitos Humanos, alinhando o Terceiro Setor com Responsabilidade Social. ORCID id: <http://orcid.org/0000-0001-7146-0600>.
- 2 Advogado. Mestrando em Direito, na área de concentração em Direito Tributário e Direitos Humanos na Universidade Federal do Pará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará com período sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal (2016). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico, Direito Tributário e Direito Financeiro. ORCID id: <http://orcid.org/0000-0002-4005-9918>.
- 3 Graduando em Direito, na Universidade Federal do Pará. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Financeiro, Direito Tributário e Teoria do Direito. ORCID id: <http://orcid.org/0000-0001-9120-6570>.

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

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo; PEREIRA, Luiz Felipe da Fonseca; PINHEIRO, Lucas Gabriel Lopes. Financiamento da Educação Superior no Brasil e os fundos patrimoniais: um estudo sobre o fundo da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 327-347, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8182>.

ABSTRACT

The article aims to investigate whether endowment funds can be considered as a cost source for higher education. Therefore, it is divided into four stages. The first is dedicated to the study of education as a fundamental right in the Federal Constitution. The second identifies financing models aimed at higher education and the way education costs in Brazil. The third focuses on the Brazilian legal discipline of endowment funds. The fourth carries out a study on the Fund of the Polytechnic School of the University of São Paulo. The question is whether endowment funds can replace public funding in higher education. To answer it, used it a hypothetical-deductive approach and bibliographic and documentary research. It is concluded that the use of endowment funds in a hybrid financing model under law n.º 13.800/2019, although legal, does not mean a replacement for the public financing model.

Keywords: endowment funds; education costs; higher education; Association Endowment Fund Friends of the Poly.

1. INTRODUÇÃO

Após o incêndio ocorrido no Museu Nacional do Brasil, em 2018, foi evidenciada a gravidade da crise fiscal vivenciada pelo país e suas consequências em face do financiamento das necessidades vinculadas aos direitos sociais e culturais, como a educação, o que incentivou a busca por determinadas alternativas de captação de recursos. Nesse contexto, a Lei n.º 13.800, de 4 de janeiro de 2019, regulamentou o instituto dos fundos patrimoniais no ordenamento jurídico brasileiro, em especial quando envolvendo a administração pública. Há destaque em relação à educação, considerando a previsão desta como direito fundamental no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 e a relevância do debate a respeito das fontes de custeio do ensino superior.

Com isso, questiona-se, perante a regulamentação da utilização dos fundos patrimoniais como meio de obtenção de receita a partir da Lei n.º 13.800/2019, a possibilidade de os fundos patrimoniais serem considerados fonte de custeio da educação superior. Como hipótese, os fundos patrimoniais não podem ser considerados como uma fonte de custeio, mas como uma forma de complementação de receita que não substitui o modelo de financiamento público.

Para tanto, utiliza-se a metodologia de abordagem hipotético-dedutiva e o método de procedimento monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Com vista a realizar tal estudo, optou-se por realizar um levantamento sobre os fundos patrimoniais nacionais que sejam voltados ao ensino superior e, após, identificar um caso específico que permitisse uma visualização concreta do estado em que os fundos patrimoniais se encontram no Brasil. Optou-se pela escolha do fundo administrado pela Associação Fundo Patrimonial Amigos da Poli, que apoia a Escola Politécnica da Universidade de São Paulo.

Na primeira seção, abordar-se-á o direito fundamental da educação e a sua previsão constitucional. Em seguida, serão tratados os modelos de financiamento do ensino superior e a forma como ocorre o custeio da educação no Brasil. A terceira seção tem como objeto a disciplina jurídica dos fundos patrimoniais, em especial na forma disposta na Lei n.º 13.800/2019. Por fim, na quarta seção há investigação sobre as estruturas e finanças da Associação Fundo Patrimonial Amigos da Poli, inclusive em face do arranjo jurídico iniciado com a nova legislação.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Na ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988, o art. 6º reconheceu o direito à educação no rol dos direitos fundamentais sociais, com maior detalhamento no Título VIII denominado “Da Ordem Social” a partir do art. 205. Reconhecer o direito à educação como um direito fundamental de natureza social implica no dever jurídico do Estado e da sociedade de atuar positivamente, ao ultrapassar a consideração de interesses meramente individuais, a partir de uma pretensão de caráter material, e não meramente formal (CEZNE, 2006).

Segundo Duarte (2007), o direito à educação possui titularidade coletiva, o que não impede a priorização de determinados grupos vulneráveis no momento da sua concretização. Ademais, possui aplicabilidade imediata, mas deve ser progressivamente satisfeito, inclusive por meio de políticas públicas, o que não significa atribuir a este direito uma natureza meramente programática.

O reconhecimento como direito fundamental também leva à compreensão do direito à educação como uma cláusula pétrea, enquanto norma que não pode ser suprimida do ordenamento jurídico por meio de emenda constitucional, na medida em que todos os direitos fundamentais, apesar da menção expressa do texto apenas aos direitos e garantias individuais, estão incluídos como cláusula pétrea no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da Carta Constitucional de 1988 (DUARTE, 2007).

Essa identificação vincula os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, para que atuem, por meio dos recursos disponíveis e de maneira progressiva, com o objetivo de assegurar o pleno exercício do direito à educação (TRAVINCAS, 2016, p. 95-96).

Em sintonia com o princípio federativo, a Constituição Federal apontou diretrizes amplas em prol de uma gestão democrática ao atribuir a cada ente federativo a responsabilidade por um sistema de ensino. A União tem a competência privativa de legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional⁴, com destaque para a Lei n.º 9394, de 20 de dezembro de 1996.

O texto constitucional segue a linha do federalismo cooperativo, de modo a traçar como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o delinear dos meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação⁵. É de competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal legislar sobre a educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação. Quanto à competência residual dos municípios, estes devem manter, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, programas de educação infantil e de ensino fundamental⁶.

Apesar da instituição de um regime de colaboração entre os entes federados, há responsabilidade prioritária, mas não exclusiva, dos Municípios quanto aos ensinos infantil e fundamental, bem como dos Estados e Distrito Federal em relação aos ensinos fundamental e médio, enquanto – de modo distinto – a União possui foco no que se refere às instituições

4 Art. 22, XXIV da CF/88.

5 Art. 23, V da CF/88.

6 Art. 30, VI da CF/88.

públicas federais, principalmente de ensino superior e técnico, e no apoio ao cumprimento dos objetivos da educação básica em conjunto dos demais entes. Como suscita Fulvia Gioia (2016, p. 16 e 57), a divisão em níveis de ensino não significa uma divisão do direito à educação em si, mas importa na medida em que os limites da atuação de cada ente federado são definidos em função dessa divisão.

O direito à educação está insculpido no art. 205 da Constituição Federal, dispositivo que inicia o capítulo no qual fora consagrado um sistema constitucional de educação. Com *status* de direito subjetivo, 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 (CEZNE, 2006, p. 117-118).

Assim como todos os direitos, a educação possui uma necessidade de custeio (SUNSTEIN, 1999), suportada por agentes distintos e de modos diversos (GIOIA, 2016, p. 15), de acordo com as normas de direito financeiro, no que, dentro de tal sistema, incluem-se as regras voltadas à obtenção e aplicação de recursos financeiros.

Considerando que o objeto deste artigo envolve apenas o ensino superior, vale referir a autonomia universitária, consagrada no art. 207 da Constituição Federal, pois diretamente impactante na gestão financeira e patrimonial. Apesar disso, as universidades e instituições de ensino superior, em geral as públicas, dependem da autorização das dotações orçamentárias respectivas.

3. OS MODELOS DE FINANCIAMENTO PARA A EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL

Diante da consagração do direito à educação como um direito fundamental na Constituição Federal e sua correspondente necessidade de custeio, são apresentados os principais modelos de financiamento da educação, em geral, e do ensino superior, em específico, na realidade brasileira. Para tanto, inicia-se a investigação a partir do estudo do orçamento mínimo educacional e sua previsão constitucional, esclarecendo – além disso – as alterações promovidas no custeio da educação desde o estabelecimento de um teto de gastos, com análise das repercussões sobre o ensino superior.

Em seguida, há atenção aos modelos de custeio a partir dos fundos, de modo a introduzir o financiamento privado por meio dos fundos patrimoniais, objeto central do presente trabalho. Por fim, analisa-se o custeio da educação no orçamento federal, com vista a elucidar a influência do cenário de crise fiscal sobre o ensino superior no Brasil, e em relação ao Estado de São Paulo, considerando que o fundo patrimonial estudado tem como instituição apoiada a Escola Politécnica da Universidade de São Paulo.

3.1 ORÇAMENTO MÍNIMO EDUCACIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O texto constitucional, com o objetivo de atingir a realização do direito à educação em sua proteção multinível federativo, traz uma série de dispositivos que se apresentam como uma rede constitucional para o financiamento da educação. Assim, com vista a serem executados os objetivos tangentes às competências materiais das entidades federativas, o art. 212 da Constituição Federal estabelece a técnica da vinculação constitucional de receitas destinadas ao ensino. Em outras palavras, a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (TRAVINCAS, 2016, p. 89).

Como fundamenta Travincas (2016, p. 94-95), a fixação de um dever mínimo deve estar em conformidade com a tarefa de proteção e promoção progressiva do direito à educação, a partir do reconhecimento deste como um direito fundamental com a consequente aplicabilidade direta e imediata prevista no §1º do artigo 5º da Carta de 1988. Por isso, os percentuais estabelecidos constitucionalmente devem ser compreendidos no contexto de maximização da realização do direito à educação. Para estas vinculações constitucionais, o destino do dinheiro envolve tanto o ensino federal, estadual quanto municipal, além daqueles previstos no artigo 213 da Constituição Federal.

Além disso, a arrecadação tributária é a principal fonte desse custeio, em especial aquela advinda dos impostos, com critérios específicos de distribuição e redistribuição de renda a partir do federalismo fiscal, em exceção à regra da não vinculação (TRAVINCAS, 2016, p. 91), abarcando tanto os valores arrecadados a partir de competência própria do ente federado, bem como a partir de transferências diretas⁷ e indiretas, como as realizadas a partir da arrecadação com o Imposto de Renda e o Imposto sobre Produtos Industrializados e a transferência por meio dos fundos contábeis de participação dos Estados, o FPE, e dos Municípios, o FPM⁸.

Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde voltados ao atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários⁹. A Constituição Federal, em seu artigo 212, § 5º, ainda prevê uma fonte adicional de financiamento específica para a educação básica pública que é a contribuição social do salário-educação¹⁰, recolhida pelas empresas.

Em 2016, houve a promulgação da Emenda Constitucional n.º 95, a qual teve a finalidade de instituir um “novo regime fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e de Seguridade Social da União”, a vigorar por vinte exercícios financeiros, contados a partir do ano de 2017. Para o objetivo desta pesquisa, importa salientar que, com esta alteração, fora estipulado um

7 Artigos 157 e 158 da CF/88.

8 Existem outras disposições constitucionais especificamente relacionadas ao comprometimento com os objetivos correlatos à educação básica, por meio, por exemplo, do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica), mas estas fogem do objeto desta pesquisa.

9 Artigo 212, § 4º da CF/88.

10 As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.

limite¹¹ para as despesas primárias do Poder Executivo em cada exercício financeiro. Nesse regime, as aplicações mínimas em manutenção e desenvolvimento do ensino, incluindo o superior, seriam calculadas, conforme o art. 110 do ADCT, do seguinte modo:

- Para o exercício de 2017, em referência às aplicações mínimas equivalentes a 18%, no caso da União, e a 25%, no caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências (conforme caput do artigo 212 da CF);
- Para os exercícios posteriores, com base nos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, com correção pela variação IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), ou por outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária (conforme inciso II do § 1º do artigo 107 do ADCT).

Constata-se uma mudança clara neste novo regime na medida em que a limitação das despesas primárias repercute no montante destinado à educação e, em especial, ao ensino superior, que tende a ser reduzido apenas para o mínimo constitucionalmente garantido, considerando as escolhas políticas que devem ser tomadas com vista a garantir o equilíbrio dos gastos públicos necessários a diversas áreas de interesse comum. Portanto, há a delimitação de um teto de gastos.

Ocorre que, como destaca Gioia (2017, p. 338), esta redução no montante destinado à educação atinge especialmente o ensino superior, pois os aportes dos recursos financeiros federais se configuram como imprescindíveis aos Estados e Municípios para que atendam – da melhor maneira possível – à função constitucional de manutenção e desenvolvimento do ensino básico¹². Portanto, constata-se que o ensino básico possui fontes constitucionais de custeio específicas que estão submetidos a critérios não atingidos pelas regras da Emenda Constitucional (EC) n.º 95/2016. Em relação ao ensino superior, não há previsão constitucional de fonte de custeio específica e, por isso, a redução dos recursos destinados a esse nível de ensino tende a ser maior.

3.2 MODELOS DE CUSTEIO A PARTIR DOS FUNDOS

Considerando o financiamento constitucional à educação, é possível visualizar um modelo de financiamento público por meio de fundos, os quais podem ser estudados a partir de três categorias. A primeira consiste no financiamento público para os fundos públicos destinados à educação, com destaque ao FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação)¹³ e ao FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério)¹⁴.

11 O critério de apuração desse limite fora definido nos incisos I e II do §1º do art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: para o exercício de 2017, o valor tomado como base fora o da despesa primária paga no exercício de 2016 (corrigida com o acréscimo do percentual de 7,2%), com a inclusão dos restos a pagar já pagos e das demais operações que afetaram o resultado primário (inciso I); para os exercícios posteriores, o valor tomado como base seria o da despesa primária referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), publicado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), ou por outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior.

12 A partir do papel de suplementação dos recursos financeiros que a União exerce em relação aos demais entes federativos, com vista à manutenção e desenvolvimento do ensino básico – competência prioritária dos Estados e Municípios.

13 Criado pela Emenda Constitucional n.º 53/2006 e regulamentado pela Lei n.º 11.494/2007 e pelo Decreto n.º 6.253/2007.

14 Criado pela Emenda Constitucional n.º 14/96, regulamentado pela Lei n.º 9.424/96 e pelo Decreto n.º 2.264/97.

Entretanto, deve-se delimitar o enfoque desta pesquisa para o ensino superior e apresentar modelos de custeio por intermédio de fundos destinados a este nível de ensino. Um deles se refere ao financiamento público destinado à rede particular a exemplo do FIES (Fundo de Financiamento Estudantil)¹⁵ e do PROUNI (Programa Universidade para Todos)¹⁶. O outro, que particularmente interessa ao presente objeto de estudo, é o financiamento privado com ênfase nos fundos patrimoniais a partir da Lei Federal n.º 13.800/2019.

3.3 O CUSTEIO DA EDUCAÇÃO NO ORÇAMENTO FEDERAL E O CASO DE SÃO PAULO

Antes de avançar no estudo sobre os fundos patrimoniais, faz-se necessário – a partir dos valores previstos no orçamento, bem como aqueles efetivamente arrecadados – elucidar como funcionou, no cenário de crise fiscal, o custeio da educação no Brasil, em especial no que se refere ao ensino superior. Para tanto, é utilizado como base para o estudo os dados correspondentes ao exercício financeiro de 2019.

O orçamento da União referente ao exercício financeiro de 2019 tinha como previsão inicial de despesa o valor de R\$ 3,23 Trilhões, enquanto a despesa atualizada correspondeu ao montante de R\$ 3,30 Trilhões (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2020). Em relação à receita, havia previsão de arrecadação do valor de R\$ 3,26 trilhões, enquanto fora efetivamente arrecadado o valor de R\$ 2,95 trilhões (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2020), o que denota um valor real arrecadado inferior à previsão de arrecadação. Deste montante, ainda segundo o orçamento de 2019, a parte destinada ao MEC (Ministério da Educação) foi de R\$ 21,89 bilhões, incluindo os valores destinados a universidades e institutos. Em contraste, a despesa prevista para o MEC alcançou o montante de R\$ 122,95 bilhões.

Por meio de tais dados, pode ser ilustrado o custo efetivo de manutenção da educação para a União, com vista a satisfazê-la enquanto um direito fundamental. Nesse sentido, evidenciou-se que os valores envolvidos no custeio da educação são altos, bem como a existência de um déficit de aproximadamente R\$ 101 bilhões no Ministério da Educação.

No caso do Estado de São Paulo, consoante as informações presentes no orçamento de 2019, há uma compreensão de que o ensino superior é de interesse precípua da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência, Tecnologia e Inovação (SDECTI), no que se situa como uma questão de direito fundamental e como um requisito para o desenvolvimento econômico, o que é uma abordagem diferente da utilizada pela grande maioria dos Estados brasileiros. Por ser uma instituição de ensino superior, também se inclui nesse âmbito a Universidade de São Paulo - USP, em que se encontra a Escola Politécnica apoiada pelo Fundo Patrimonial Amigos da Poli, que será analisado posteriormente.

Para a SDECTI, no orçamento de 2019, a previsão de despesa da secretaria fora orçada no valor de R\$ 16,7 bilhões. Deste montante, fora prevista a despesa de R\$ 6,19 bilhões para o ensino superior, enquanto programa, o que representa aproximadamente 37% do valor total de despesa da secretaria em questão.

15 Instituído pela Lei Federal n.º 10.260/2001.

16 Instituído pela Lei Federal n.º 11.096/2005.

A Universidade de São Paulo – no exercício financeiro de 2019 – obteve receita total arrecadada no montante de R\$ 5,63 bilhões, apesar da previsão orçamentária inicial de R\$ 5,7 bilhões. Do valor arrecadado, R\$ 110,48 milhões corresponderam à receita própria (aplicações financeiras, reembolsos e outras receitas), R\$ 155,57 milhões às receitas vinculadas das unidades (serviços de saúde, prestação de serviços, convênios e outras receitas) e R\$ 5,47 bilhões às receitas não vinculadas (sendo a previsão orçamentária inicial de R\$ 5,58 bilhões), dentre elas, aquelas provenientes de repasses do tesouro do Estado (R\$ 5,36 bilhões) especialmente a partir da arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2020), no que se evidencia a dependência existente em relação aos recursos advindos do Estado de São Paulo.

Em relação às despesas, havia previsão orçamentária inicial de R\$ 5,7 bilhões, enquanto fora efetivamente executada despesa de R\$ 5,53 bilhões. Deste valor, R\$ 132 milhões foram referentes às despesas custeadas com receitas vinculadas das unidades, enquanto R\$ 5,4 bilhões corresponderam às despesas com recursos do tesouro e recursos próprios não vinculados (pessoal, precatórios e indenizações, outros custeios e investimentos). Somente os custos com pessoal equivaleram à despesa de R\$ 4,64 bilhões, representando 84,94% do percentual de comprometimento das receitas não vinculadas (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2020).

Tais valores, especialmente os envolvidos com a despesa de pessoal, reforçam o quão alto é o montante necessário para custear o ensino superior, com enfoque na USP, considerando que a despesa total desta universidade representa, conforme os dados acima apresentados, parte significativa do que é destinado à SDECTI.

Houve, ainda, aumento de 2,28%, em 2019, em relação à execução de despesa de pessoal, quando em comparação com o exercício financeiro de 2018, em que fora executado – na USP – o valor de R\$ 4,54 bilhões. Em relação às despesas totais, correspondente aos recursos não vinculados, houve, em 2018, execução de R\$ 5.22 bilhões, com aumento de 3,47% no exercício financeiro de 2019 (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO), demonstrando o crescimento da despesa.

Assim, os dados apresentados ilustram que, mesmo no contexto de crise fiscal descrito, o custeio da educação no Brasil – particularmente quanto ao ensino superior – ainda é extremamente dependente dos repasses a partir da arrecadação de impostos. Desse modo, é evidenciado que uma fonte alternativa privada teria ampla dificuldade em representar uma verdadeira alternativa ao custeio público, paradigmático na ordem jurídico-constitucional vigente.

4. A DISCIPLINA JURÍDICA DOS FUNDOS PATRIMONIAIS

A partir do estudo sobre o custeio da educação no Brasil e considerando a aparente necessidade de busca de fontes alternativas de financiamento para o ensino superior, analisa-se o instituto jurídico dos fundos patrimoniais. Nesse contexto, a investigação é iniciada com o exame conceitual acerca dos fundos patrimoniais e suas características. Na sequência, é verificado como tal instituto foi regulamentado na realidade local, com enfoque na Lei n.º

13.800/2019, em seu objeto e nas disposições a respeito dos atores envolvidos, dos mecanismos de responsabilização e da previsão de receitas dos fundos patrimoniais.

4.1 FUNDOS PATRIMONIAIS: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A respeito dos fundos patrimoniais (*endowments* ou fundos patrimoniais filantrópicos), Spalding (2016, p. 5) conceitua essa espécie de fundo do seguinte modo:

O conceito de um *Endowment* é o de um fundo permanente, que se estrutura por meio de modelo de gestão de investimentos de longo prazo e com governança apropriada, e que, em sua essência, busca preservar o montante principal e reger a utilização dos rendimentos auferidos em prol da missão finalística a que se propõe. Trata-se de um conjunto de ativos permanentes (dinheiro, títulos, imóveis, entre outros), geridos com vistas a preservar o valor doado no longo prazo, utilizando seus rendimentos em prol de entidades sem fins lucrativos e de suas finalidades institucionais. Objetiva, assim, criar uma estrutura para a sustentabilidade da entidade, possibilitando uma gestão de longo prazo dos recursos destinados ao fundo e assegurando a manutenção (e desejavelmente o incremento) do patrimônio original.

Um fundo patrimonial é um instrumento fiscal cuja pretensão envolve a perpetuidade por intermédio da administração do seu patrimônio com vista a preservar o montante principal – decorrente de doações de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado – e destinar os rendimentos dos investimentos realizados em prol da causa de interesse público ou instituição a que se destina o fundo.

Por isso, Hirata (2019, p. 20) destaca que, em relação à natureza jurídica do fundo patrimonial, é mais importante a função do instituto do que a sua estrutura (por exemplo, quais órgãos e quantos membros possui). Em outras palavras, para classificar um fundo como patrimonial, é necessário identificar se este é destinado à perpetuidade e se busca financiar uma instituição ou causa de interesse público e/ou social, bem como se o uso dos seus recursos obedece às limitações estipuladas a partir de uma estrutura de governança correspondente a tal perenidade, que procure manter o foco em relação ao propósito estabelecido.

Como ressalta o autor referido, é também definidor do fundo patrimonial que este seja administrado por uma entidade sem fins lucrativos, na medida em que se a entidade auferir lucro, restará caracterizado o benefício privado, em distinção ao interesse social objetivado (HIRATA, 2019, p. 23). Da mesma maneira, não deve o doador (seja pessoa física ou jurídica) gerir o patrimônio doado ao fundo, de modo a evitar a administração em benefício próprio.

Nesse sentido, cabe ressaltar a distinção dessa espécie de fundos em relação aos fundos de investimento, nos quais os cotistas desempenham um papel relevante na deliberação a respeito das questões envolvendo o fundo, em contrapartida ao papel assumido pelos doadores nos fundos patrimoniais, que não apenas não se configuram como cotistas, mas não recebem quaisquer dividendos do fundo e, em regra, não deliberam sobre o seu futuro (SPALDING, 2016, p. 40-42).

Isto decorre de uma distinção mais profunda a respeito da própria finalidade dos fundos em comento, considerando que os fundos patrimoniais objetivam o financiamento da insti-

tuição ou causa apoiada, enquanto os fundos de investimento se direcionam ao benefício privado dos doadores (SPALDING, 2016, p. 42).

Ademais, considerando a necessidade de se atender à atividade, causa ou instituição de interesse social, deve ter o fundo, de antemão, um patrimônio capaz de atender ao propósito estabelecido. Em outras palavras, deve ser o patrimônio suficiente para gerar renda ao fundo por meio dos investimentos realizados (HIRATA, 2019, p. 22).

Isto gera um dilema importante entre a flexibilidade e a rigidez na administração dos fundos patrimoniais (HIRATA, 2019, p. 32), na medida em que o patrimônio deve ser suficiente para gerar renda ao fundo, mas sem deixar de atender ao propósito social estipulado, com ampla necessidade de liquidez. O equilíbrio objetivado na gestão dos recursos do fundo patrimonial deve vir, portanto, por meio da compatibilização da política de resgate com a política de investimento (FABIANI; DA CRUZ, 2017, p. 190).

Deve o fundo patrimonial possuir uma clara estratégia de investimento, no que consiste a sua política de investimento, com vista a alcançar o maior retorno considerando a sustentabilidade da entidade apoiada, a qual deve ser equilibrada com o ritmo de gastos e resgate possível estabelecido a partir do método de cálculo estipulado pela política de resgate, com o elemento adicional da perspectiva de perpetuidade do fundo (FABIANI; DA CRUZ, 2017, p. 190-191).

Diante disso, nota-se a impossibilidade de um fundo patrimonial constituir fonte de receita para despesas de custeio, como o gasto com pessoal. Antes disso, foco desse instituto jurídico, ao se considerar o seu objetivo de se manter perpetuamente, está mais voltado para o financiamento de projetos e programas específicos (como pesquisas, bolsas de fomento, bolsas de manutenção etc.) relacionados à finalidade de interesse público que este busca atender.

4.2 FUNDOS PATRIMONIAIS A PARTIR DA LEI N.º 13.800/2019

Antes de 2019, já havia sido iniciada no Brasil a experiência com os fundos patrimoniais no contexto do ensino superior¹⁷, constituídos especialmente a partir do exemplo internacional¹⁸. Entretanto, somente por meio da Lei n.º 13.800/2019¹⁹ houve a efetiva regulamentação desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Desde a ementa²⁰ da legislação em comento, há um direcionamento de sua aplicação em relação à Administração Pública (e uma preocupação menor com a iniciativa privada), de modo a regulamentar a possibilidade de esta firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas por meio de fundos patrimoniais.

17 Exemplos disso são a Fundação Fundo Patrimonial da FEA USP, criada em 2017; a Associação *Endowment* Direito GV, criada em 2012; e a Associação Fundo Patrimonial Amigos da Poli (Escola Politécnica da USP), criada em 2011.

18 Nos Estados Unidos, os principais exemplos são os *endowments* das Universidades de Harvard e de Yale, enquanto, no Reino Unido, destacam-se os *endowments* das Universidades de Oxford e de Cambridge (SINCLAIR, 2020).

19 Referida legislação advém da conversão em lei (com alterações) da Medida Provisória n.º 851/2018.

20 Autoriza a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público com organizações gestoras de fundos patrimoniais; altera as Leis n.º 9.249 e 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e 12.114 de 9 de dezembro de 2009; e dá outras providências.

Esta atenção especial se vê, por exemplo, nas exigências para o Conselho de Administração do fundo quando houver cláusula de exclusividade com instituição pública²¹; na limitação à remuneração aos membros dos órgãos do fundo em caso de exclusividade com instituição pública²²; e na exigência de termo de execução²³ para as parcerias entre a organização gestora, a instituição pública apoiada e, se for o caso, a organização executora.

Ademais, a Lei n.º 13.800/2019 determina expressamente quem são os atores envolvidos na constituição e gestão de um fundo patrimonial²⁴: a instituição apoiada, a organização executora e a organização gestora. A instituição apoiada, que pode ser pública e deve ser sempre sem fins lucrativos, deve se dedicar à realização da(s) finalidade(s) de interesse público que justifique o suporte do fundo patrimonial. São classificados como instituição apoiada os beneficiários de programas, projetos ou atividades financiadas com os recursos do fundo.

As organizações executoras são as responsáveis pela execução dos programas e dos projetos vinculados às finalidades de interesse público estabelecidas. Elas também devem ser instituições sem fins lucrativos e não há, na legislação sob análise, previsão exaustiva a respeito de quais são os seus órgãos internos.

A organização gestora do fundo patrimonial será sempre uma instituição de direito privado sem fins lucrativos e deve atuar exclusivamente na captação e gestão das doações de pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Ela assume necessariamente a forma de associação ou fundação privada, tendo as suas obrigações listadas no art. 6º do diploma legal sob análise. A composição da organização gestora também é prevista pela legislação em questão, com um Conselho de Administração, um Comitê de Investimentos e um Conselho Fiscal, com a possibilidade de remuneração dos seus membros pela organização gestora, de acordo com o rendimento do fundo²⁵.

O Conselho de Administração tem competência de deliberação acerca das matérias listadas no art. 9º da Lei n.º 13.800/2019²⁶, tangentes ao estatuto social, às normas de administração e de transparência, às regras de resgate, à composição dos demais órgãos e à celebração, alteração e suspensão de instrumentos de parceria. Esse Conselho deve ser composto por até sete membros remunerados, com a possibilidade de admissão de outros membros sem remuneração²⁷. Em caso de celebração de instrumento de parceria com cláusula de exclusividade com a instituição apoiada, esta deverá indicar um representante da instituição apoiada para compor o Conselho, com direito a voto²⁸. Se tal cláusula de exclusividade ocorrer perante instituição apoiada pública, é previsto, ainda, que o mandato dos membros será de dois anos,

21 Art. 8º, parágrafos 1º a 4º, da Lei n.º 13.800/2019.

22 Art. 12, parágrafo 1º, do referido diploma legal.

23 Art. 2º, inc. VIII, do referido diploma legal.

24 Art. 2º, inc. I, II e III, do referido diploma legal.

25 Art. 12, caput, do referido diploma legal.

26 Art. 9º, do referido diploma legal - Ao Conselho de Administração compete deliberar sobre:

I - o estatuto social, as normas internas relativas à política de investimentos, as normas de administração e as regras de resgate e utilização dos recursos, bem como publicizá-las;

II - as demonstrações financeiras e a prestação de contas da organização gestora de fundo patrimonial, bem como aprová-las e publicizá-las;

III - a composição do Comitê de Investimentos ou a contratação de que trata o § 1º do art. 10 desta Lei;

IV - a composição do Conselho Fiscal; e

V - a celebração dos instrumentos de parceria, suas alterações e as hipóteses de sua suspensão.

27 Art. 8º, caput, do referido diploma legal.

28 Art. 8º, parágrafo 2º, do referido diploma legal.

com possibilidade de recondução²⁹; e que será assegurada participação, sem direito a voto, nas reuniões deliberativas do Conselho de Administração ao doador (pessoa física ou representante da pessoa jurídica) que represente mais de 10% da composição total do fundo³⁰.

O Comitê de Investimentos, obrigatório aos fundos patrimoniais cujo patrimônio seja superior a R\$ 5.000.000,00, possui competência para recomendar a política de investimentos e as regras de resgate e de utilização dos recursos ao Conselho de Administração; coordenar e supervisionar a atuação dos responsáveis pela gestão dos recursos; e elaborar relatório anual sobre as regras dos investimentos financeiros, do resgate e da utilização dos recursos, bem como sobre a gestão dos recursos do fundo patrimonial³¹. Os membros desse Comitê, escolhidos pelo Conselho de Administração, devem ser comprovadamente idôneos e possuir conhecimento e experiência no mercado financeiro ou de capitais, além de registrados na Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A aplicação financeira do fundo patrimonial poderá ser realizada por pessoa jurídica gestora de recursos registrada na CVM e autorizada pelo Conselho de Administração³².

Por fim, incumbe ao Conselho Fiscal a emissão de pareceres ao Conselho de Administração versando sobre a fiscalização dos gestores do fundo patrimonial e as contas da organização gestora. Os membros do Conselho Fiscal – como ocorre no Comitê de Investimentos – são escolhidos pelo Conselho de Administração e devem ser pessoas idôneas e instruídas em administração, economia, contabilidade ou ciências atuariais³³.

Existem, ainda, dispositivos esparsos na Lei em comento a respeito dos mecanismos de responsabilização dos atores envolvidos no processo de gestão dos fundos patrimoniais. Nesse sentido, são segregados os patrimônios dos instituidores, da instituição apoiada, da organização gestora e do próprio fundo. Por isso, as obrigações assumidas por cada ator envolvido neste processo – instituição apoiada, organização gestora e organização executora – cabem somente a si, sem responsabilidade dos demais pelo eventual descumprimento dessas obrigações³⁴. Não ficam claras, entretanto, quais são as possíveis sanções atribuíveis a esses órgãos, considerando apenas a Lei n.º 13.800/2019.

Além disso, há previsão de que a responsabilidade da organização gestora por suas obrigações só se dá até o limite dos bens e direitos integrantes do fundo patrimonial³⁵ e de que os administradores da organização gestora somente serão responsabilizados civilmente pelos prejuízos que causarem quando praticarem atos de gestão com dolo ou mediante erro grosseiro, ou atos que violem lei ou estatuto³⁶. Em suma, há pouco destaque acerca dos mecanismos de responsabilização da instituição apoiada e da organização executora.

Em conclusão, há atenção especial às receitas e seu modo de utilização. A esse respeito, frisa-se que não é permitida a transferência de recursos advindos de instituições de direito

29 Art. 8º, parágrafo 1º, do referido diploma legal.

30 Art. 8º, parágrafo 3º, do referido diploma legal.

31 Art. 10, incisos I, II e III, e parágrafo 4º, do referido diploma legal.

32 Art. 10, parágrafos 1º e 3º, do referido diploma legal.

33 Art. 11, incs. I e II, e parágrafo 1º, do referido diploma legal.

34 Art. 4º, parágrafos 2º e 3º, do referido diploma legal.

35 Art. 17, parágrafo 2º, do referido diploma legal.

36 Art. 12, parágrafo 4º, incs. I e II, do referido diploma legal.

público para fundos patrimoniais³⁷. Demais, não há possibilidade de retorno financeiro aos doadores em todas as modalidades de doação³⁸.

Um dos tipos previstos de doação é a permanente não restrita, que é incluída no patrimônio permanente do fundo e não pode ser resgatada, com faculdade de utilização de seus rendimentos em programas e projetos afins à finalidade objetivada pelo fundo patrimonial. Outra modalidade de doação é a permanente restrita de propósito específico, a qual também é adicionada ao patrimônio permanente do fundo patrimonial e não pode ser resgatada, mas cujo rendimento tem utilização restrita aos projetos relacionados ao propósito definido no próprio instrumento de doação. Além destas espécies, é prevista a doação de propósito específico, que é destinada a projeto definido no instrumento de doação e não pode ser imediatamente utilizada. Essa doação é acrescentada ao patrimônio permanente do fundo e o valor equivalente ao principal doado pode ser resgatado pela organização gestora a partir do que foi estabelecido no instrumento de doação³⁹.

Em sede da sanção presidencial, fora vetada a criação de incentivos fiscais, os quais, mesmo no texto aprovado pelo Congresso Nacional, estavam limitados ao apoio às instituições públicas (HIRATA, 2019, p. 114). Muitos autores defendem que a incidência do Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD) na doação acaba por ser um desestímulo desta prática, visto que aquele que doa, mesmo para um fundo patrimonial, teria que arcar com o custo tributário, além do valor destinado para o fim social (MARTINS, 2013, p. 2; PAULSEN; MELO, 2006, p. 200). Uma política fiscal de incentivos fiscais à doação aos fundos patrimoniais deveria buscar um arranjo jurídico com vista a alcançar o retorno social necessário e esperado, visto que o ganho social com a extrafiscalidade deve ser igual ou maior que o ganho vindo da ação estatal, pois, se menor – pelo princípio da eficiência⁴⁰ – não teria lugar na política fiscal nacional.

A respeito da obrigatoriedade de adesão à legislação em comento, há ambiguidade do texto legal sobre se esta é obrigatória a todos os fundos patrimoniais ou apenas em relação aos fundos vinculados a instituições públicas e às entidades que quiserem constituir fundos nos termos da Lei n.º 13.800/2019 (HIRATA, 2019, p. 122-123). Todavia, considerando a ausência de maiores incentivos para adesão à legislação, diante dos custos de transação e a ausência de sanções pelo seu descumprimento, há uma tendência no sentido de não haver grande adesão por parte dos fundos patrimoniais vinculados a entidades privadas (HIRATA, 2019, p. 122-123). Ainda assim, a Lei n.º 13.800/2019 possui relevância significativa para as instituições públicas, o que inclui as instituições de ensino superior da rede pública (como a Universidade de São Paulo), diante da obrigatoriedade de adesão por parte delas aos termos da legislação em comento.

37 Art. 17, caput, do referido diploma legal.

38 Art. 14, § 4º, do referido diploma legal.

39 Art. 14, §§ 1º, 2º e 3º do referido diploma legal.

40 Art. 37 da Constituição Federal.

5. ESTUDO DE CASO: A ASSOCIAÇÃO FUNDO PATRIMONIAL “AMIGOS DA POLI”

Considerando a possibilidade de os fundos patrimoniais constituírem fonte de custeio do ensino superior, realiza-se investigação quanto ao caso da Associação Fundo Patrimonial “Amigos da Poli”, com vista a identificar – por meio dos critérios selecionados – se há plausibilidade dessa hipótese no caso concreto visualizado. Em um primeiro momento, é necessário justificar a escolha do fundo patrimonial em comento como objeto de estudo deste trabalho, em face das alternativas de fundos patrimoniais existentes para análise. Após apresentar a metodologia de escolha, será realizada análise sobre o fundo selecionado, observando como se situa perante as inovações da Lei n.º 13.800/2019 e, com a sua receita atual, qual função desempenha no custeio da instituição apoiada.

5.1 METODOLOGIA DE ESCOLHA DO FUNDO ANALISADO

Com vista a selecionar o fundo objeto da presente pesquisa, realizou-se um prévio levantamento acerca dos fundos patrimoniais existentes no Brasil que apoiam apenas projetos voltados a instituições de ensino superior. Não há um meio oficial de identificação de todos os fundos patrimoniais em território nacional, o que motivou uma busca através do endereço eletrônico do Ministério da Justiça⁴¹ e das instituições de ensino superior. Ademais, utilizou-se, como base, o levantamento realizado por Spalding (2016, p. 22-27) para identificar os fundos patrimoniais voltados ao ensino, pesquisa e extensão no âmbito do ensino superior.

Nesse sentido, foram identificados quatro fundos: a Associação *Endowment* Direito GV⁴², o Fundo de Investimento XI de Agosto (FIXI)⁴³, a Associação Fundo Patrimonial Amigos da Poli⁴⁴ e a Fundação Fundo Patrimonial da FEA USP⁴⁵. Considerando que a Lei n.º. 13.800/2019 tem como objeto específico a autorização para que a Administração Pública estabeleça relações com organizações gestoras de fundos patrimoniais, excluiu-se a Associação *Endowment* Direito GV, pois a instituição apoiada, a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, é uma pessoa jurídica de direito privado.

Por sua vez, o FIXI, enquanto fundo de investimento, não se encontra no objeto da pesquisa por ter natureza jurídica distinta de um fundo patrimonial. Além disso, é administrado pela própria entidade apoiada, o Centro Acadêmico XI de Agosto, e possui somente um órgão, a Assembleia Geral, no que as regras de resgate são estipuladas apenas no compromisso de gestão (SPALDING, 2016).

Entre os dois fundos restantes, optou-se por não centrar a análise na Fundação Fundo Patrimonial da FEA USP, na medida em que, por ter sido instituída em 2015, é menos antiga que a Associação Fundo Patrimonial Amigos da Poli, criada em 2011, que possui patrimônio

41 Por meio da busca por "Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)", com finalidade "educacional", utilizando as expressões *endowment* e fundo patrimonial.

42 Com endereço eletrônico em: <http://edireitogv.com.br/>.

43 Não possui um endereço eletrônico, mas um espaço no site da Escola de Direito da USP, em: http://www.direito.usp.br/faculdade/caxi08_01.php.

44 Com endereço eletrônico em: <https://www.amigosdapoli.com.br/>.

maior e mais projetos apoiados. Desse modo, esta escolha permite um estudo mais preciso a respeito do papel que os fundos podem realizar no custeio do ensino superior.

5.2 ASSOCIAÇÃO FUNDO PATRIMONIAL “AMIGOS DA POLI” PERANTE A LEI N.º 13.800/2019

Para realizar análise sobre o fundo patrimonial “Amigos da Poli”, serão obedecidos os seguintes critérios comparativos: a) se o fundo escolhido se enquadra no objeto da Lei n.º 13.800/2019; b) se apoia uma instituição de ensino superior de direito público; c) se a gestão do fundo patrimonial incumbe à própria instituição apoiada; d) se há uma previsão de áreas ou ações para as quais devem ser os recursos destinados; e) se a Associação apresenta a estrutura de órgãos prevista na Lei dos fundos patrimoniais para a organização gestora; f) se existe um Comitê de Investimentos; g) se há previsão de responsabilização dos membros dos órgãos da Associação; h) se há campanha de captação de recursos privados; i) se há uma metodologia para a seleção de projetos; j) se a Lei prevê algum mecanismo que incentive o aumento do patrimônio do fundo.

Pode-se afirmar que o fundo patrimonial estudado se enquadra no objeto da Lei n.º 13.800/2019, na medida em que se adequa à finalidade de constituição de fonte regular e estável de recursos de longo prazo a serem investidos, a partir de doações de pessoas físicas e jurídicas privadas, para o fomento das instituições apoiadas e de causas de interesses público.

No caso, o fundo é formado por dotações da organização gestora e pelas doações de pessoas físicas ou jurídicas, as quais podem ser realizadas mensalmente ou em parcela única. A partir de um mecanismo de perenidade, o montante proveniente das doações constitui o principal do fundo, que não é utilizado diretamente no apoio a projetos, mas em investimentos. Os rendimentos destes investimentos são aplicados nos projetos escolhidos pela Associação⁴⁵. Do mesmo modo, a Associação que o administra, uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), possui prazo de duração indeterminado⁴⁶ e tem como objeto a promoção da educação e do desenvolvimento humano e técnico da comunidade da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo⁴⁷, sem fins lucrativos ou econômicos.

Nesse sentido, a Associação e o fundo patrimonial apoiam instituição de ensino superior de direito público, pois os projetos e ações financiadas necessariamente serão realizadas na comunidade politécnica. Ademais, a gestão do fundo cabe à Associação Fundo Patrimonial “Amigos da Poli” – nos termos da legislação, a organização gestora – e não à própria entidade apoiada. Necessário pontuar que o fundo patrimonial integra o patrimônio da Associação, pois não possui personalidade jurídica própria, de modo a garantir a sustentabilidade da organização e a do objeto social delimitado, ainda que seja contabilmente segregado e gerenciado pelo Comitê de Investimento⁴⁸.

45 Consoante o parágrafo 2º do artigo 21 do estatuto da Associação, é possibilitada a utilização anual de percentual do patrimônio do fundo por parte da Associação, desde que limitado a 10% do montante principal e exclusivamente para atender o objeto social da organização.

46 Art. 1º, do estatuto da Associação.

47 Art. 3º, do estatuto da Associação. Conforme estabelecido no parágrafo 2º do mesmo artigo, a comunidade politécnica consiste em discentes de graduação e pós-graduação *strictu-sensus*, docentes, funcionários e entidades sem fins lucrativos representantes destas categorias.

48 Artigo 21, parágrafos 1º e 5º do estatuto da Associação.

Além disso, são previstas estatutariamente as ações a que devem ser destinados os recursos do fundo com vista a cumprir com o objeto da Associação – e do fundo patrimonial –, como o apoio, fomento e implementação de projetos – inclusive de pesquisa, cursos complementares e estudos e desenvolvimento de tecnologia; a promoção de melhorias no espaço físico da instituição apoiada; a concessão de empréstimos a alunos da instituição apoiada para que participem dos cursos de graduação e pós-graduação ou em cursos complementares à sua formação; e a celebração de parcerias, convênios e contratos com organizações públicas ou privadas, a promoção do voluntariado⁴⁹.

A respeito da estrutura de órgãos da Associação e do fundo patrimonial, é possível afirmar que, embora tenha havido instituição anterior à Lei n.º 13.800/2019, há correspondência com a maior parte dos órgãos previstos na legislação. A Associação tem sua composição disposta em três órgãos: uma diretoria executiva, um conselho fiscal e um conselho deliberativo. Existe, também, um comitê de investimento eleito pelo conselho deliberativo, e uma assembleia a qual todos os órgãos estão submetidos.

A diretoria é responsável pela gestão administrativa da Associação, tratando das questões cotidianas do fundo, sendo eleita pelo Conselho Deliberativo para um mandato de dois anos⁵⁰. Atualmente, é composta por oito membros, com um diretor presidente e um diretor vice-presidente.

O Conselho Fiscal é o órgão que fiscaliza os atos praticados pelos órgãos administrativos⁵¹. Ele é composto por três membros – os quais são preferencialmente pessoas não associadas com formação na área contábil, financeira, administrativa ou que tenham experiência empresarial –, sendo dois eleitos pela Assembleia Geral e um indicado pelo Diretor da Escola Politécnica. Não há remuneração pelo exercício de suas funções estatutárias⁵².

O Conselho Deliberativo é responsável pela decisão das estratégias e prioridades de atuação da Associação e também aprova os investimentos nos projetos selecionados no Edital⁵³. Atualmente é composto por oito integrantes, sendo dois deles docentes da Escola Politécnica⁵⁴. Os membros do órgão não são remunerados por suas funções⁵⁵.

Todos os órgãos são vinculados às decisões da Assembleia Geral, órgão soberano de deliberação composto por todos os associados⁵⁶, os quais, por sua vez, dividem-se em instituidores, efetivos e honorário. Os instituidores são as pessoas físicas presentes à Assembleia de Constituição, os efetivos as pessoas físicas ou jurídicas que colaborarem para o objeto social da Associação com contribuição financeira ou equivalente a partir do valor estipulado pelo Conselho Deliberativo (com a respectiva aprovação desse órgão), enquanto o honorário é a própria Escola Politécnica da Universidade de São Paulo⁵⁷.

49 Parágrafo 1º do artigo 3º do estatuto da Associação.

50 As competências desse órgão estão previstas no artigo 36 do estatuto da Associação.

51 As competências desse órgão estão previstas no artigo 42 do estatuto da Associação.

52 Artigo 40, parágrafos 1º, 2º e 3º do estatuto da Associação.

53 As competências desse órgão estão previstas no artigo 31 do estatuto da Associação.

54 Conforme estabelecido no artigo 30, parágrafo 1º, do estatuto da Associação, uma dessas vagas é preenchida pelo Diretor da Escola Politécnica e a outra por um docente ativo da instituição, com alta qualificação acadêmica, eleito pela Assembleia Geral ou pelos membros do Conselho Deliberativo, se assim decidir a Assembleia.

55 Parágrafo 7º do artigo 30 do estatuto da Associação.

56 Artigo 25 do estatuto da Associação. Cada associado que esteja em dia com suas obrigações associativas tem direito a um voto nas reuniões ordinárias e extraordinárias, conforme disposição do artigo 9º do estatuto da Associação.

57 Artigo 7º do estatuto da Associação.

Assim, há aparente equivalência entre as funções da organização gestora, previstas na lei, com aquelas assumidas pela Associação Fundo Patrimonial Amigos da Poli. Quanto aos órgãos internos da Associação, pode-se observar a existência de um Conselho Fiscal e equivalência de parte das funções do Conselho Deliberativo com as do Conselho de Administração previsto na lei. Entretanto, não existe no fundo estudado qualquer relação jurídica com uma organização executora. Distintamente, existe somente uma Diretoria com funções executivas⁵⁸ enquanto órgão interno da Associação, a organização gestora. Isso torna obscuro se a Associação deve, necessariamente e sob pena de nulidade do fundo patrimonial, proceder à celebração de instrumento de parceria perante uma organização executora de personalidade jurídica distinta.

Com o objetivo de gerir o fundo, também existe um Comitê de Investimento, eleito pelo Conselho Deliberativo e responsável pela proposição de uma política de investimentos ao conselho deliberativo e pela gestão dos recursos do fundo patrimonial da Associação. O comitê é composto por três membros eleitos pelo conselho deliberativo para um mandato de dois anos⁵⁹.

A esse Comitê incumbe nomear um gestor dos recursos do fundo patrimonial, conforme prévia aprovação do Conselho Deliberativo, que deve ser instituição idônea e com notória capacidade em administração patrimonial e de recursos, sendo possível destituí-lo a qualquer tempo, desde que após consulta ao Conselho Deliberativo⁶⁰. Especificamente em relação ao Comitê de Investimento, há previsão legal de que os seus membros sejam necessariamente registrados na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como analistas, consultores ou administradores de carteiras de valores mobiliários, mesmo caso contratem pessoa jurídica gestora de recursos para operacionalizar a aplicação financeira do fundo patrimonial, o que não é exigido no estatuto da Associação Fundo Patrimonial Amigos da Poli⁶¹.

Os membros dos órgãos listados, que não possuem participação nos resultados econômicos da Associação, são responsáveis pelo exercício de suas funções estatutárias, mas não pelas obrigações assumidas pela organização, salvo em caso de excesso de mandato, dolo, culpa, erro grosseiro ou atos que violem a lei ou o estatuto⁶². Há previsão para que os associados não respondam, nem subsidiariamente, pelas obrigações assumidas pela Associação⁶³.

Quanto às campanhas de captação de recursos privados no “Amigos da Poli”, conforme detalhado no relatório publicado pela Diretoria no site oficial da Associação (ASSOCIAÇÃO FUNDO PATRIMONIAL AMIGOS DA POLI, 2020), existe a “Campanha do Mês de Doar”, que já teve três edições e, em 2019, foi realizada no mês de novembro. Essa iniciativa visa estimular

58 Segundo detalhado no relatório referente ao exercício de 2019, a Diretoria atua em oito áreas: captação atacado (prospecta doações de alto volume); captação varejo (prospecta pequenos doadores); coordenação do centro de carreira (projeto de preparação para o mercado de trabalho); comunicação; finanças (gestão do patrimônio e investimentos, e controladoria do fundo); operações (gestão dos voluntários e supervisão da organização); relacionamento com a Escola Politécnica; e tecnologia (geração da infraestrutura de tecnologia, segurança da informação e controle de ativos digitais).

59 Parágrafo 4º do artigo 21 e parágrafo 1º do artigo 44, ambos do estatuto da Associação.

60 Artigo 21, parágrafos 8º, 9º e 10, do estatuto da Associação.

61 A legislação também prevê a facultatividade do Comitê de Investimentos caso o fundo patrimonial possua patrimônio inferior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), o que não se aplicaria, portanto, ao “Amigos da Poli”, que de fato possui um Comitê de Investimento. Entretanto, a estipulação de valor máximo para permitir a facultatividade do referido comitê traz uma rigidez excessiva à estrutura organizacional do fundo, o que pode representar desincentivo à instituição de novos fundos e um empecilho à fluidez necessária para um fundo que tem pretensão de perenidade.

62 Artigo 24, do estatuto da Associação. Permite-se, entretanto, o adiantamento de numerário para a realização de despesas a serviço da Associação, com a correspondente prestação de contas.

63 Artigo 12 do estatuto da Associação.

a cultura de doação e aumentar a base de doadores do fundo patrimonial por meio da realização de eventos com vista a arrecadar recursos, com o engajamento massivo da comunidade politécnica, a participação de influenciadores das redes sociais e a parceria com empresas. Existem também campanhas de marketing isoladas que não são detalhadas no relatório.

Acerca da metodologia de escolha dos projetos financiados, há o lançamento de um edital anual e – a partir da inscrição dos pleiteantes – procede-se, de acordo com o relatório do biênio 2018-2019, a uma avaliação virtual realizada por uma comissão técnica formada por conselheiros, profissionais de engenharia e professores da instituição apoiada.

Os projetos selecionados são presencialmente apresentados a uma banca examinadora composta por doadores associados, conselheiros e professores. Após, os projetos restantes são apresentados ao Conselho Deliberativo, que define quais serão apoiados e os valores destinados a cada um deles. Com a escolha dos projetos, ocorre a formalização do contrato de prestação de contas, que sujeita o recebimento dos recursos a partir do acompanhamento periódico da evolução dos projetos. Todas as seleções ocorrem por meio de edital.

Considerando que a lei não prevê nenhum incentivo fiscal, inclusive em relação ao ITCMD, não há mecanismos efetivos que possibilitem o aumento substancial do patrimônio do fundo. Apesar disso, de acordo com o relatado no relatório ao final de 2019, o fundo patrimonial possuía patrimônio de R\$ 30,4 milhões, com crescimento de 35% em relação a 2018, em que o valor era de R\$ 22,5 milhões. Houve, ainda, investimento de R\$ 666 mil em 27 projetos, com crescimento de 11% em relação a 2018, em que se investiu R\$ 600 mil em 24 projetos. Ao final desse biênio, o fundo possuía 4.373 doadores, ocorrendo acréscimo patrimonial de R\$ 3,2 milhões via novas doações em 2019.

Ainda assim, ao se comparar a execução de despesa de R\$ 5,53 bilhões pela Universidade de São Paulo no exercício de 2019 e o patrimônio do fundo patrimonial “Amigos da Poli”, verifica-se a inviabilidade de eventual substituição do modelo de custeio público por um pautado majoritariamente na iniciativa privada, o que não exclui a utilização desses recursos como renda paralela. No caso da associação relatada, isto parece estar claro, particularmente porque o próprio estatuto veda o repasse de recursos para custear despesas recorrentes da instituição apoiada⁶⁴.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do objetivo previamente estabelecido e diante das razões suscitadas, pode-se concluir que existe, no regime jurídico atual, uma fonte de recurso privada por meio dos fundos patrimoniais, em um modelo de financiamento híbrido. Todavia, essa fonte não substitui um modelo de financiamento majoritariamente público por meio de repasses fiscais e do orçamento público, eis que não supre despesas correntes, como aquelas voltadas ao custo com pessoal. Os recursos obtidos mediante os fundos patrimoniais podem, assim, constituir uma fonte de custeio paralela e apenas coadjuvante diante do financiamento público. O estudo de caso realizado comprova esta hipótese, na medida em que o Amigos da Poli, um dos fundos

patrimoniais mais antigos e sólidos do país no âmbito do apoio a instituições de ensino superior, possui patrimônio reduzido em face das despesas correntes da instituição apoiada.

A aprovação da Lei n.º 13.800/2019 não altera significativamente esse cenário, pois não possibilita um aumento substancial dos recursos dos fundos patrimoniais, apesar de consagrar um regime jurídico que efetivamente busca fornecer segurança jurídica às relações que os envolvam. Nessa legislação, nota-se a ausência de maiores incentivos – inclusive fiscais – ao doador e ao terceiro setor, de mecanismos mais robustos de responsabilização, os quais são restritos à organização gestora, e da previsão de sanção pelo descumprimento do estabelecido na legislação. Existe, ainda, um enfoque na rigidez da estrutura dos órgãos internos da organização gestora que pode trazer ônus excessivos a quem constitua um fundo patrimonial.

Assim, os fundos patrimoniais – enquanto fonte de custeio paralela e não substitutiva do financiamento público – estão voltados a garantir sustentabilidade à instituição apoiada, participando do custeio de programas e projetos específicos, como bolsas de pesquisa e de extensão. Ademais, considerando a previsão de fonte constitucional de custeio específica em relação somente ao ensino básico, é possível visualizar uma alternativa que fortaleça o custeio público do ensino superior por meio, por exemplo, da criação de um fundo constitucional específico para esse nível de ensino, na medida em que é o mais atingido pelo teto de gastos estipulado pela EC n.º 95/2016.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO ENDOWMENT DIREITO GV. *Estatuto da Associação Endowment Direito GV*. Disponível em: http://edireitogv.com.br/assets/media/Estatuto_2015.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.
- ASSOCIAÇÃO FUNDO PATRIMONIAL AMIGOS DA POLI. *Estatuto da Associação Fundo Patrimonial Amigos da Poli*. Disponível em: <http://estatuto.amigosdapoli.com.br/>. Acesso em: 17 jun. 2020 .
- ASSOCIAÇÃO FUNDO PATRIMONIAL AMIGOS DA POLI. *Relatório da Associação Fundo Patrimonial Amigos da Poli*. Disponível em: http://relatorioanual.amigosdapoli.com.br/?fbclid=IwAR200EgFAwi3UdPsDxU0a9WdZ9D6vO9MrP-w-G_ZxGjkgbSLIDXzr-zm6PSY. Acesso em: 10 jun. 2020 .
- BRASIL. Congresso Nacional. *Emenda à Constituição – EC n. 14, de 12 de setembro de 1996*. Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc14.htm. Acesso em: 8 mar. 2020.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Emenda à Constituição – EC n. 53, de 19 de dezembro de 2006*. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc53.htm. Acesso em: 8 mar. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2020.
- BRASIL. *Decreto n. 2264, 17 de junho de 1997*. Regulamenta a lei 9424, de 24 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2264.htm. Acesso em: 15 mar. 2020 .

BRASIL. Decreto n. 6253, 13 de novembro de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6253.htm#art25. Acesso em: 15 mar. 2020 .

BRASIL. Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10260.htm. Acesso em: 12 abr. 2020 .

BRASIL. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11096.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11494.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.800, de 4 de janeiro de 2019. Autoriza a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público com organizações gestoras de fundos patrimoniais. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13800.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.808, de 15 de janeiro de 2019. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13808.htm. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9424.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Medida Provisória – MP n. 851, de 10 de setembro de 2018. Autoriza a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público com organizações gestoras de fundos patrimoniais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv851.htm. Acesso em: 7 fev. 2020 .

CENTRO ACADÊMICO XI DE AGOSTO. *Estatuto do Centro Acadêmico XI de Agosto*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/10/EstatutodoXI.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

CEZNE, Andrea Nárriman. O direito à educação superior na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental. *Educação (UFSM)*, Santa Maria, v. 31, n. 01, p. 115-132, 2006.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, oct. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302007000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 Maio 2020.

FABIANI, Paula Maria de Jancso; DA CRUZ, Helio Nogueira. Fundos patrimoniais: caminho para a sustentabilidade de longo prazo. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, v. 4, n. 2, p. 186-203, 2017 .

FUNDAÇÃO FUNDO PATRIMONIAL FEA USP. *Estatuto da Fundação Fundo Patrimonial FEA da USP*. Disponível em: https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/feafp/administrative_files/documents/000/000/092/original/2019_Estatuto_FFPFEAUSP_final.pdf?1582823857. Acesso em: 20 jun. 2020.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha – em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 .

GIOIA, Fulvia Helena de. O novo regime fiscal veiculado pela emenda constitucional 95/16: reflexos no custeio da educação no Brasil. *Cadernos de Direito Actual*, n. 5, p. 329-339, 2017 .

GIOIA, Fulvia Helena de. *Tributação e custeio da educação pública no Brasil após 1988*. 2016. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016 .

HIRATA, Augusto Jorge; GRAZZIOLI, Raquel; DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. *Fundos patrimoniais e organizações da sociedade civil*. GIFE / FGV Direito SP: São Paulo, 2019.

MARTINS, Marcelo Guerra. Renúncia de receita como gasto tributário e a Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico RFDFF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set./fev. 2012 .

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Fundos patrimoniais filantrópicos e a Lei nº 13.800/2019: a busca da sustentabilidade financeira do terceiro setor. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 14, n. 164, p. 58-77, 2019 .

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos Federais, Estaduais e Municipais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2006 .

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. *Orçamento anual*. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento?ano=2019>. Acesso em: 6 jun. 2020.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. *Receitas Públicas*. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/receitas?ano=2019>. Acesso em: 6 jun. 2020.

SÃO PAULO. *Lei nº 16.923, de 07 de janeiro de 2019*. Orça a Receita e fixa a Despesa do Estado para o exercício de 2019. São Paulo, SP: Governo do Estado de São Paulo, 2019. Disponível em: http://www.orcamento.planejamento.sp.gov.br/orcamento_historico. Acesso em: 13 mar. 2020.

SINCLAIR, Liz. Universities with largest endowments. *WORK+MONEY*, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://www.workandmoney.com/s/largest-university-endowments-5b629e22f6fc4046/>. Acesso em: 13 jun. de 2020.

SPALDING, Erika. *Os fundos patrimoniais endowment no Brasil*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W.W. Norton, 1999.

TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. Vinculação de receita mínima para a satisfação do direito à educação no Brasil (CF, Art. 212) dirigismo constitucional e dever de progressividade. *Justiça & Sociedade*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 67-100, 2016.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Arrecadação e execução orçamentárias da USP no exercício financeiro de 2019*. Disponível em: http://www.usp.br/codage/files/CO_2019/SIFCO-dez-1-TI-TIV.pdf. Acesso em: 8 maio 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Comparativo de despesas entre os exercícios financeiros de 2018 e 2019*. Disponível em: http://www.usp.br/codage/files/CO_2019/SIFCO-dez-3-TVII-TX.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Demonstrativos de receitas e despesas*. Disponível em: <http://www.usp.br/codage/?q=node/5>. Acesso em: 26 mar. 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Execução orçamentárias da USP no exercício financeiro de 2019*. Disponível em: http://www.usp.br/codage/files/CO_2019/SIFCO-dez-1-TI-TIV.pdf. Acesso em: 8 maio 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Fundo patrimonial FEAUSP*. Disponível em: <https://www.fpfeausp.org.br/>. Acesso em: 6 jun. 2020.

Recebido/Received: 07.08.2020.

Aprovado/Approved: 05.10.2020.

O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO EQUITATIVA (RESTITUIÇÃO) NO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: REFLEXÕES SOBRE O ALCANCE DA QUEBRA DO PARADIGMA DA REPARAÇÃO INTEGRAL NO DIREITO BRASILEIRO

LE PRINCIPE DE RÉPARATION ÉQUITABLE
(REMBOURSEMENT) DANS LE CONTRAT DE
TRANSPORT AÉRIEN INTERNATIONAL: RÉFLEXIONS
SUR LA PORTÉE DE LA VIOLATION DU PARADIGME DE LA
RÉPARATION INTÉGRALE EN DROIT BRÉSILIEN

ADRIANO DA SILVA RIBEIRO¹

MARCUS VINÍCIUS MENDES DO VALLE²

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS³

- 1 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. Bacharel em Direito da PUC Minas (2010). Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim (2002). Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Integrante do Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO) - Rede Avançada de Pesquisas em Direito - FUMEC, registrado no CNPq. Integrante do Grupo de Pesquisa Diálogos constitucionais e(m) crise de efetividade: análise de institutos de Direito Público e de Direito Privado - FUMEC, registrado no CNPq. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Membership do CAED-Jus e Coordenador de GT Direito Público no CAED-Jus 2020 e 2021. Coordenador de Simpósio Temático no CIDHCoimbra 2020 e 2021. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Orientador no Grupo Educacional IESLA/ESJUS. Professor de Teoria Geral do Estado no IEC/PUCMinas, em parceria com EJEF/TJMG (2013). Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde 1995. Assessor Judiciário do Superintendente Adjunto da Superintendência Administrativa do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6658-3179>. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com
- 2 Mestrando em Direito pelo PPGD da FUMEC. Juiz de Direito. Pós-Graduado em Gestão pela Fundação Dom Cabral. Autor do Livro Gestão Estratégica de Unidades Judiciárias. Palestrante e Professor em Cursos de Formação de Magistrado da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). LATTES: <http://lattes.cnpq.br/6887497722046585>.
- 3 Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Editor Chefe da Revista Jurídica Meritum FUMEC. Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (São Leopoldo/RS). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, aonde é docente permanente da Graduação, Especialização e do Programa de Pós-Graduação

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

RIBEIRO, Adriano da Silva; VALLE, Marcus Vinícius Mendes do; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. O princípio da reparação equitativa (restituição) no contrato de transporte aéreo internacional: reflexões sobre o alcance da quebra do paradigma da reparação integral no direito brasileiro. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 348-363, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8560>.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo estudar a aplicação da Convenção de Montreal a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.331 - RJ. Nesse sentido, mostra-se relevante destacar como a incidência do 'princípio da reparação equitativa' (princípio da restituição) representa uma quebra parcial de paradigma na jurisprudência da Corte Constitucional Brasileira em relação à aplicação do princípio da reparação integral.

Palavras-chave: transporte; aéreo; internacional; princípios; reparação equitativa; reparação integral; defesa; consumidor; Supremo Tribunal Federal.

RÉSUMÉ

Cet article vise à étudier l'application de la Convention de Montréal, sur la base de la décision rendue par la Cour Suprême Fédérale en appel extraordinaire 636.331 - RJ. En ce sens, il est pertinent de souligner comment l'incidence du principe de réparation équitable représente une rupture partielle de paradigme dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle brésilienne en ce qui concerne l'application du principe de réparation intégrale.

Mots-clés: transport aérien; international; principes; réparation équitable; réparation intégrale; défense; consommateur; Cour Suprême Fédérale.

1. INTRODUÇÃO

Antes de abordar a questão jurídica versada neste estudo, mister se faz destacar que o transporte aéreo registrou, no Brasil, significativo crescimento nos últimos anos, exceptuado, logicamente, o período da Pandemia de Covid 19.

Segundo dados da Agência Nacional de Aviação Civil, somente no ano de 2017 foram transportados 112,5 milhões de passageiros, dos quais 90,6 milhões em voos domésticos e 21,8 milhões em voos internacionais, com a inclusão de 49 milhões de passageiros nos últimos 10 anos. O crescimento médio do transporte de passageiros de 2008 a 2017 foi de 7,1% ao ano, portanto, 5,5 vezes maior do que verificado no Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro (ANAC, 2017).

Stricto Sensu em Direito (PPGD), desde 2009. Magistério na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como Professor convidado desde 2005. Fundador e Coordenador Geral do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Coordenador dos GRUPOS DE PESQUISA, com registro no CNPq e certificados pela Comissão de Pesquisa e iniciação Científica (CoPIC) da instituição, vinculados ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC: 1- GEPRO - GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO PROCESSUAL; 2- DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E(M) CRISE DE EFETIVIDADE: ANÁLISE DE INSTITUTOS DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO, ambos integrantes da REDE AVANÇADA DE PESQUISAS EM DIREITO. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da Universidade FUMEC, no CONEP (Conselho Nacional de Ética em Pesquisa). Associado e Diretor Departamental do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI). Membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC-Brasil). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (1998). Disciplinas isoladas do Doutorado em Direito Público da PUC MINAS (2008-2009). Associado fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Associado do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Parecerista ad hoc da Agência de Fomento FUNADESP (Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Privado). Associado da (extinta) Fundação Brasileira de Direito Econômico (FBDE) e do (extinto) Instituto Jurídico de Pesquisa Científica (IJPC). Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (desde 1993), com atuação em Câmaras de Direito Público, Privado, Criminal, Uniformização, Seção Cível, Órgão Especial, CEJUSC-2o. Grau e Ouvidoria Judiciária do TJMG. Advogado licenciado, filiado a Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional Minas Gerais), desde 1998. Gestor da Biblioteca Desembargador Pedro Henriques de Oliveira Freitas (com mais de 6.000 títulos nacionais e internacionais). Livros jurídicos e Artigos científicos publicados no Brasil, América Latina e Europa (desde 1998), com textos citados em bases bibliográficas e jurisprudenciais diversas. Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais (SEER IBICT / QUALIS CAPES). Participação ativa em Congressos Nacionais e Internacionais. Dupla cidadania (Brasil/Itália). Gestor do Portal do IMDP: WWW.IMDP.COM.BR. Site Pessoal: WWW.ZANDONA.PRO.BR. E-MAIL: SERGIOHZF@FUMEC.BR

Essa breve digressão, mostra a relevância macroeconômica do setor aéreo, o que explica o significativo aumento de processos judiciais onde são relatados atrasos e cancelamentos de voos, extravios de bagagens, entre outras falhas na prestação dos serviços referidos.

Nesse passo, havia se firmado na jurisprudência pátria até o ano de 2016, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a prevalência do princípio da reparação integral dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, ancorando-se no princípio da defesa do consumidor, inscrito no inciso V, artigo 170 da Constituição da República (BRASIL, 1988).

A matéria foi devolvida a exame do Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário 636.331 – RJ (BRASIL, 2018), a revelar continuidade da discussão jurisprudencial, encontrando-se tendência pela alteração do entendimento anteriormente construído quanto à aplicação da Convenção de Varsóvia e Montreal.

Nesse contexto, pretende-se apresentar estudo sobre o princípio da reparação equitativa em casos de responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, a aplicação das Convenções de Varsóvia e Montreal e sua relação ao Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990). Examinar-se-á, assim, a hipótese de preservação do princípio constitucional da defesa do consumidor.

Para o desenvolvimento do trabalho, o método será o dedutivo, com base na pesquisa doutrinária, jurisprudencial e exame dos textos constitucionais e legais, para melhor angulação do tema versado.

Por fim, este artigo será estruturado partindo-se, inicialmente, da compreensão do direito civil constitucional e o que se entende por virada hermenêutica. A seguir, o contexto da globalização e o transporte aéreo. Em prosseguimento, a responsabilidade civil e o princípio da reparação integral serão estudados, à luz da doutrina e jurisprudência brasileira. Na sequência, o enfoque será o princípio da defesa do consumidor no transporte aérea internacional. Nas conclusões, procurar-se-á sintetizar o tema e a nossa posição.

Com a elaboração deste artigo, espera-se contribuir para a discussão a respeito da reparação no contrato de transporte aéreo internacional, e para uma reflexão crítica sobre a necessidade de adequada aplicação dos princípios jurídico-constitucionais e da hermenêutica moderna, na construção das decisões judiciais, quando se tratar de responsabilidade civil pelo serviço de transporte aéreo de passageiros.

2. DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Consoante recorda Fernando Whitaker da Cunha, “o Direito Civil Constitucional concentra-se nas regras de Direito Civil contidas na Constituição, apesar de todo direito, como é óbvio, encontrar suas fontes primordiais, sua “tête de chapitre” na “Lex Magna” (CUNHA, 1998, p. 228).

Nesse passo, segundo Teresa Negreiros, “O processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo - em lugar do indivíduo surge a pessoa”.

E conclui: “E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social” (NEGREIROS, 2006, p. 11).

Desta forma, o direito civil, antes centrado no seu caráter meramente privatista, onde reinava a autonomia da vontade e o caráter individualista, passa a receber, como aporte da sua constitucionalização, o surgimento de nova conformação valorativa que agasalha os princípios da dignidade da pessoa humana, da privacidade e da função social da propriedade, dentre outros.

Assim, em se tratando da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, há atualmente uma série de disposições constitucionais que irão conduzir a aplicação do direito civil, por vezes limitando a autonomia da vontade, como é o caso do princípio da defesa do consumidor inserido no inciso XXXII, artigo 5º, da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Esse novo enfoque valorativo e principiológico de vertente jurídico-constitucional nasceu, como se verá a seguir, com a superação do positivismo jurídico, aportando importante contribuição à ciência do direito.

3. DA VIRADA HERMENÊUTICA

Como recorda Paulo Nader, o positivismo jurídico caracterizou-se pelo direito estudado avalorativamente, pela coercibilidade da lei como fonte do direito, pela imperatividade derivada do poder estatal e pela crença de que o sistema jurídico seria dotado de completude e coerência. Nesse cenário, o direito estava marcado por uma interpretação mecanicista, onde o jurista seria capaz de declarar o direito sem envolver-se em processos criativos (NADER, 2018, p. 226-227).

Não obstante, houve na comunidade jurídica, especialmente após a segunda guerra mundial, uma forte percepção de desconformidade com o positivismo jurídico, que havia sido utilizado pelos regimes autoritários como o nazismo e o fascismo para justificar na legalidade estrita as atrocidades outrora praticadas.

Portanto, não se mostravam desprovidas de razão, na visão de Paulo Nader, as críticas à Teoria Pura de Hans Kelsen, principalmente, pela concepção de que a interpretação do direito pudesse se circunscrever às possíveis soluções previstas na “moldura” normativa ou que de que não se precisasse buscar subsídios teleológicos, axiológicos, históricos ou sociológicos para a aplicação do ordenamento jurídico (NADER, 2018, p. 252-253).

Não havia espaço para um direito avalorativo, asséptico, cuja pretensão de completude já não se sustentava diante de uma sociedade cada vez mais complexa em sua constituição social e econômica.

Esse ambiente deu início à chamada virada hermenêutica do positivismo para o pós-positivismo, em que a hermenêutica jurídica retoma seu lugar de centralidade na aplicação do direito, passando a contemplar, à par da legislação constitucional e infraconstitucional, a aplicação dos princípios jurídicos. Esse trabalho tem como precursor o jurista alemão Josef

Esser, com a publicação em 1960 da obra “Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito Privado”, afirma Juliana Magalhães (MAGALHÃES, 2005).

Consoante Juliana Neuenschwander Magalhães, é com a virada hermenêutica que se inicia o processo de superação dos limites do formalismo jurídico impostos pelo positivismo, reentrando no discurso jurídico como características centrais: a hermenêutica no centro das discussões jurídicas; o direito não circunscrito à positividade normativa; o esclarecimento do papel dos valores na construção do direito; a colocação do interprete como catalizador na superação do paradoxo instaurado entre o direito e a sociedade; e, ainda, o direito como prática interpretativa que deve encontrar sentido no contexto onde é aplicado (MAGALHÃES, 2005).

Inaugurando a hermenêutica moderna, com forte impacto na comunidade jurídica, evidencia-se a produção filosófica de Hans-Georg Gadamer, em especial, na Obra Verdade e Método, volumes I e II, publicada a primeira vez também no fecundo ano de 1960.

Seguiram-se, a Josef Esser e a Hans-Georg Gadamer, diversos outros juristas que passaram a dedicar-se à principiologia jurídica, entre os quais Chaïm Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy (SOARES, 2010, p. 56-57).

Nesse contexto, o direito civil, antes circunscrito à dogmática das codificações, passa a receber o largo e profundo impacto de valores e princípios trazidos pelas Constituições, como ressalta Pietro Perlingieri, ao comentar o advento da Constituição de 1948, sobre o direito civil italiano:

O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora (PERLINGIERI, 2002, p. 5).

A doutrina de Perlingieri, cuja obra foi publicada a primeira vez em 1975, mantém-se atual, ao sustentar a concepção de que cada ordenamento jurídico vai buscar na Constituição e nos valores de uma dada sociedade o seu ancoradouro.

Em contraponto a essa visão, com advento da globalização que se inicia nos anos 90, há um aumento de situações onde o direito supranacional passa a produzir significativos impactos sobre aplicação do direito interestatal como, por exemplo, na regulação do transporte aéreo internacional.

Portanto, justifica-se, o presente estudo, para aclarar aspectos atinentes aos parâmetros e limites constitucionais e interpretativos para que o chamado direito transnacional possa ser aplicado aos contratos de transporte aéreo internacional de passageiros.

É também relevante apreciar as implicações da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, a partir da análise do Recurso Extraordinário 636.331 – RJ (BRASIL, 2017), sobretudo numa tessitura social onde o princípio constitucional da defesa do consumidor continua a ter central relevância na afirmação dos princípios e valores constitucionais.

4. GLOBALIZAÇÃO E TRANSPORTE AÉREO

É preciso compreender, inicialmente, aquilo que se pode conceber como sendo “globalização”.

Trata-se de expressão controversa, conforme abalizado estudo de Boaventura de Souza Santos:

A globalização é muito difícil de definir. Muitas definições centram-se na economia, ou seja, na nova economia mundial que emergiu nas últimas duas décadas como consequência da intensificação vertiginosa da transnacionalização da produção de bens e serviços e dos mercados financeiros – um processo através do qual as empresas multinacionais ascenderam a uma preeminência sem precedentes como actores internacionais. (SANTOS, 2001).

A propósito dessa reflexão, defende Boaventura de Souza Santos (2001) que a globalização e sua definição é “mais sensível às dimensões sociais, políticas e culturais”, portanto:

Aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de facto, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenómenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações; em rigor, este termo só deveria ser usado no plural. Qualquer conceito mais abrangente deve ser de tipo processual e não substantivo. (SANTOS, 2001).

Assevera Boaventura de Souza Santos, lado outro, “enquanto feixes de relações sociais, as globalizações envolvem conflitos e, por isso, vencedores e vencidos”. Na síntese de Boaventura: “Frequentemente, o discurso sobre globalização é a história dos vencedores contada pelos próprios. Na verdade, a vitória é aparentemente tão absoluta que os derrotados acabam por desaparecer totalmente de cena” (SANTOS, 2001).

Não obstante o carácter fragmentário do vocábulo “globalização”, é possível em encontrar em Sygmunt Bauman a descrição deste fenômeno como que espelhado na radiografia do enfraquecimento do Estado Constitucional, numa sociedade marcada pelo uso intensivo da tecnologia da informação e pelo consumo como valor social, em tempos que ele não chama de pós-modernidade, mas de ‘modernidade líquida’. O que se observa em Bauman é a crise do Estado em face do alargamento das demandas advindas da sociedade em face de um Estado enfraquecido (BAUMAN, 2016).

Nesse contexto, é relevante retomar em Boaventura de Souza Santos a abordagem da globalização como “processo pelo qual determinada condição ou entidade local consegue estender a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival” (SANTOS, 2001).

Oportuno identificar na hermenêutica jurídica se os princípios constitucionais e infra-constitucionais que estruturam o direito civil contemporâneo estão sendo observados nos processos de internacionalização, especialmente quando regulamentados segmentos da atividade econômica de abrangência global, como é o caso do transporte aéreo de cargas e de passageiros.

Mister se faz rememorar que o Conselho da União Europeia em decisão de 05 de abril de 2001 aprovou, no âmbito dos seus Estados-Membros, a Convenção de Montreal de 28 de maio de 1999.

No Brasil, por sua vez, a Convenção de Montreal foi internalizada alguns anos mais tarde, por meio do Decreto Legislativo n.º 59, de 18 de abril de 2006, promulgado, posteriormente por meio do Decreto n.º 5.910, de 27 de setembro de 2006 (BRASIL, 2006).

Desta forma, diante do cenário de forte crescimento do transporte aéreo internacional de passageiros no Brasil, como já explicitado na introdução, mostra-se relevante estudar, quando se fala da Convenção de Montreal, se a interpretação atualmente desenvolvida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite a preservação dos demais princípios previstos no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, inclusive sob a perspectiva do processo de globalização e, sobretudo, da defesa dos direitos do consumidor e da responsabilidade civil contratual e extracontratual.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL

É preciso, portanto, fazer uma breve incursão acerca da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, antes de retornar à temática do transporte aéreo internacional.

Segundo César Fiuza: “Juridicamente, o termo responsabilidade normalmente está ligado ao fato de respondermos pelos atos que praticamos. Revela, então, um dever, um compromisso, uma sanção, uma imposição decorrente de algum ato ou fato” (FIUZA, 2006).

Nesse passo, a responsabilidade civil também pode ser considerada como dever de recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (HUSID, 2014).

Como é cediço, à luz do artigo 186 do Código Civil, para a configuração da responsabilidade civil, devem estar presentes os seguintes requisitos: a ação voluntária (por negligência ou imprudência); o dano (material ou moral); e o nexa causal (Brasil, 2002).

Ressalte-se que o artigo 186 do Código Civil, como cláusula geral e não tipológica ou fechada, serve ao direito como um todo, ganhando sentido polissêmico, regendo os mais diversos tipos de comportamento não permitidos (STOCO, 2014, p. 182).

Daí porque embora não referidos expressamente no artigo 186, o dolo e a imperícia também podem ser admitidos como geradores da responsabilidade civil.

5.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana é aquela que nasce do dever geral de reparar o dano decorrente de quaisquer eventos onde houve lesão moral ou material a alguém.

Contratual será, por sua vez, a responsabilidade civil decorrente da violação às obrigações pactuadas pelas partes que subscrevem determinado ajuste.

No que diz respeito ao transporte aéreo de passageiros e de cargas, a responsabilidade civil pode nascer tanto do contrato de transporte (exemplo: passageiro submetido ao cancelamento imotivado do voo contratado) como da lei (exemplo: terceira pessoa, atingida em solo por fragmentos desprendidos de aeronave).

Há, portanto, no âmbito da responsabilidade civil, uma enorme latitude de casos e situações a serem abarcadas pela proteção legal a direitos, mormente quando praticados por agentes econômicos ou empresas de grande porte.

Daí a importância que vinha recebendo, no direito pátrio, o princípio da reparação integral, conforme se verá adiante.

5.2 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

No direito brasileiro, o princípio da reparação integral está previsto no inciso VI, artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) e no artigo 944 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Consoante nos recorda Mariana Morato Stival, “o artigo 944 do Código Civil prevê que a indenização se mede pela extensão do dano”. Assevera, ainda, “não obstante parte da doutrina entender que foi adotada a teoria da extensão do dano, cuja indenização deve ser fixada com base nos prejuízos sofridos pela vítima”, observa-se “uma maior ampliação dessa proteção, ou seja, a vítima do ato ilícito deve ser indenizada por todos os prejuízos suportados. Tem-se, nessa perspectiva, o princípio da reparação integral dos danos” (STIVAL, 2013, p. 155).

A esse respeito, há diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a corporificação do princípio da reparação integral no artigo 944 do Código Civil:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA – INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS – INVIABILIDADE – AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Tribunal Superior do Trabalho, confirmando o entendimento formalizado no julgamento do recurso de embargos em recurso de revista, determinou a manutenção dos benefícios previstos em norma coletiva. No extraordinário cujo trânsito busca alcançar, a recorrente alega violados os artigos 5º, inciso II, e 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal. Diz contrariado o princípio da legalidade e o relativo à observância da convenção coletiva. Afirma ter a norma coletiva limitado o fornecimento do plano de saúde a cinco anos após a aposentadoria por invalidez, bem como o pagamento do auxílio moradia por 12 meses. Discorre sobre a inexistência de previsão legal para o deferimento dos referidos benefícios. 2. De início, observem o momento da interposição, para efeito de incidência da norma processual. A publicação da decisão mediante a qual inadmitido o recurso é posterior a 18 de março de 2016, data de início da eficácia do código de Processo Civil, sendo a protocolação do agravo regida por esse diploma legal. A recorribilidade extraordinária mostra-se distinta daquela revelada por simples revisão do decidido, na maioria das vezes procedida mediante o recurso por excelência – a apelação. Atua-se em sede excepcional à luz da moldura fática delineada soberanamente pelo Tribunal de origem, consideradas as premissas constantes do ato impugnado. A jurisprudência sedimentada é pacífica a respeito, devendo-se ter presente o verbete nº 279 da Súmula do Supremo: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Colho do acórdão recorrido o seguinte trecho: Do

despacho agravado e dos acórdãos às fls. 1065-1099 e 112-1115, nota-se que a e. 7ª Turma dirimiu a controvérsia em comento partindo de duas premissas básicas, a saber, (1) que a aposentadoria por invalidez decorreu de doença ocupacional e (2) que, em função dessa particularidade, o autor teria direito ao plano de saúde enquanto durar a percepção do benefício previdenciário, em razão do princípio da reparação integral, consagrado no artigo 944, caput, do Código Civil. [...] Assim, afastada a aplicação da norma coletiva limitativa do benefício aos aposentados por invalidez, não se há falar em má aplicação, mas consonância com aludido verbete. As razões do extraordinário partem de pressupostos fáticos estranhos ao acórdão atacado, buscando-se, em síntese, o reexame dos elementos probatórios para, com fundamento em quadro diverso, assentar-se a viabilidade do recurso. A par desse aspecto, o pronunciamento impugnado revela interpretação de normas estritamente legais, não ensejando campo ao acesso ao Supremo. À mercê de articulação sobre a violência à Carta da República, pretende-se submeter a análise matéria que não se enquadra no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal. 3. Conheço do agravo e o desprovejo. Fixo os honorários recursais no patamar de 5% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do código de Processo Civil. 4. Publiquem. Brasília, 3 de março de 2017. Ministro MARCO AURÉLIO Relator” - ARE 1027058 / PA – PARÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 03/03/2017 Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 13/03/2017 PUBLIC 14/03/2017 (BRASIL, 2017).

O Superior Tribunal de Justiça vinha admitindo, inclusive, a prevalência da aplicação do princípio da reparação integral previsto no artigo 944 do Código Civil Brasileiro em face da Convenção de Varsóvia, conforme decisão no “AgRg no REsp 1421155 / SP, STJ, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.4.2016 (BRASIL, 2016).

Não obstante, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 636.331 – RJ o Supremo Tribunal Federal viria a romper com a citada gama de precedentes.

Assim, como anteriormente à referida decisão vinha prevalecendo nos contratos de transporte aéreo internacional o princípio da reparação integral, previsto no inciso VI, artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) e no artigo 944 do Código Civil (BRASIL, 2002), mostra-se pertinente a análise do alcance da referida decisão, em especial, em face do princípio da restituição ou da reparação equitativa previsto no Decreto n. 5.910/2006 (BRASIL, 2006) que promulgou no Brasil a Convenção de Montreal.

6. LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR NO TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

Segundo o disposto no inciso V, artigo 170 da Constituição da República:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor... (BRASIL, 1988).

Note-se que o princípio da defesa do consumidor já fora reconhecido, diversas vezes como estruturante da ordem econômica, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4613 / DF, STF, rel. Ministro. DIAS TOFFOLI, j. 20.9.2018) (BRASIL, 2018).

Havia, na jurisprudência assentada na Corte Constitucional Brasileira uma perene gama de precedentes anteriores, como citado, que afiançavam a prevalência do princípio da reparação integral, como princípio garantidor do princípio constitucional da defesa do consumidor.

Ocorre que devolvida ao Supremo Tribunal Federal a questão atinente ao âmbito de validade do artigo 178 da Constituição da República (BRASIL, 1988), revisando parcialmente a jurisprudência citada, houve por bem aquele Tribunal dar prevalência aos parâmetros fixados pela Convenção de Montreal sobre o Código de Defesa do Consumidor, afastando a incidência, portanto, do princípio da reparação integral nos casos envolvendo responsabilidade civil versados na legislação aérea internacional.

Nesse sentido, salutar recobrar os fundamentos ali dispostos em repercussão geral no julgamento do Recurso Extraordinário 636.331 - RJ:

Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento (ADI 4613 / DF, STF, rel. Ministro. DIAS TOFFOLI, j. 20.9.2018) (BRASIL, 2018).

É bastante relevante estudar, com algum acuro, as repercussões do referido julgado, que numa leitura menos atenta poderia apontar para um alargamento de seus efeitos não condizente com os fundamentos jurídicos que levaram ao seu proferimento.

Assim, mister se faz ressaltar que nos votos proferidos os próprios Ministros deixaram clara a delimitação do objeto litigioso como restrita aos casos de indenização de danos materiais por extravio de bagagens, consoante os esclarecimentos prestados pelo Ministro Gilmar Mendes durante o julgamento da ADI 4613/DF:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quanto aos danos morais, Vossa Excelência...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Isso não está posto. Estou dizendo que a norma da Convenção de Varsóvia só trata de danos materiais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Porque tem-se, no Tribunal, precedente de 1996, da Segunda Turma, e foi unânime, após pedido de vista do ministro Francisco Rezek, no sentido de assentar que, no caso, prevalece, sob o ângulo dos danos morais, a Constituição Federal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Podemos chegar à mesma conclusão. Estou dizendo que a Convenção não disciplinou...” (BRASIL, 2018).

Em diálogo seguinte, novamente o Ministro Marco Aurélio solicitou ao relator da ADI 4613/DF que se aclarasse o fato de não estarem abrangidos ali indenizações por danos morais:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas para prestar um esclarecimento, uma vez que aparteei o ministro Gilmar Mendes, o objeto do extraordinário de nº 636.331 é único: a indenização por dano material, presente o conteúdo da mala. Não está em jogo aqui a responsabilidade por danos morais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu fiz questão de deixar claro, de qualquer forma, que a Convenção só limita por dano material. Portanto, nós não... tal como Vossa Excelência já havia firmado. (BRASIL, 2018).

Portanto, à luz do debate travado na discussão do referido julgado, pode-se concluir que embora assentada a prevalência do artigo 178 da Constituição da República (BRASIL, 1988) em relação aos danos materiais gerados pelo extravio de bagagem, mantém-se prevalente a Constituição de 1988 e, portanto, do inciso V, artigo 170 do mesmo Diploma citado, em casos onde debatidas matérias não reguladas expressamente pela Convenção de Varsóvia, como é o caso dos danos morais, expressamente citado pelos Ministros no julgamento da ADI 46/13 (BRASIL, 2018).

Nesse passo, o referido precedente não pode ser interpretado para além da matéria nele versada, qual seja, nos casos de fixação de indenização por danos materiais decorrentes do extravio de bagagens em voos internacionais.

É preciso, ainda, compreender em que termos e situações aplica-se o princípio da reparação equitativa, para evitar-se, na interpretação da Convenção de Montreal, entendimentos que a título de afirma-la acabem por ultrapassar seus próprios termos.

6.1 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO EQUITATIVA

Como em relação aos danos materiais provenientes do extravio de bagagem o Supremo Tribunal Federal afirmou a não prevalência do Código de Defesa do Consumidor, pode-se concluir que nestes casos impera, em regra, o princípio da restituição reparação equitativa ou princípio da restituição, não se adotando, nestes casos o princípio da reparação integral.

Isso porque o princípio reparação (indenização) equitativa ou princípio da restituição expressamente da Convenção de Varsóvia, promulgada pelo Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006: “RECONHECENDO a importância de assegurar a proteção dos interesses dos usuários do transporte aéreo internacional e a necessidade de uma indenização equitativa, fundada no princípio da restituição; [...]” (BRASIL, 2006).

Note-se que, como regra geral, o sobredito tratado não abarcou o princípio da reparação integral dos danos causados aos passageiros ou às cargas transportadas, contentando-se com ele de plano revela, com a reparação equitativa de eventuais danos sofridos pelo consumidor.

Ressalta-se que uma das mais expressivas manifestações deste princípio é o da admissão do tabelamento de valores indenizatórios, conforme se extrai dos itens 1 e 2, artigo 22 da Convenção de Montreal:

Artigo 22 – Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga 1. Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro. 2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. 3. No transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma quantia que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino. 4. Em caso de destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de qualquer objeto que ela contenha, para determinar a quantia que constitui o limite de responsabilidade do transportador, somente se levará em conta o peso total do volume ou volumes afetados. Não obstante, quando a destruição, perda, avaria ou atraso de uma parte da carga ou de um objeto que ela contenha afete o valor de outros volumes compreendidos no mesmo conhecimento aéreo, ou no mesmo recibo ou, se não houver sido expedido nenhum desses documentos, nos registros conservados por outros meios, mencionados no número 2 do Artigo 4, para determinar o limite de responsabilidade também se levará em conta o peso total de tais volumes (BRASIL, 2006).

A referida regulação se mostra sumamente desfavorável e, em muitos casos, desproporcional aos danos causados ao consumidor. É possível identificar nesse caso, certa tendência do constitucionalismo contemporâneo em admitir a flexibilização de direitos nos sistemas jurídicos nacionais, por meio da admissão da validade de regulações transnacionais às quais o próprio texto constitucional confere essa força regulatória.

Esse é o caso do artigo 5, § 2º da Constituição da República, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

As repercussões, no caso do extravio de bagagens são muito relevantes. Isso porque, mesmo que o passageiro de voo internacional esteja levando bagagem de valor superior ao valor tarifado na referida Convenção, não terá direito à efetiva indenização dos bens extraviados, qual seja, deverá contentar-se com a reparação equitativa, parcial e incompleta dos danos suportados.

6.2 AS EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO EQUITATIVA

Uma leitura menos reflexiva do julgamento proferido no Recurso Extraordinário 636.331 – RJ já citado, poderia, inclusive, obnubilar a visão acerca de hipóteses em que a própria Convenção de Montreal não respalda o princípio da reparação equitativa.

Segundo o artigo 22 da Convenção de Montreal prescreve no item 5:

5. As disposições dos números 1 e 2 deste Artigo não se aplicarão se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de um preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções. (BRASIL, 2006).

A simples leitura do item 5 do artigo 22 da Convenção de Montreal (BRASIL, 2006), permite perceber que abarca algumas exceções à tarifação de valores dos itens 1 e 2 que podem ocorrer quando: a) há intenção de causar dano; e b) o ato lesivo era provável por atitude temerária omissiva ou comissiva de preposto.

Diferentemente das hipóteses dos itens 1 a 4, do mesmo artigo 22 da Convenção de Montreal (BRASIL, 2006), nos casos versados no item 5 transcrito, a existência de dolo faz cessar a tarifação para que a reparação possa ser fixada de maneira a restituir integralmente os danos causados ao consumidor.

Também se afasta a tarifação quando a empresa já sabendo de atitude ou omissão temerária de preposto sabe da probabilidade do dano e não se desincumbe de evitá-lo.

Leva em consideração a Convenção de Montreal (BRASIL, 2006), nestes dois últimos casos, a ‘gravidade da culpa’ para aumentar o valor da indenização. Aqui, portanto, a gravidade da culpa é elemento de garantia da reparação integral.

Apenas para efeito de cotejamento, é interessante destacar que no direito brasileiro, no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, a avaliação deste critério foi expressamente admitida, não para o aumento, mas, especificamente, para a redução da indenização quando desproporcional a gravidade da culpa em relação ao dano: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” (BRASIL, 2002).

Fato é que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário 636.331 – RJ (BRASIL, 2017), já transcrito, parece não haver esgotado toda temática da responsabilidade civil derivada dos contratos de transporte aéreo internacional, estando a merecer decisão que abordem outros temas relevantes como, por exemplo, o caso de acidentes aéreos com vítimas fatais e a fixação de valores atinentes à reparação de danos morais deles decorrentes.

Importante aspecto, pouco comentado, pertine ao requisito da reciprocidade de tratamento do transporte aéreo no âmbito de outras nações.

Esse requisito está expresso na redação do artigo 178 da Constituição da República, com o seguinte teor: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre,

devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.” (BRASIL, 1988).

Assim, à luz do referido preceito é também possível esperar-se para além do que restou decidido no RE 636.331 – RJ (BRASIL, 2017), que o Supremo Tribunal Federal venha a aquilatar, em outros casos, a exigência de observância do requisito da reciprocidade, em especial na efetivação de outro princípio de suma importância, como é o princípio constitucional da defesa do consumidor.

7. CONCLUSÕES

O crescimento médio do transporte de passageiros de 2008 a 2017 foi de 7,1% ao ano, portanto, 5,5 vezes maior do que verificado no Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, o que veio acompanhado de significativo aumento de processos judiciais onde relatados atrasos, cancelamentos de voos, extravios de bagagens, entre outras falhas na prestação dos referidos serviços.

Nesse sentido, pode-se perceber como o fenômeno da globalização econômica fez aportar no âmbito das nações a necessidade de lidar com conflitos cuja normatização é, por vezes, transnacional, como no caso do transporte aéreo de passageiros.

Esse quadro requer dos tribunais a capacidade de harmonizar a legislação constitucional com tratados e normas de direito internacional, de molde a ponderar, nos casos sob julgamento, os valores e princípios em jogo, bem como a prevalência maior ou menor de uns de outros nos casos sob julgamento, inclusive para evitar-se a vulneração ao princípio constitucional da defesa do consumidor.

A hermenêutica moderna pós-positivista, calcada na ponderação de princípios e normas constitucionais, pode permitir uma maior coerência decisória e qualitativa das decisões judiciais, com vistas a aprimorar a eficácia dos provimentos judiciais.

No campo da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, decorrente da prestação de serviços aéreos, vinha se consolidando entendimento jurídico onde a prevalência do Código de Defesa do Consumidor, inclusive pela garantia da reparação integral dos consumidores e vítimas de lesões praticadas pelas transportadoras.

Esse posicionamento remanesce, íntegro, no caso de transporte aéreo nacional e local.

Não obstante, no que diz respeito ao transporte internacional de passageiros, com o julgamento do Recurso Extraordinário Repetitivo 636.331 – RJ esse entendimento foi substancialmente alterado, afirmando-se a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor frente ao que dispõem as normas e tratados internacionais limitadores da responsabilidade civil pelo transporte aéreo de passageiros.

Observa-se, não obstante, a necessidade de atenção quanto aos contornos e limites deste julgamento, cuja repercussão geral se limita aos casos onde se discutem danos materiais advindos do extravio de bagagens, não abarcando os pedidos de indenização por danos morais e outras matérias não reguladas na Convenção de Montreal (BRASIL, 2006).

Com o julgamento do RE 636.331 - RJ pelo Supremo Tribunal Federal passou a prevalecer, portanto, nos casos de extravio de bagagem o princípio da reparação equitativa (indenização equitativa) também conhecido como princípio da restituição, que compõe o texto da Convenção de Montreal em detrimento do princípio da reparação integral, ressalvadas duas exceções estudadas.

A primeira exceção quando houver dolo da empresa aérea em causar o extravio ou atraso na entrega e, a segunda, quando o ato lesivo era provável por atitude temerária omissiva ou comissiva de preposto da transportadora.

Nestas duas exceções, a própria Convenção de Montreal, promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 5.910/2006 (BRASIL, 2006) permite a reparação integral por qualificar que a gravidade da culpa como justificadora do ressarcimento integral.

É relevante esclarecer que o artigo 178 da Constituição da República de 1988, base da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, somente poderia prevalecer quando cumprido o pressuposto constitucional ali contido da existência de reciprocidade em relação às demais nações subscritoras dos atos convencionais de direito internacional.

Espera-se, portanto, que a prevalência da Convenção de Montreal (BRASIL, 2006) não venha a ser admitida pela jurisprudência pátria, quando descumprido o requisito da reciprocidade ou afetados, desproporcionalmente, outros princípios constitucionais, como o princípio da defesa do consumidor.

Nesse sentido, a adequada aplicação dos princípios jurídico-constitucionais e da hermenêutica moderna, na construção das decisões judiciais, mostra-se importante na preservação do princípio da defesa do consumidor inserido no artigo 170, inciso V da Constituição da República (BRASIL, 1988), uma vez que possível, inclusive, nesse caso, a ponderação de valores relativamente à norma do artigo 178 do mesmo Diploma Legal.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC. *Anuário do Transporte Aéreo*. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado em Crise*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial 1421155/SP - SÃO PAULO, 2013/0383596-5*. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 19.04.2016, Brasília, 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303835965&dt_publicacao=19/04/2016. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário com agravo n. ARE 1027058/PA - PARÁ, Vale S/A x José Leão Machado Brabo*. Relator: Ministro Marco Aurélio, DJe-048 DIVULG 13/03/2017 PUBLIC 14/03/2017, Brasília, 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5135689>. Acesso em: 8 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão em Recurso Extraordinário n. 636.331 - RJ. Société Air France e Sylvia Regina de Moraes Rosolem*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe-257 DIVULG 10-11-2017 PUBLIC 13-11-2017, Brasília, 2017. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4040813>. Acesso em: 8 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4613 - DF - Distrito Federal*. Confederação Nacional da Indústria. Relator: Dias Toffoli. DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018, Brasília, 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4090896>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 out. 2020.

BRASIL. *Decreto no n. 5.910, de 27 de setembro de 2006*. Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/D5910.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.079, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 8 out. 2020.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 1 out. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2017*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 out. 2020.

CUNHA, Fernando Whitaker da. Direito Civil Constitucional. *Revista da EMERJ*, v. 1, n. 2, 1998.

FIUZA, César. Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade civil. *Revista Synthesis*, TRT da 2ª Região, n. 42, p. 32, 2006.

HUSID, Leonardo. A responsabilidade civil: uma abordagem sob perspectivas históricas e jurídicas. *Temiminós Revista Científica*, v. 3, n. 1, p. 78-88, 2014 .

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: *Hermenêutica Plural*. OUCAULT, Carlos E. de Abreu (org.); RODRIGUES, José Rodrigo (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORSELLO, Marco Fábio; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. 2004. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004 .

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. São Paulo: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil, introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Renovar, 2002 .

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 39, 1997. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000100007>. Acesso em: 29 nov. 2019

SOARES, Ricardo Maurício Ferreira. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STIVAL, Mariana Morato. Indenização e Extensão do Dano: redução equitativa da indenização. *Revista Jurídica*, Anápolis/GO, ano XIII, v2, n. 21, jul./dez. 2013 .

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 10. ed. São Paulo, 2014 .

Recebido/Received: 13.06.2021.

Aprovado/Approved: 11.07.2021.

A TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS (TPC) COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DA PRISÃO DE ESTRANGEIROS NO AMAZONAS À LUZ DO DIREITO TRANSNACIONAL

TRANSFER OF SENTENCED PEOPLE (TSP) AS AN
INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF HUMAN
RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE PRISON OF FOREIGNERS IN
AMAZONAS IN THE LIGHT OF TRANSNATIONAL LAW

WILKEN ALMEIDA ROBERT¹

DANIEL BRITTO FREIRE ARAÚJO²

MÔNICA NAZARÉ PICAÑO DIAS³

RESUMO

O procedimento de Transferência de Pessoas Condenadas (TPC) é mecanismo legal previsto na Lei de Migração, com base humanitária, e que visa permitir que pessoas condenadas definitivamente em Estado diverso possam cumprir pena no país de sua nacionalidade ou residência. A questão a ser respondida, todavia, é: como tal instituto pode contribuir para a tutela de indivíduos estrangeiros presos? O objetivo do presente artigo, assim, é investigar o referido instrumento de cooperação internacional, verificando suas potencialidades à luz do Direito Transnacional, para aferir a possibilidade de sua utilização como proteção de direitos humanos dos estrangeiros presos no Brasil e, mais especificamente, no Estado do Amazonas. Para tanto, far-se-á uso do método dedutivo, partindo-se da revisão bibliográfica de temas gerais como o Direito Transnacio-

1 Mestrando em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Amazonas (2018). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá em parceria com o Centro de Ensino Renato Saraiva - CERS (2017). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (2015). Atualmente é Chefe de Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Amazonas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3651-759X>.

2 Mestrando em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL (2008). Atualmente é Defensor Público do Estado do Amazonas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9819-6915>.

3 Doutora em Ciência Jurídica UNIVALI/SC (2013). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2008). Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal (2001) e Graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1997). Atualmente é Advogada, Professora Adjunta C, I da Universidade Federal do Amazonas em Direito Penal e Direito Processual Penal; Professora de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade Santa Teresa; Professora do Curso de graduação em Direito Penal e Pós Graduação em Direito Penal do CIESA /AM; Professora do Programa de Pós Graduação (Mestrado em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia) da UFAM. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0901-6896>.

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

ROBERT, Wilken Almeida; ARAÚJO, Daniel Freire; DIAS, Mônica Nazaré Picanço. A transferência de pessoas condenadas (TPC) como instrumento de proteção de direitos humanos: uma análise da prisão de estrangeiros no Amazonas à luz do direito transnacional. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 364-383, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8284>.

nal, proteção de direitos humanos e do próprio conceito do instituto “Transferência de Pessoas Condenadas”, para alcançar as repostas para o problema formulado. Utilizar-se-á também dados estatísticos coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional no âmbito do estado do Amazonas, no período compreendido entre julho a dezembro de 2019 (último censo realizado), como forma de observação quantitativa e da proveniência de estrangeiros presos no recorte geográfico especificado, dada a sua localização em região de fronteira. Tudo isso para, ao fim, se alcançar como resultado a viabilidade da adoção da medida de Transferência de Pessoas Condenadas como mecanismo agregador tanto para as políticas públicas penitenciárias regionais, mas, principalmente, no aspecto de proteção aos direitos humanos dos presos estrangeiros.

Palavras-chave: direito transnacional; sistema penitenciário; estrangeiros; transferência de pessoas condenadas.

ABSTRACT

The procedure for the Transfer of Sentenced People (TSP) is a legal mechanism provided for in the Migration Law, with a humanitarian basis, and which aims to allow people definitively convicted in a different State to serve time in the country of their nationality or residence. The question to be answered, however, is: how can such an institute contribute to the protection of imprisoned foreign individuals? The purpose of this article is to investigate the aforementioned instrument of international cooperation, verifying its potential in the light of Transnational Law, to assess the possibility of its use as protection of the human rights of foreigners imprisoned in Brazil and, more specifically, in the State of Amazonas. For that, the deductive method will be used, starting from the bibliographic review of general themes such as Transnational Law, human rights protection and the very concept of the institute “Transfer of Sentenced People”, to achieve the answers for the formulated problem. Statistical data collected by the National Penitentiary Department within the state of Amazonas will also be used, in the period from July to December 2019 (last census conducted), as a means of quantitative observation and the origin of foreigners imprisoned in the specified geographical area, given its location in the border region. All of this in order to achieve as a result the feasibility of adopting the measure of Transfer of Sentenced People as an aggregating mechanism both for public regional penitentiary policies, but mainly in the aspect of protecting the human rights of foreign prisoners.

Keywords: transnational law; penitentiary system; foreigners; transfer of sentenced persons.

1. INTRODUÇÃO

Ao sentenciar uma pessoa a uma pena privativa de liberdade, o Estado-juiz faz surgir a obrigação de fornecer a ela os elementos mínimos para a manutenção de suas necessidades básicas quanto à alimentação, acomodação, saúde, ensino, profissionalização, religiosidade e quaisquer outras que não confrontem com a natureza da execução da pena e que permitam a reintegração social a fim do cumprimento da pena.

Entretanto, em Estados como o Brasil, em que os direitos sociais mais básicos são desde sempre negados a grandes parcelas da população, “a prisão se consolidou como forma de punição por excelência sem jamais prover inteiramente as necessidades mais básicas da população que encarcera” (GODOI, 2015, p. 135).

É preciso ter em mente, contudo, que a pessoa presa não perde sua qualidade de ser humano, sujeito de direitos, e, mais do que nunca, precisa da proteção e provisão estatal para subsistir.

Neste sentido, se no caso do preso nacional as condições de cumprimento da pena privativa de liberdade já são precárias⁴, imagine-se para o cidadão estrangeiro preso no Brasil.

Fatores como língua, cultura, falta de residência fixa, falta de formação para o desenvolvimento de atividades laborais pós-cumprimento da pena, distância dos familiares, são apenas alguns dos problemas que dificultarão ainda mais o processo de ressocialização dessa pessoa.

No cenário descrito, surge um mecanismo de cooperação internacional em matéria penal que busca justamente dar maior humanidade ao cumprimento de pena do estrangeiro. Trata-se da Transferência de Pessoas Condenadas (TPC).

É este o principal objeto do presente artigo, que visa analisar aplicabilidade do instituto, verificando suas potencialidades à luz do Direito Transnacional, para aferir a possibilidade de sua utilização como proteção de direitos humanos dos estrangeiros presos.

Ademais, propõe-se o presente artigo a uma análise regionalizada da questão, trabalhando, como se perceberá, com dados do relatório analítico do Infopen acerca do sistema penitenciário do Amazonas.

Com isso, será possível verificar como o procedimento humanitário de transferência de pessoas condenadas pode contribuir para a garantia dos direitos humanos dos estrangeiros presos no Brasil e – mais precisamente no Amazonas –, ao mesmo tempo em que possibilita uma melhora na gestão penitenciária local, sendo mais uma possível ferramenta de redução da superpopulação carcerária.

Tudo isso será feito a partir de uma perspectiva central: o Direito Transnacional. Isso porque, conforme se verá, a cooperação internacional em matéria de direitos humanos, inclusive no caso dos presos, demanda uma análise desapegada das amarras próprias direito interno e do direito internacional.

2. COMPREENDENDO O DIREITO TRANSNACIONAL

Abordar o tema “Direito Transnacional” pressupõe uma breve digressão acerca dos conceitos de globalização e de transnacionalidade. Isso porque, embora possuam definições distintas, os objetos em questão (globalização, transnacionalidade e Direito Transnacional) são intimamente relacionados e se complementam.

Tecidas as pertinentes considerações sobre os conceitos em questão, preocupar-se-á também o presente item em demonstrar algumas aplicações possíveis do Direito Transnacional, a título meramente exemplificativo, mas que permitirão compreender, em extensão e profundidade, como tal ramo do direito pode contribuir na proteção de outros direitos, dentre as quais se destacará os direitos humanos.

4 Cezar Roberto Bitencourt (2004) há muito descreve a crise da pena de prisão, listando entre outras mazelas as seguintes: superpopulação carcerária; falta de higiene; condições precárias de trabalho; deficiência na assistência médica e à saúde; má alimentação; elevado índice de consumo de drogas; abusos sexuais.

2.1 GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALIDADE E DIREITO TRANSNACIONAL

Embora surgida na década de 1980 (THERBORN, 2001), a expressão “globalização” representa fenômeno bem mais antigo, remontando aos séculos XV e XVI, quando os europeus iniciaram o processo de expansão colonial marítima. Assim, é possível perceber que a globalização não é um fato repentino e consolidado, mas um processo de integração gradativa que está constantemente se expandindo (SILVA; LOPES JUNIOR, 2008).

Consoante as lições do sociólogo alemão Ulrich Beck (1999), o fenômeno “globalização” se desenvolve a partir da disseminação dos avanços tecnológicos, principalmente após a segunda metade do século XX, e fortemente se espalhou pelo mundo, depois do fim da Guerra Fria. Assim, o autor explica que:

Globalização significa a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil, (...) que transforma o cotidiano com uma violência inegável e obriga todos a se acomodarem a sua presença e a fornecer resposta (BECK, 1999, p. 47).

Essa conjuntura global cada vez mais intensa e integrada, contudo, não é compatível com princípios e regras que se limitam a tratar de questões conflituais e de disputa entre os diversos Estados, próprias das relações jurídicas internacionais clássicas. Pelo contrário, demandam-se, cada vez mais, relações de solidariedade e cooperação, próprias da transnacionalidade.

Neste sentido, Ulrich Beck (1999) identifica o tema organização social, no contexto histórico do final dos anos 1980 e início dos anos 1990, bastante em voga, vislumbrando que a sociedade, cada vez mais conectada e globalizada pela hegemonia capitalista a partir de 1989, vive em um mundo novo, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, ou seja, um espaço intermediário entre o nacional e o local.

Em tal contexto, portanto, iniciam-se as discussões acerca de transnacionalidade e o Direito Transnacional.

Diante da necessidade de respostas e elementos de compreensão compatíveis com as atuais demandas, os modelos até então existentes – baseados no Direito nacional e internacional – não são mais suficientes para regular a complexidade das relações sociais existentes e vindouras.

Explicando o que seria a ideia de transnacionalidade, ensina Ribeiro (1997), que seus fundamentos derivam da própria ideia de globalização, mas com ênfase na relação entre territórios e os diferentes arranjos socioculturais e políticos que orientam a maneira como as pessoas representam o pertencimento a unidades socioculturais, políticas e econômicas.

Ainda segundo o referido autor, discutir a condição da transnacionalidade implica levantar a possibilidade de modificar as concepções sobre cidadania, visando criar uma clara sensibilidade e responsabilidade com relação aos efeitos das ações políticas e econômicas em um mundo globalizado (RIBEIRO, 1997).

Estão traçados assim, segundo o autor espanhol Avilés (2013), os contornos para o surgimento de uma nova ordem transnacional, e, portanto, de um Direito Transnacional: (i) o conflito “velado” entre o Estado e o Mercado, ou seja, entre o público e o privado (o poder

horizontal das grandes empresas multinacionais passou a competir com o poder vertical dos governos e a se aproveitar de sua condição internacional para superar tanto os governos locais como também as entidades de trabalhadores, num fenômeno conhecido como privatização das relações internacionais; (ii) a ocorrência de desastres em escala global, cuja responsabilidade pode ser atribuídas às empresas multinacionais (por exemplo: Vazamento em Bhopal⁵; Navio Exxon Valdez⁶; etc); (iii) uma grande variedade de produção normativa por parte dos envolvidos no cenário transnacional, a exemplo dos regulamentos privados, laudos arbitrais, convenções coletivas, etc., as quais disputam e muitas conflitam com as normas jurídicas nacionais e tratados internacionais.

Vanguardista na questão, Phillip C. Jessup, por meio da obra intitulada *Transnational Law* (1965), em meio ao cenário de globalização e transnacionalidade, cunhou o termo e deu os primeiros contornos do que seria o Direito Transnacional.

Segundo o autor, o Direito Internacional não mais comportava todas as questões atinentes aos problemas da comunidade mundial, razão pela qual as novas relações advindas da globalização seria conteúdo do Direito Transnacional, conceito que abarcaria o conjunto de normas que regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais, podendo as situações transnacionais envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados ou quaisquer outros grupos (JESSUP, 1965).

Em desenvolvimento teórico posterior, Vagts (1986) apontou que o Direito Transnacional possui três elementos caracterizadores: 1) Assuntos que transcendem as fronteiras nacionais; 2) Assuntos que não comportam uma clara distinção entre direito público e privado; 3) Assuntos que comportam fontes abertas e flexíveis, como o *soft law*⁷.

Ainda mais tarde, Koh (2006), seguidor de Vagts, aponta que Direito Transnacional é um híbrido entre o direito doméstico e internacional, de crucial importância na vida das sociedades contemporâneas. É através do Direito Transnacional que, para o autor, permite-se: a incorporação de normas do Direito Internacional no direito doméstico (como no caso dos Direitos Humanos); o procedimento inverso, ou seja, a replicação de uma norma de direito interno de determinado país no Direito Internacional (com a confecção de um Tratado de regulação comercial, por exemplo); a troca horizontal de conhecimentos entre os Estados, copiando-se experiências bem-sucedidas de um sistema doméstico para outro.

Feitas tais considerações, é possível fazer uma síntese do que fora discutido por meio do conceito de Antonio O. Avilés (2013) para Direito Transnacional – o qual se adotará no pre-

5 Vazamento em Bhopal (1984) – um vazamento em uma fábrica de agrotóxicos despejou no ar da cidade de Bhopal, na Índia, mais de 40 toneladas de gases tóxicos. Após o acidente, a empresa abandonou o local, e mais de duas mil pessoas morreram pelo contato com as substâncias letais, e outras sofreram queimaduras nos olhos e pulmões. (UNION CARBIDE CORPORATION, 2019).

6 Navio Exxon Valdez (1989) – o petroleiro colidiu com rochas submersas na costa do Alasca e iniciou um derramamento sem precedentes (cerca de 40 milhões de litros de petróleo), contaminando mais de dois mil quilômetros de praias e causando a morte de cem mil aves (GONÇALVES, 2017).

7 Expressão utilizada no âmbito do Direito Internacional Público que designa o texto internacional, sob diversas denominações, que são desprovidos de caráter jurídico em relação aos signatários. São, portanto, facultativas, ao contrário do que ocorre com o *jus cogens*, que são normas cogentes. Por sua vez, são também conhecidas como *droit doux* (direito flexível) ou mesmo *soft norm*. De acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli, “pode-se afirmar que na sua moderna acepção ela compreende todas as regras cujo valor normativo é menos coercitivo que o das normas jurídicas tradicionais, seja porque os instrumentos que as abrigam não detêm o status de ‘norma jurídica’, seja porque os seus dispositivos, ainda que inseridos no quadro dos instrumentos vinculantes, não criam obrigações de direito positivo aos Estados, ou não criam senão obrigações pouco coercitivas”. (MAZZUOLI, 2015, p. 184-185). Exemplos de atos normativos que consagram o *soft law*: Laudos arbitrais, regulamentos privados, acordos coletivos, usos e costumes.

sente artigo: trata-se de um conjunto de normas de todo o tipo que regula as relações entre sujeitos desprovidos de império e com transcendência transnacional⁸.

Portanto, o estudo da transnacionalidade e do Direito Transnacional se revestem de grande importância no mundo contemporâneo, na medida em que a ciência jurídica demanda a realização de estudos que contemplem a evolução da sociedade mundial globalizada, diante de alterações propiciadas pelo fenômeno da transnacionalização e de novas situações antes não vivenciadas nem imaginadas (PIFFER; CRUZ, 2018).

Tais condições e novidades deste mundo globalizado, conforme se verá, refletem diretamente também no contexto de persecução e execução penal, gozando o Direito Transnacional de mecanismos e instrumentos para agregar à cooperação internacional pró-direitos humanos, de um modo geral, e da pessoa presa, em particular.

Antes, contudo, vale destacar brevemente algumas outras aplicações do Direito Transnacional.

2.2 APLICAÇÕES DO DIREITO TRANSNACIONAL

A transnacionalidade e o Direito Transnacional se manifestam no cotidiano das pessoas, empresas e Estados, conforme restou demonstrado. A seguir tomar-se-ão os seguintes objetos como exemplos de sua aplicação: a União Europeia; o Direito Desportivo; a proteção do meio ambiente.

Espera-se, com isso, abrir o horizonte de aplicação das teorias transnacionais e compreender o alcance do Direito Transnacional, a fim de que, em seguida, se possa trilhar um caminho para a sua utilização na proteção dos direitos humanos.

2.2.1 UNIÃO EUROPEIA – UE

A União Europeia é uma arena de importantes acontecimentos transnacionais e, possivelmente, é o lugar no qual o direito transnacional alcançou patamares de desenvolvimento ainda não alcançados em outras partes do mundo. Consiste em uma união econômica e política de 27 Estados-membros independentes situados na Europa. Foi instituída no ano de 1992 pelo Tratado de Maastricht e sua natureza jurídica é a de uma organização internacional *sui generis*, uma comunidade intergovernamental que se aproxima das fórmulas de organização semelhante aos Estados Nacionais (PIFFER, 2014).

Os Estados que integram a União Europeia transferem parcelas de sua soberania à Organização para tratar de temas considerados comuns – política monetária e de imigração, meio ambiente, etc – a todos os membros de modo a alcançar conjuntamente seus objetivos comuns, quais sejam: assegurar a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais entre os países membros.

8 Para Avilés (2013), essa definição engloba os três seguintes elementos: a) se refere a conteúdos horizontais, inclusive as relações privadas dos entes públicos ou os direitos prestacionais perante esses entes; b) reguladas por fontes normativas de todo tipo, não só as públicas: leis, tratados, laudos arbitrais, acordos coletivos e contratos, usos e costumes, e inclusive decisões e práticas empresariais de caráter regulador fazem parte desse ramo do Direito; c) a transcendência supranacional em qualquer dos elementos é determinante, pois de outro modo não adquire a dimensão adequada.

A União Europeia, aqui compreendida como comunidade intergovernamental, goza de um aparato institucional próprio, com destaque para a Comissão Europeia, o Conselho da União Europeia, o Conselho Europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Banco Central Europeu. O Parlamento Europeu é eleito a cada cinco anos pelos cidadãos da União Europeia.

Por fim, do ponto de vista normativo, a União Europeia é constituída por um ordenamento jurídico próprio e autônomo (constituído por diversos Tratados) em face dos ordenamentos nacionais, mas em estreita conexão com estes, posto que se realiza (se concretiza), em parte, por meio das instituições nacionais, em uma relação de cooperação.

Assim, o próprio processo de integração da União Europeia é dotado de características da transnacionalidade, sendo, na visão de Stelzer (2011), referência de organismo que transpassa limites territoriais dos Estados, destacando um modelo jurídico que não se circunscreve a fronteiras.

2.2.2 DIREITO DESPORTIVO

Também se destaca por sua evidente transnacionalidade o Direito Desportivo. Isso porque, em que pese o desporto ter sido tratado como uma atividade secundária até o final da Segunda Guerra Mundial, após este conturbado período, passou a ser consagrado como assunto da maior relevância pública, inclusive com gradativa previsão nas Cartas Constitucionais como tarefa do Estado (MIRANDA, 2011).

Segundo Miranda (2011), as competições internacionais diversas e os Jogos Olímpicos, juntamente com a globalização, impulsionaram o desporto a figurar, no cenário jurídico mundial, carecendo de regramento unificado com a aderência dos Estados às diretrizes estabelecidas pelas instituições desportivas, de forma universal.

Entre as instituições de destaque que compõem a complexa estrutura institucional que envolve o desporto mundial, cita-se o Comitê Olímpico Internacional – COI, criado em 23 de junho 1894, sendo considerada a mais importante associação do desporto mundial. Sua autonomia é evidenciada ante a vedação para qualquer um de seus membros, em aceitar do governo, organizações ou terceiros, qualquer tipo de interferência na liberdade de ação e voto (PIFFER; CRUZ, 2018).

Ainda compõem este imenso e complexo sistema do mundo esportivo, as Federações Internacionais – das mais diversas modalidades –, os Comitês Olímpicos Nacionais, os Tribunais Arbitrais e Desportivos, etc.

Toda essa organização e regulamentação própria demanda que as Cortes Desportivas atuem com base em regras e normativas oriundas das estruturas do esporte mundial, evidenciando o caráter transnacional e que transpassa eventuais regras de direito interno, criando um critério de exclusão da via judiciária estatal no que diz respeito às questões específicas das competições, que não interfiram, evidentemente, em outros ramos do Direito.

2.2.3 MEIO AMBIENTE

A seara ambiental é o terceiro e último exemplo selecionado – dentre tantos outros casos de aplicabilidade da transnacionalidade do Direito Transnacional – antes de se adentrar na análise dos direitos humanos.

A transnacionalidade das questões ambientais demonstram-se, portanto, na medida em que, considerando a forma pela qual os ecossistemas se relacionam e a vida acontece e se desenvolve em todo o planeta, é manifestamente impossível implementar uma tutela efetiva restrita a determinado país ou território delimitado, baseada no superado conceito moderno de soberania.

Isso porque sabe-se que as lesões ao ambiente afetam a coletividade, perpassam fronteiras, alteram o equilíbrio climático, atingem a atual e as futuras gerações e toda a comunidade de vida, não respeitando os limites territoriais dos Estados (PIFFER; CRUZ, 2018).

A questão é tão relevante que Miglino (2011) prevê o problema ecológico como aquele que provavelmente levará à criação de um centro de poder transnacional – superando a ideologia e a estrutura jurídica das relações internacionais. Para o autor, é urgente a necessidade de instrumentos regulatórios transnacionais para restaurar o equilíbrio ecológico e climático, pois toda a do direito e dos organismos internacionais são incapazes de disciplinar de maneira apropriada tais problemas.

Compartilha-se do pensamento deste último autor no ponto em que entende ser cada vez mais necessária a criação de mecanismos institucionais que assegurem a eficaz materialização da solidariedade e da cooperação, não apenas na seara ambiental, mas com aplicação às diversas manifestações da transnacionalidade, sobretudo quando envolvidos direitos humanos, tal como se verá em seguida.

3. DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

“Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais” têm sido termos usados como sinônimos para alguns autores, ao menos no que tange ao seu conteúdo material. Em que pese o escopo do presente trabalho não ser adentrar nessa discussão, é relevante identificar a relação dos Direitos Humanos com os documentos de Direito Internacional, uma vez que neles estão os arranjos jurídicos que reconhecem o ser humano como alvo de tal, independentemente de vínculo com alguma ordem constitucional dos Estados, sendo, portanto, válidos supranacionalmente. Já os Direitos Fundamentais seriam os direitos do ser humano reconhecidos e positivados em esfera constitucional de um Estado determinado.

Como se discorreu no tópico anterior, essa incorporação de direitos domésticos no âmbito internacional e vice-versa, é muito particular do Direito Transnacional, estando os Direitos Humanos também abarcados nessa discussão.

Passa-se, portanto, a analisar os Direitos Humanos sob a ótica da transnacionalidade, para, em seguida, perquirir o tema quando os sujeitos são as pessoas privadas de liberdade.

3.1 DA TRANSNACIONALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Após o fim da segunda guerra mundial, e a descoberta dos horrores praticados pelo nazifascismo, notadamente o massacre de milhões de seres humanos por razões de política eugenista, como o holocausto dos judeus em campos de concentração, a comunidade internacional despertou para a necessidade de se estabelecer regras jurídicas de proteção aos direitos humanos, de modo que tais fatos não se repetissem. Assim surgiu o ramo do direito internacional dos direitos humanos, com o estabelecimento de diversos tratados internacionais, bem como da instituição de tribunais internacionais para o processo e julgamento dos acusados da prática de violações de suas normas (PIFFER; CRUZ, 2018).

Dentre os inúmeros tratados internacionais assinados no pós-guerra, merecem especial citação os seguintes: (i) Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio (1948); (ii) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); (iii) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); (iv) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); (v) Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); (vi) Tratado de Proibição Completa de Testes Nucleares (1996); (vii) Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999).

Dentre os tribunais aos quais incumbe a aplicação das regras internacionais, são dignos de nota a Corte Internacional de Justiça, Tribunal Penal Internacional, Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre outros.

Todavia, o grande desafio a ser enfrentado no sentido da efetivação dos Direitos Humanos em épocas transnacionais é que estes ainda debatidos sob os velhos moldes de Estados soberanos. Ao afastar a característica transnacional da temática dos Direitos Humanos são negadas inúmeras possibilidades de proteção e reconhecimento destes direitos (PIFFER; CRUZ, 2018).

Para Piffer e Cruz (2018), é neste sentido que o Direito Transnacional pode ser visto como importante instrumento de tutela dos direitos humanos, sobretudo quando em pauta questões como não-discriminação, migrantes e outros atores sociais transnacionais que necessitam da proteção e efetivação dos seus direitos, pelo simples fato de serem pessoas.

Proteger direitos humanos, algumas vezes nem mesmo constitucionalizados, demanda uma atuação concomitantemente positiva (prestacional) e negativa (de defesa) dos Estados. A atuação deficitária dos países na proteção de tais direitos, seja pelo não reconhecimento, seja pela não prestação do mínimo existencial, gera prejuízos que extrapolam limites territoriais de um país.

Quando se trata dos denominados direitos difusos, a transnacionalidade da questão é ainda mais latente, pois não se sabe exatamente onde se localizam seus titulares, quais as condições de agressão ou a quem se deve proteger (GARCIA, 2011), de modo que somente por meio da transnacionalidade é possível garantir alguma efetividade a tal classe de direitos.

Assim, demonstrada a pertinência da análise dos direitos humanos sob a perspectiva transnacional, pede-se vênia para aprofundar no item seguinte a discussão acerca da sua proteção para as pessoas presas, ante a vulnerabilidade de tal grupo, que pode ser ainda maior, no caso do cidadão preso fora de seu país de origem.

3.2 DOS DIREITOS DA PESSOA PRESA

Cumprido, neste ponto da discussão, abordar algo que pode até parecer óbvio sob a ótica jurídica, mas esquecido (ou negligenciado) no aspecto político-social: os direitos constitucionalmente garantidos a qualquer cidadão – *uti cives*, nas palavras de Albergaria (1987) – são conservados pelos encarcerados, exceto os que expressa ou necessariamente são retirados pela lei ou pela sentença.

Ora, não é porque condenada que a pessoa presa perde sua natureza de ser humano e deixa de ser sujeito de direitos garantidos a todos, obviamente, com a ressalva daqueles direitos expressamente perdidos ou limitados pela sentença condenatória (a exemplo da liberdade de locomoção).

A Constituição Federal não reserva apenas aos indivíduos em liberdade os direitos fundamentais dela constantes, mas a todos, indistintamente.

Neste sentido, a Lei de Execução Penal dispõe que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (artigo 3º). De modo semelhante, estabelece a norma do artigo 38 do Código Penal ao prever que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade.

Deste modo, apenas os direitos relacionados com a livre locomoção do preso estariam suspensos durante o cumprimento da pena e, ainda assim, quando se tratar de regime fechado. Suprimir do preso outros direitos desvinculados à liberdade de locomoção seria aplicar-lhe uma pena suplementar não prevista em lei (MIRABETE, 2017).

É por essa razão que Oliveira (1980) é enfático ao dispor que a vida carcerária não pode subestimar a condição de homem do condenado, e a perda de alguns de seus direitos não pode significar uma morte civil.

Assim, é evidente que o rol de direitos previstos no artigo 41 da Lei de Execução Penal não é exaustivo.

Novamente citando Albergaria (1987), é de se destacar que o Estatuto da Execução Penal, ao elencar direitos em seus artigos, nada mais faz que destacá-los, não afastando outros direitos assegurados em outras legislações, sobretudo os direitos humanos fundamentais constitucionalmente previstos. É o que o referido autor chama de “direitos penitenciários”, os quais correspondem às obrigações da Administração Penitenciária, previstos em forma de assistência.

Portanto, o condenado que recolhido à prisão e que cumpre sua pena não só tem deveres, mas é também sujeito de direitos que terão de ser reconhecidos e amparados pelo Estado e pela comunidade internacional, ou mesmo, transnacional.

Com isso, não há qualquer sentido em não se reconhecer a condição de cidadã à pessoa reclusa, devendo a ela ser garantidos todos os direitos fundamentais, decorrentes da própria natureza humana (desde que não limitados pela sentença condenatória).

Entre o tratamento jurídico-legal conferido ao preso e a realidade político-social dos estabelecimentos prisionais, todavia, há uma significativa distância.

Isto ocorre, sobretudo, porque cada vez é maior a marginalização da pessoa presa, afastando-a não apenas do convívio social próprio da privação de liberdade, mas também, muitas vezes, da sua condição de cidadão detentor de direitos e de dignidade.

Braga (2014, p. 73), aponta que “a não-identificação com a pessoa presa, o não reconhecimento dela como um igual, faz com que seu sofrimento se torne invisível aos olhos da sociedade”.

No mesmo sentido, Garland:

[...] o público não escuta a angústia dos prisioneiros e suas famílias, porque o discurso da mídia e da criminologia popular mostra os criminosos como ‘diferentes’, e menos que totalmente humanos [...] o conflito entre as sensibilidades civilizadas e a frequentemente brutal rotina da punição é minimizada e feita mais tolerável. A punição moderna é então institucionalmente ordenada e representada por um discurso que nega a violência inerente das suas práticas”. (GARLAND, 1990, p. 243, tradução nossa)

O senso comum vê no encarceramento a solução para a criminalidade. Esquece-se, contudo, que a prisão, por si só, não reabilita, e, mais cedo ou mais tarde, será devolvido à sociedade o encarcerado improdutivo, ocioso e marginalizado, agora na qualidade de egresso tendente à reincidência criminosa.

Com base nisso, Braga (2014), enfatiza a necessidade de uma preocupação da sociedade com a reinserção do egresso do sistema prisional, na medida em que o segregacionismo representado pelos muros das prisões afasta ainda mais as condições de readaptação após a vida no cárcere.

Essa reintegração social pressupõe, assim, uma pena que respeite o preso como ser humano e que possua meios hábeis a auxiliá-lo, fornecendo-lhe condições favoráveis para o retorno ao convívio social harmônico, afastados da prática delituosa.

Defende, nesse sentido, Vitor Gonçalves Machado que a ressocialização

tem por escopo a ideia de humanização, consistindo num modelo onde seja proporcionado ao preso condições e meios essenciais para a sua reintegração efetiva a sociedade, evitando, ao mesmo tempo, a reincidência. [...] a meta ressocializadora prima pela neutralização dos efeitos nefastos adquiridos especialmente na execução da pena de prisão, de forma a não estigmatizar o preso. Sugere, para tanto, uma intervenção positiva neste com o fim de habilitá-lo para se integrar e participar, digna e ativamente, da sociedade, sem traumas e limitações. (MACHADO, 2014, p. 1)

A reintegração social é, pois, um, dentre outros tantos, direito dos cidadãos presos que, como tal, pode utilizar-se do trabalho, do estudo ou de quaisquer outros programas disponíveis para ampará-los ao retorno social seguro, caracterizado pelo respeito à dignidade humana dos ofensores e pela participação ativa da comunidade nesse processo (FELBERG, 2015).

Outrossim, se reconhecer direitos ao preso já é premissa vista com certa dúvida, no que tange ao condenando estrangeiro que cumpre pena no Brasil, a questão é ainda mais complicada.

Estar preso fora do seu local país natal ou de residência tende a representar obstáculo extra à uma das funções principais da pena: a efetiva ressocialização.

Isso porque, sem falar em dificuldades como língua e cultura, há direitos constitucionalmente previstos que, apesar de constituírem direitos fundamentais, não alcançam o estrangeiro, mas apenas os nacionais.

A título de exemplo, vale destacar que alguns juízes não concedem aos presos estrangeiros a progressão da pena a regime mais benéfico ou o livramento condicional, haja vista o risco de fuga desses reclusos, por não possuírem moradia no país. Neste sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso no bojo do HC 14.214/2009:

[...] Veda-se a progressão de regime ao estrangeiro em situação irregular, condenado por tráfico de entorpecentes, se existe em desenvolvimento processo de expulsão do território nacional e se ele não demonstrar ter residência fixa no Brasil, evitando-se, assim, frustrar a execução penal [...]

Assim, não apreço existir muitas garantias práticas quanto a possibilidade de o preso estrangeiro no Brasil receber uma pena regida pelo sistema progressivo, focada na ressocialização e que evite a reincidência, sobretudo pois, longe de seu país e de sua família falta o elemento básico que é a reintegração social.

A preocupação quanto ao tema, destaque-se, precisa ser maior do que a ordem jurídica interna de um país, uma vez que envolve questão, como visto, de direitos humanos.

Felizmente, no Brasil, existe mecanismo que pode contribuir bastante para o enfretamento do problema, conforme será visto no item a seguir.

4. A TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO HUMANITÁRIA DE ESTRANGEIROS PRESOS NO AMAZONAS

Sabendo-se da necessidade de proteção da dignidade humana da pessoa privada de liberdade e da preservação de seus direitos fundamentais, bem como compreendida a transnacionalidade exigida na proteção dos direitos humanos, o instrumento de cooperação jurídica internacional em matéria penal denominado “Transferência de Pessoas Condenadas (TPC)” se mostra objeto bastante útil para análise dos conceitos até aqui apresentados.

O presente item visa analisar o procedimento de Transferência de Pessoas Condenadas, após a observação de dados do sistema prisional do Amazonas quanto ao número e proveniência de estrangeiros presos, em busca de identificar a possibilidade de sua utilização para proteção transnacional dos direitos da pessoa presa.

Optou-se por reduzir a amostra de pessoas estrangeiras presas observada à população carcerária custodiada no sistema penitenciário do Estado do Amazonas: primeiro, por uma questão de regionalização da discussão do presente artigo; em segundo lugar, em virtude

da maior precisão nos dados estatísticos coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional no referido recorte geográfico, no período compreendido entre julho a dezembro de 2019 (último censo realizado); e terceiro, em razão da proximidade de região do Estado do Amazonas com os limites territoriais brasileiros e, conseqüentemente, com países vizinhos, sendo comum o processamento, condenação e encarceramento de estrangeiros por crimes cometidos no estado.

Passa-se, portanto, a analisar alguns números acerca do sistema prisional amazonense.

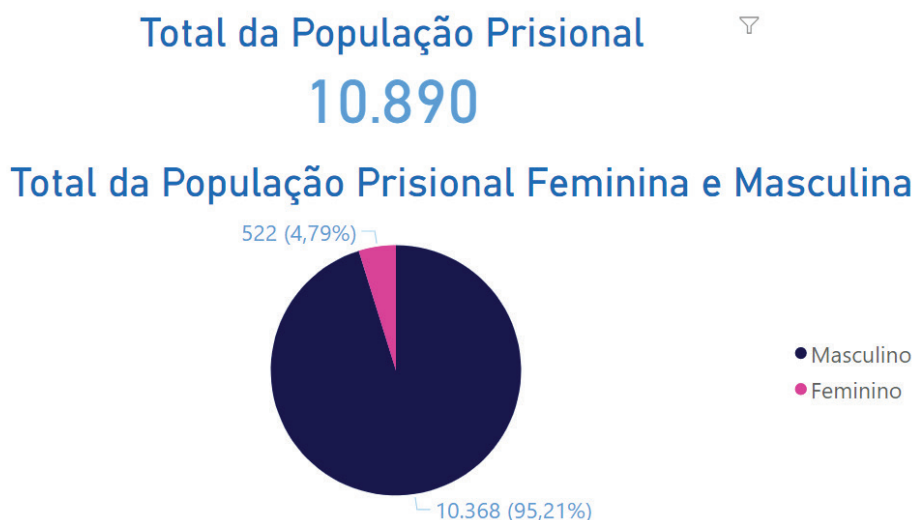
4.1 A POPULAÇÃO ESTRANGEIRA NO SISTEMA PRISIONAL AMAZONENSE EM NÚMEROS

A população carcerária no Amazonas, segundo o mais recente Relatório Analítico do Levantamento de Informações Penitenciárias (INFOPEN)⁹ – que compila dados coletados de julho até dezembro de 2019 –, é de 12.069 (doze mil e sessenta e nove) presos, sendo 10.890 (dez mil, oitocentos e noventa) custodiados no sistema penitenciário e outros 1.179 (hum mil, cento e setenta e nove) privados de liberdade em outros estabelecimentos prisionais ligados aos órgãos de Segurança Pública (Delegacias de Polícias Judiciárias e Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares)^{<?>}.

Para fins do presente artigo, analisar-se-á exclusivamente a população carcerária custodiada no sistema penitenciário amazonense, uma vez que foi esta a base de dados utilizada nas análises gráficas do próprio Departamento Penitenciário Nacional, no referido recorte temporal (julho a dezembro de 2019).

Assim, estabelecidos os parâmetros e recortes dos dados coletados, passa-se a análise destes 10.890 (dez mil, oitocentos e noventa) internos no sistema penitenciário amazonense, que, quanto ao gênero, podem ser representados no seguinte gráfico:

Gráfico 1 - População prisional no Amazonas



Fonte: Infopen / jul-dez de 2019.

9 Sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, de responsabilidade do Departamento Penitenciário Nacional – órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Embora o número de presos seja expressivo, a situação mostra-se ainda mais preocupante quando se verifica o número de vagas oficialmente existentes no estado, segundo o levantamento do relatório analítico do INFOPEN (BRASIL, 2019). Existem no Amazonas, 3.511 (três mil quinhentas e onze vagas), o que significa que uma média de 1 vaga para cada 3,1 presos.

Dito de outro modo, o Estado do Amazonas possui uma superlotação carcerária com um déficit de 7.379 (sete mil, trezentos e setenta e nove) vagas.

Dado o elevado índice de superlotação, o número de presos estrangeiros chega a parecer diminuto, uma vez que, do total de presos, somam 127 (cento e vinte e sete) indivíduos de outros países, sendo 103 (cento e três) homens e 24 (vinte e quatro) mulheres. Quanto às nacionalidades, são maioria entre os estrangeiros presos aqui os colombianos, venezuelanos e peruanos.

Não pode ser, contudo, subestimado tal dado.

Perceba-se que embora equivalham a cerca de 1% do total de presos, os estrangeiros privados de liberdade no Brasil vivem em meio a um sistema prisional em caos e, cujas, penas, tendem a ser ainda mais penosas, conforme será visto a diante.

Ademais, não é de se minimizar o impacto positivo que a transferência de mais de uma centena de presos pode produzir na administração do sistema penitenciário amazonense, que vive em constante tentativa de redução do encarceramento e reestruturação do políticas públicas prisionais.

Assim, conforme se verá nos próximos itens, embora não comporte uma solução final para o problema da administração penitenciária amazonense, sem dúvidas podem os procedimentos de Transferência de Pessoas Condenadas agregar bastante às políticas públicas penitenciárias regionais, mas, principalmente, no aspecto de proteção aos direitos humanos dos presos.

4.2 O PROCEDIMENTO DE TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS (TPC)

Quando se fala em cooperação jurídica internacional relacionados à migração de presos, o primeiro instituto que vem a mente é a extradição.

Esta é um ato de cooperação que consiste na entrega de uma pessoa, investigada, processada ou condenada por um ou mais crimes, ao país que a reclama, não sendo admitida para processos de natureza puramente administrativa, civil ou fiscal. (DEL'OLMO; KÄMPF, 2011).

O referido instituto tem fundamento no princípio da justiça universal, visando a restrição da liberdade e a viabilização da entrega de pessoas que se encontrem fora das fronteiras de um Estado que as processa ou as condenou criminalmente e, atualmente, é disciplinada pela Lei n. 13.445 de 2017 (que institui a Lei de Migração).

Possui, portanto, a extradição um caráter mais repressivo, objetivando justamente impedir que iniciativas migratórias obstaculizem o dever-poder de punir dos Estados soberanos (MUZZI, 2017).

Ao lado deste instituto, contudo, existe outro, pouco debatido.

Trata-se da Transferência de Pessoas Condenadas (TPC), o qual possui enfoque eminentemente humanitário, na medida em que visa à aproximação da família e de seu ambiente social e cultural, o que vem a ser importante apoio psicológico e emocional facilitando sua reabilitação após o cumprimento da pena.

O instrumento em questão é uma medida cujo objetivo é permitir que pessoas condenadas definitivamente em um outro Estado possam cumprir a sua pena no país de sua nacionalidade ou com o qual tenha vínculo pessoal ou residência (MUZZI, 2017).

Segundo o site Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020),

a Organização das Nações Unidas tem insistido quanto à imprescindibilidade de tal cooperação, dirigindo esforços no sentido de difundir a proposta da transferência de presos como método moderno de reeducação para fortalecer o alicerce de reconstrução pessoal do preso diante da perspectiva de futura vida livre no convívio social .

No Brasil, também possui previsão na Lei de Migração, mais precisamente entre os artigos 103 e 105, e tem o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) como órgão do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) responsável pelos trâmites de todos os processos administrativos para fins de transferência de pessoas condenadas, bem como pela análise de admissibilidade do pedido.

O requisito primordial para se dar início ao procedimento em questão é a voluntariedade. Faz-se necessária, portanto, a expressa manifestação de vontade do preso (ou do seu representante) de que deseja cumprir a pena (ou o restante dela) no seu Estado de origem ou com o qual tenha os vínculos citados.

Neste sentido, a citada Lei de Migração estabelece, em seu artigo 104, os seguintes requisitos para o processamento do pedido: i) vínculo do preso com o Estado para o qual pleiteia a transferência; ii) o trânsito em julgado da sentença condenatória; iii) a pena a cumprir (ou restar cumprir) ser de no mínimo um ano na data da apresentação do pedido ao Estado da condenação; iv) a dupla tipicidade; v) expressa anuência do preso em ser transferido; e vi) concordância de ambos os Estados.

Ademais, cumpre destacar que a Transferência de Pessoas Condenadas pode ser classificada quanto a posição do Estado brasileiro na tramitação do processo em questão em ativa e passiva.

A TPC ativa ocorrerá quando brasileiro preso em Estado estrangeiro solicitar ou concordar com a transferência para o Brasil, a fim de cumprir a pena perto dos seus familiares e/ou do seu ambiente social. Também poderão fazer tal pedido, conforme já exposto, pessoas que, embora não sejam nacionais, tenham vínculo pessoal ou residência habitual no Brasil (MUZZI, 2017).

Por outro lado, a TPC passiva é aquela ocorrida quando o indivíduo estrangeiro condenado no Brasil solicitar ou concordar com a transferência para Estado do qual seja nacional ou que tenha vínculo pessoal ou residência habitual (MUZZI, 2017).

Outrossim, quanto ao procedimento, o site do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020), explicita que, ao estrangeiro que deseja ser transferido para cumprir o restante da sua pena em seu país de origem, é necessário o encaminhe o pedido formal de transferência ao

Ministério da Justiça, que irá entrar em contato com os órgãos necessários para recebimento do restante dos documentos pelo respectivo tratado (bilateral ou multilateral).

No caso do brasileiro que cumpre pena no exterior, além de fazer a solicitação ao país que se encontra, também pode encaminhar o pedido para ser transferido ao Brasil para o MJSP, que adotará as medidas necessárias para informar a vontade do brasileiro ao outro Estado. As despesas com a transferência correm em regra por conta do Estado que irá receber o seu nacional que foi condenado no exterior.

Os pedidos de transferência devem ser deferidos pelos países envolvidos, nos termos dos Tratados celebrados entre os Estados signatários e o Brasil, devendo ser fundamentada a decisão de recusa.

Por fim, vale a pena destacar que o Brasil, atualmente, possui 17 Tratados bilaterais de Transferência de Pessoas Condenadas, em vigor, e quatro multilaterais¹⁰.

4.3 A TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS (TPC) COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO TRANSNACIONAL PARA UM PROBLEMA REGIONAL

Retomando as questões levantadas no início do presente artigo, sabe-se que globalização, o aumento dos fluxos migratórios e da criminalidade transnacional tem provocado a ampliação do volume de pessoas reclusas em países alheios aos seus.

O Estado do Amazonas, por sua proximidade com a fronteira do Brasil com outros países da América do Sul, coloca a região numa posição peculiar para a prática dos crimes transnacionais, dentre os quais se destaca o tráfico de entorpecentes.

O narcotráfico, que poderia ser objeto de estudo próprio com enfoque na transnacionalidade e no Direito Transnacional, é comumente praticado em regiões fronteiriças (meramente geográfica), como é exemplo o caso da tríplice fronteira formada pela Amazônia colombiana, peruana e brasileira.

Haesbaert e Gonçalves (2005) destacam que nessa indústria internacional da droga, as operações ocorrem em âmbito global, mas seus lucros dependem da localização geográfica dos lugares de produção e de consumo, da existência de fronteiras nacionais e da legislação de cada estado nacional.

Verifica-se, destarte, que o narcotráfico, considerado um crime transnacional, é dotado de implicações negativas para a política e a economia dos países que fazem parte de sua rota, passando a gerar perdas muito significativas, tanto de ordem política quanto econômica, aos países envolvidos.

¹⁰ Segundo o site do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020), o Brasil possui acordos bilaterais com os seguintes países: Argentina; Bélgica; Bolívia; Canadá; Chile; Espanha; Índia; Japão; Panamá; Paraguai; Peru; Polônia; Reino Dos Países Baixos; Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte; Suriname; Turquia; Ucrânia. Ademais, são estes os quatro acordos multilaterais específicos sobre o tema: Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (Decreto nº5.919, de 3 de outubro de 2006); Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa - CPLP (Decreto nº 8.049, de 11 de julho de 2013); Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul (Decreto nº 8.315, de 24 de setembro de 2014); Acordo de Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados Parte do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile (Decreto nº 9.566, de 16 de novembro de 2018).

Tais implicações negativas refletem, inclusive, no sistema penitenciário. Basta notar que, dos presos estrangeiros no Amazonas, o número dos que tem nacionalidade colombiana e peruana representam um percentual expressivo da população carcerária¹¹.

Neste cenário, não apenas as políticas relacionadas ao combate aos crimes transnacionais devem ser revistas, mas também urge uma solução para a situação desses presos em território nacional, seja por questão humanitária, seja por questão de administração penitenciária.

Imperioso recordar que a superpopulação carcerária é um dos fatores que conduz a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar para atingir a ressocialização de cada apenado.

Ademais, o fator linguístico e cultural também pode ser um elemento dificultador na busca da reintegração social do condenado estrangeiro no Brasil, que acaba sofrendo uma pena adicional e mais aflitiva.

Ao mesmo tempo, mostra-se mais vantajoso, não apenas para o condenado, mas também do ponto de vista das políticas públicas ressocializadoras, que o condenado cumpra pena em seu país natal¹².

Para tanto, viu-se no subtópico anterior que pode ser eficaz para a redução do problema levantado o instrumento da Transferência de Pessoas Condenadas, pois, ao mesmo tempo em que garante dignidade da pessoa humana, objetivando a aproximação da família e do ambiente sociocultural, no intuito de possibilitar a efetiva ressocialização do preso, permite-se também que se contribua para a redução do população carcerária da região.

A referida medida evita as discriminações negativas ocorridas dentro dos estabelecimentos penais, bem como o tratamento desigual no que tange à concessão de benefícios, muitas vezes negados a estrangeiros.

Destarte, além de garantir um cumprimento digno e justo da pena imposta, o instrumento ao mesmo tempo ajuda os familiares dos presos, que acabam sofrendo de forma potencializada as mazelas da condenação do ente familiar em virtude da distância: dificuldades no relacionamento, problemas financeiros, estigma social, etc.

5. CONCLUSÃO

Ao fim da presente pesquisa, ante tudo o que fora apresentado, seja pelo aspecto humanista, seja pelo aspecto administrativo do sistema prisional e até mesmo econômico, vislumbra-se o procedimento de Transferência de Pessoas Condenadas como um importante instrumento de cooperação transnacional que mantém atendidas as finalidades da pena pri-

11 Segundo reportagem do portal EMTEMPO, de 04 de novembro de 2018, 94 (noventa e quatro) dos 105 (cento e cinco) presos estrangeiros no sistema penitenciário amazonense eram colombianos (55) e peruanos (39). Disponível em: <https://d.emtempo.com.br/amazonas/126612/amazonas-possui-105-estrangeiros-presos>.

12 O site oficial do Ministério da Justiça destaca uma notícia cujo título é "Transferência de presos estrangeiros auxilia ressocialização", na qual se afirma que, estatisticamente, a TPC aumenta a possibilidade de recuperação e de ressocialização, após o término da pena. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/transferencia-de-presos-estrangeiros-auxilia-ressocializacao>.

vativa de liberdade imposta ao condenado estrangeiro, mas que possibilita, ao mesmo tempo, um cumprimento digno da pena em seu país natal.

Verificou-se também que a perspectiva escolhida para discussão do tema, qual seja, o Direito Transnacional, mostrou-se adequado uma vez que os Direitos Humanos, por si só, já possuem aspectos transnacionais, e mais ainda quando se trata de direitos humanos de presos estrangeiros.

No âmbito regional, embora não comporte uma solução final para o problema da administração penitenciária amazonense, sem dúvidas podem os procedimentos de Transferência de Pessoas Condenadas agregar bastante às políticas públicas penitenciárias locais e, sobretudo, no aspecto de proteção aos direitos humanos dos presos.

Mais do que nunca é importante lembrar que a superpopulação carcerária é um dos fatores que conduz a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar para atingir a ressocialização de cada apenado e o Amazonas, infelizmente, é exemplo disso.

Portanto, propostas como a presente, só tendem a contribuir com a redução do problema, mostrando-se o instrumento da Transferência de Pessoas Condenadas apto para ser mais uma medida positiva em busca de uma tão sonhada solução para o problema carcerário brasileiro.

Assim, espera-se que esta breve análise sirva de motivação para o estudo e reflexão acerca da matéria, bem como, que contribua para o início de uma inquietação social e política com fins de alcançar uma solução eficaz e definitiva em relação ao, quase não praticado no Brasil, aspecto ressocializador da pena privativa de liberdade.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- AVILÉS, Antonio Ojeda. *Derecho transnacional del trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do Globalismo: Resposta à Globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a prisão e o mundo: entrada da sociedade civil no cárcere e reintegração social. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 13, n. 154, p. 71-81, mar. 2014. Disponível em: <https://ojs.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/download/21885/12538>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Relatório Analítico do Levantamento de Informações Penitenciárias (INFOPEN)*. 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Transferência de Pessoas Condenadas*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Transferência de presos estrangeiros auxilia ressocialização*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/transferencia-de-presos-estrangeiros-auxilia-ressocializacao>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza, KÄMPF, Elisa Cerioli Del'Olmo. *A extradição no direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011.

FELBERG, Rodrigo. *A reintegração social dos cidadãos-egressos: uma nova dimensão de aplicabilidade às ações afirmativas*. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Marcos Leite. Transnacionalidade, “novos” direitos fundamentais e UNASUL: novas perspectivas para o século XXI. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10619. Acesso em: 22 ago. 2020 .

GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: a study in social theory*. Chicago: Oxford University Press, 1990.

GONÇALVES, Darly Prado. Principais desastres ambientais no Brasil e no mundo. *Jornal da Unicamp*, Campinas, 1 dez. 2017. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/index.php/ju/noticias/2017/12/01/principais-desastres-ambientais-no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em: 20 ago. 2020 .

HAESBAERT, Rogério; GONÇALVES, Carlos W. P. *A nova des-ordem Mundial*. São Paulo: UNESP, 2005.

JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

KOH, Harold H. Why Transnational Law Matters. *Penn State International Law Review*, v. 24, n.4, 2006. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793. Acesso em: 18 ago. 2020 .

LANDAZURI, Daniel. Amazonas possui 105 estrangeiros presos. *EMTEMPO*, 4 nov. 2018. Disponível em: <https://d.emtempo.com.br/amazonas/126612/amazonas-possui-105-estrangeiros-presos>. Acesso em: 25 ago. 2020 .

MACHADO, Vitor Gonçalves. A reintegração social do preso: uma análise sobre os principais discursos contrários e favoráveis à finalidade ressocializadora da pena. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. abr. 2014. Disponível em: www.ibccrim.org.br/artigos/2010/04. Acesso em: 02 mar. 2020 .

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MIGLINO, Arnaldo. Uma comunidade mundial para a tutela do ambiente. In: CRUZ, Paulo Márcio (Org.). *Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI*. Itajaí: UNIVALI, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MIRANDA, Martinho Neves. *O Direito no Desporto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MUZZI, Tácio. Os mecanismos de cooperação jurídica internacional na nova lei de migração: Extradicação, transferência de execução da pena (TEP) e transferência de pessoas condenadas (TPC). *Cooperação em pauta*, n. 30, ago. 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/cooperacao-em-pauta-n30a>. Acesso em: 24 ago. 2020.

OLIVEIRA, Edmundo de. *Direitos e deveres do condenado*. São Paulo: Saraiva, 1980.

PIFFER, Carla. *Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia*. 2014. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020 .

PIFFER, Carla; Cruz; Paulo Márcio. Manifestações do Direito Transnacional e da Transnacionalidade. In: PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Ribeiro; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.). *Transnacionalidade e Sustentabilidade: Dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação*. Porto Velho: Emeron, 2018.

RIBEIRO, Gustavo Lins. Condição Transnacionalidade. *Série Antropologia*, Brasília, v. 223, p.1-34, 1997. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17597/1/ARTIGO_CondicaoTransnacionalidade.pdf. Acesso em: 16 ago. 2020 .

SILVA, Lemuel Rodrigues da; LOPES JR., Orivaldo Pimentel. Globalização – de sua gênese mercantilista ao neoliberalismo burguês. *Revista Eletrônica Inter-Legere*. n. 3, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/download/4752/3955/>. Acesso em: 10 mar. 2021 .

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

THERBORN, Göran. Globalização e desigualdade: questões de conceituação e esclarecimento. *Sociologia*, Porto Alegre, n. 6, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-4522200100020007&ing=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 mar. 2021 .

UNION CARBIDE CORPORATION. *Bhopal Gas Tragedy Information*. 2019. Disponível em: <http://www.bhopal.com/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Fundation Press, 1986.

Recebido/Received: 22.10.2020.

Aprovado/Approved: 25.04.2021.

OS ESTADOS UNIDOS E AS IDEIAS ODIOSAS: COMENTÁRIOS SOBRE O CASO BRANDENBURG V. OHIO

ALESSANDRA ABRAHÃO COSTA¹

MILTON MENDES REIS NETO²

1. INTRODUÇÃO

Decerto, o país que confere a maior importância para a liberdade de expressão é os Estados Unidos da América. Robert Sedler, em seu artigo “Um Ensaio sobre a Liberdade de Expressão: Os Estados Unidos versus o resto do mundo”, esclarece que a forte proteção constitucional para a liberdade de expressão é um valor humanista americano, produto da própria história e experiência. Faz parte da cultura americana. Uma preocupação para com os valores humanitários justificaria proteger “más ideias” e “discurso prejudicial” ao invés de restringi-los. Do mesmo modo, outras nações, com histórias diversas podem ser compreensivelmente menos protetoras da liberdade de expressão (SEDLER, 2016, p. 89).

Os Estados Unidos da América apresentam complexo modelo para avaliação dos casos envolvendo a liberdade de expressão, enquanto direito assegurado pela Constituição de 1787.

A garantia da liberdade de expressão, nos Estados Unidos da América, foi incorporada à Constituição na Primeira Emenda, ratificada em 1791. Por meio do texto constitucional, o Congresso é impedido de infringir seis direitos fundamentais: não é permitido estabelecer uma religião oficial; proibir o livre exercício da religião; limitar a liberdade de expressão; restringir a liberdade de imprensa; reprimir o direito de livre associação pacífica e ater o direito de fazer petições ao governo com intuito de reparar agravos.

1 Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia, pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Civil: Doutrina e Jurisprudência. Advogada. Jornalista. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/8163214776212602>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1678-8950>. E-mail: alessandracosta7@gmail.com.

2 Doutorando em Sociologia, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Sociologia, pela mesma instituição. Advogado. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/5314762970948380>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8095-241X>. E-mail: miltonbh@hotmail.com.

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

COSTA, Alessandra Abrahão; REIS NETO, Milton Mendes. Os Estados Unidos e as ideias odiosas: comentários sobre o caso Brandenburg v. Ohio. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 384-390, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.8608>.

A linguagem da Primeira Emenda é extremamente ampla e abstrata, mas é também um princípio moral de decência e justiça. É o cerne da Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos EUA e guardiã da democracia. Ensina Ronald Dworkin:

A Primeira Emenda, por exemplo, reconhece um princípio moral - o princípio de que é errado que o governo censure ou controle o que os cidadãos individuais dizem ou publicam - e o incorpora ao direito norte-americano. Assim, toda vez que surge uma questão constitucional nova ou controversa - a de saber, por exemplo, se a Primeira Emenda autoriza que se elaborem leis contra a pornografia -, as pessoas encarregadas de formar uma opinião sobre o assunto devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato. Devem decidir se o fundamento verdadeiro do princípio moral de condenação da censura, na forma em que esse princípio foi incorporado ao direito norte-americano, se aplica também ao caso da pornografia (DWORKIN, 2006, p. 2).

Sobre a Suprema Corte estadunidense, Sedler (2016, p. 90) pontuou que ela tem interpretado a garantia da Primeira Emenda de forma expansiva, e que essa proteção constitucional conferida à liberdade de expressão é, provavelmente, a mais forte proteção conferida a qualquer direito individual nos termos da Constituição.

A despeito do caráter abstrato do direito à liberdade de expressão, a Suprema Corte norte-americana construiu um extenso arsenal teórico jurisprudencial, que começou a ser formulado na segunda década do século XX. Esse maior grau de sofisticação, em comparação com outras Cortes Superiores, envolve fatores de aspecto temporal, como os mecanismos do *judicial review* e elementos próprios da *common law*, que estimula a criação de parâmetros e premissas por parte dos julgadores (TERRA, 2016, p. 169).

São mais de duzentos anos de jurisdição constitucional democrática, construída por juízes, políticos, acadêmicos e cidadãos em geral, em constantes tentativas de “elaborar os mais elementares problemas da condição humana por meio de um modelo que poderia ser chamado de razão pública reflexiva” (BINENBOJM, 2009, p. 228).

O direito constitucional estadunidense lida fundamentalmente com seus próprios conceitos, teorias e limites. Mesmo com a experiência bicentenária, existe uma eterna discussão quanto à legitimidade das decisões judiciais.

Qualquer boa decisão constitucional envolve inevitavelmente uma justificativa de sua própria razão de existir, é dizer, uma discussão sobre o que ela deveria ser, pois o que ela é remanesce sempre uma questão em aberto. Daí que uma decisão do tribunal constitucional é apenas momentaneamente a última voz da razão neste inconcluso debate - um debate “necessariamente sem garantidores e sem fim”, para tomar de empréstimo a imagem utilizada por Claude Lefort. A legitimidade do sistema reside na existência mesma do próprio debate racional, na possibilidade da sua renovação contínua, ainda que ele seja desprovido de certezas e de acesso garantido ao certo, ao justo e ao verdadeiro. (BINENBOJM, 2009, p. 228).

A doutrina da liberdade de expressão nos Estados Unidos tem matiz liberal. A proibição de infringir os direitos às liberdades consagradas na Primeira Emenda não é consentida apenas ao Congresso. O Estado, incluindo o Judiciário, não pode discriminar discursos. A democracia avança na proporção em que os discursos possam ser livres, ainda que o governo

discorde das ideias. Questiona-se: a liberdade de expressão estadunidense assegura o direito de se fazer apologia ao crime?

2. BRANDEMBERG VERSUS OHIO

Ainda que a Primeira Emenda proporcione amplas proteções à liberdade de expressão, essa proteção não é absoluta. As restrições podem existir envolvendo a neutralidade do conteúdo, ou seja, delimitações de tempo, lugar e modo do exercício da liberdade de expressão. No entanto, essa limitação não pode ser baseada no conteúdo do discurso ou no ponto de vista de orador.

Por outro lado, há também uma importante distinção entre as formas de regulação estatal desta liberdade: são mais facilmente aceitas as restrições ligadas ao “tempo, lugar e forma” da manifestação, que sejam neutras em relação ao seu conteúdo, mas há um controle muito mais rigoroso das limitações atinentes ao teor do discurso, que se torna ainda rígido e quase invariavelmente fatal quando a regulação baseia-se em discordância relativa ao “ponto de vista” do agente (SARMENTO, 2006, p. 58).

O dever dos Estados Unidos, ao adotar uma postura neutra em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, pode ocasionar a difusão dos “discursos de ódio”: caracterizados como atos de comunicação que incitem ou inferiorizem determinada pessoa ou determinado grupo, em razão de características étnicas, religiosas ou de nacionalidade.

Os Estados Unidos firmaram entendimento jurisprudencial, ao longo do tempo, em que as restrições ao *hate speech* (discurso de ódio) delimitam as manifestações políticas fundamentadas na perspectiva do manifestante. Portanto, em regra, são inconstitucionais, ainda que algumas opiniões sejam abjetas, desprezíveis e perigosas (SARMENTO, 2006, p. 61).

Em 1969, no julgamento do caso *Brandenburg versus Ohio*, a Suprema Corte reverteu a decisão que havia condenado um líder da Ku Klux Klan (KKK)³ pelo delito de apologia ao crime. Clarence Brandenburg era um líder da KKK, que promoveu um encontro da entidade e convidou um repórter para transmitir o evento ao público (SARMENTO, 2006, p. 60).

Na ocasião, as pessoas apareciam encapuzadas, queimando crucifixos e proferindo palavras de ordem contra negros e judeus. A lei do Estado de Ohio foi considerada inconstitucional por punir a defesa de uma ideia, o que seria incompatível com a liberdade de expressão. “A linha

3 Ku Klux Klan, também conhecida como “KKK”, é uma organização fundada após a Guerra Civil americana (1861-1865), no estado de Tennessee, por seis ex-oficiais confederados. O movimento começou como entidade fraternal relativamente inofensiva, mas, em 1872, foi reconhecida como grupo terrorista e banida dos Estados Unidos. O grupo se utilizava da imprensa, da violência e da intimidação para restaurar a supremacia da raça branca nos estados do Sul. Nos primeiros anos após a guerra, durante a Reconstrução, a Klan limitou suas atividades a assediar escravos negros recém-libertados. Mas, enquanto a Reconstrução continuava, a Klan começou a visar negros economicamente independentes ou politicamente ativos, e homens negros que pareciam perseguir mulheres brancas. Entre 1868 e 1871, o linchamento de mais de 400 negros no Sul foi atribuída à Klan. Depois de um compromisso político, em 1876, com o fim da Reconstrução, a proteção do governo federal para os negros terminou, os estados do sul introduziram leis que resultaram em segregação e, como consequência, o número de membros da Klan diminuiu. Nos anos de 1920, a Klan tinha entre três a seis milhões de membros. Era um dos maiores movimentos sociais da história dos Estados Unidos. Dessa vez, sua doutrina misturava os sentimentos de nacionalismo e xenofobia, tinha como alvo os católicos, judeus e negros. Uma cruz em chamas se tornou o símbolo da organização (SELEPAK; SUTHERLAND, 2012).

traçada pela Corte distinguiu a defesa de ideias racistas – protegidas pela liberdade de expressão – da incitação à prática de atos violentos - não protegidas” (SARMENTO, 2006, p. 60).

Os discursos dos manifestantes também mencionavam vingança contra os afro-americanos, além de críticas ao Presidente, ao Congresso e à Suprema Corte por supostamente serem coniventes com “não-brancos”. A filmagem da manifestação se tornou pública, e isso ocasionou na acusação de que Brandenburg havia defendido a violência sob um estatuto do sindicalismo. “A lei datava da era da Primeira Guerra Mundial e respondia às preocupações generalizadas então sobre anarquistas, socialistas e comunistas. Brandenburg foi condenado e sentenciado a 10 anos de prisão, além de uma multa” (U.S SUPREME COURT, 1969). A condenação foi confirmada por tribunal estadual e rejeitada, por unanimidade, na Suprema Corte.

A questão a ser debatida pela Suprema Corte era se a lei do sindicalismo de Ohio proibindo o discurso público que defenda atividades ilegais violaria a liberdade de expressão, protegida pela Primeira Emenda. O entendimento jurisprudencial firmado foi de que restrições ao *hate speech* são limitações ao discurso político do manifestante, devendo o Estado adotar uma posição de neutralidade em relação às diferentes ideias, por mais abjetas que sejam algumas delas:

O entendimento jurisprudencial que se firmou ao longo do tempo foi de que, como as restrições ao *hate speech* envolvem limitações ao discurso político baseadas no ponto de vista do manifestante, elas são, em regra, inconstitucionais. Assim, nem a difusão das posições racistas mais radicais e hediondas pode ser proibida ou penalizada. Isto porque, entende-se que o Estado deve adotar uma postura de absoluta neutralidade em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, ainda que considere algumas delas abjetas, desprezíveis ou perigosas. As concepções defendidas por Hitler ou pela Ku Klux Klan têm de receber a mesma proteção do Poder Público do que as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade. Como exceção, admitir-se-iam apenas restrições às manifestações que, pela sua natureza, pudessem provocar uma imediata reação violenta da audiência. Trata-se daquilo que a doutrina norte-americana chama de *fighting words*. (SARMENTO, 2006, p. 61).

Em síntese, a Corte considerou que a lei de Ohio violava o direito de Brandenburg à liberdade de expressão. O governo não pode proibir esse tipo de discurso, a menos que seja direcionado para incitar tal ação e há perigo iminente de que isso aconteça. De modo contrário, defender um ponto de vista, ainda que abjeto e odioso, sem encorajar as pessoas a agirem de forma ilegal tem a proteção da Primeira Emenda (U.S SUPREME COURT, 1969).

Houve um teste duplo para avaliar os atos de fala: “(1) a fala pode ser proibida se for “dirigida a incitar ou produzir ação ilegal iminente” e (2) é “provável que incite ou produza tal ação”” (OYEZ, 2021). Para os *justices*, “o ato do sindicalismo criminoso tornou ilegal a defesa e o ensino de doutrinas, ao mesmo tempo em que ignorou se essa defesa e o ensino realmente incitariam uma ação ilegal iminente. O fracasso em fazer essa distinção tornou a lei excessivamente ampla e em violação da Constituição” (OYEZ, 2021).

Existe uma defesa quase incondicional à liberdade de expressão, que muito se difere da proteção ao direito à liberdade de expressão em outras sociedades democráticas, inclusive a brasileira, como será demonstrado.

Nos Estados Unidos, a prática judiciária e os críticos já têm longa tradição e experiência no que diz respeito ao tema do ativismo judicial, sendo sua teoria e prática um manancial para quem quer se debruçar sobre o tema. No entanto, é importante, ao traçar paralelos e trazer a experiência e a literatura estadunidenses à realidade brasileira, ter em conta que o ativismo que se tem verificado no Brasil até o momento difere daquele que se verifica nos EUA, ao menos em um aspecto fundamental: lá, algumas decisões da Suprema Corte que restringem direitos fundamentais são apontadas como ativistas, ao passo que, no Brasil, praticamente se formou um senso comum de que o Supremo Tribunal Federal apenas é ativista para amplificar direitos fundamentais (ARAÚJO, 2018, p. 133-134).

Para o Direito Constitucional estadunidense, o Estado não é visto como entidade necessária para promover a igualdade entre os povos e proteger os mais fracos da opressão dos mais fortes. Ao contrário, o Estado é tido como adversário dos direitos. Soma-se a isso o otimismo em face do mercado. Em matéria de liberdade de expressão, a jurisprudência tem se mostrado altamente libertária. Qualquer iniciativa estatal na seara do debate público e na discussão de ideias é tida como suspeita, mesmo quando o intuito é ampliar a participação dos segmentos excluídos (SARMENTO, 2006, p. 64).

A liberdade de expressão é um princípio basilar da soberania dos Estados Unidos. No início, a Primeira Emenda era dirigida apenas ao Congresso. De forma voluntária, os Estados passaram a incluir a proteção ao direito de se expressar livremente em suas Constituições. Houve, inclusive, uma obediência instintiva dos particulares que, em tese, poderiam restringir a liberdade de expressão dos funcionários. Se expressar de forma livre é uma possibilidade de se criticar o governo, é o direito do cidadão de se expressar sem qualquer censura, sobre qualquer assunto (MEYER-PFLUG, 2009, p. 131).

Mesmo com ampla liberdade e aceitação aos discursos odiosos, o direito de se expressar de forma livre não é irrestrito. Há uma categoria de discursos que podem se sujeitar à regulação. As “palavras de incitação à luta” (*fighting words*), por exemplo, podem regulamentadas pelo Estado, diferentemente da “defesa genérica de ideias” (*general advocacy of ideas*). Ao Estado é permitido suprimir o discurso que gere um perigo iminente e manifesto (FISS, 2005, p. 33).

A defesa da liberdade de expressão em detrimento de outros valores significa a valorização de um “mercado de ideias”, em que boas ideias são aceitas, assim como bons produtos e serviços em um livre mercado de consumo. Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é verdadeiro símbolo cultural.

O objetivo da Suprema Corte estadunidense é favorecer a existência de um debate aberto e vigoroso, principalmente em relação às matérias de relevância pública. O tratamento dispensado favorável à liberdade de expressão justifica-se pela necessidade de preservação da democracia, a manutenção do contrato social, a busca da verdade e a autonomia individual. É uma forma de assegurar o regime democrático e a pluralidade política e, assim, evitar o surgimento de regimes totalitários (MEYER-PFLUG, 2009, p. 132-134).

Um contraponto interessante é que, ao mesmo tempo em que Primeira Emenda veda expressamente a possibilidade de edição de leis que proibam a liberdade de expressão, ela não exime o Estado de adotar medidas corretoras à violação desta liberdade.

Em determinadas situações, o Estado deve tomar medidas concretas para proteger a liberdade de expressão, como nos casos, em que deve assegurar a uma minoria política, social ou religiosa o direito de se expressar livremente, ainda que essa opinião contrarie o da parcela dominante da sociedade. O Estado deve promover uma “liberdade de caráter público” (MEYER-PFLUG, 2009, p.136).

Talvez o verdadeiro perigo iminente esteja na possibilidade do Estado de regular as liberdades individuais de cada indivíduo. O controle pelo pensar e falar do outro, em casos extremados, pode levar ao surgimento de governos autoritários e a volta da censura.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção à liberdade de expressão, nos Estados Unidos, é sem paralelo em qualquer outro lugar do mundo. Um dos motivos é a forma de desenvolvimento do sistema constitucional estadunidense, feito caso a caso, por meio de litígios. Enquanto a Suprema Corte decidia os casos envolvendo a Primeira Emenda, ao longo de anos, princípios, doutrinas e precedentes eram elaborados, como se formassem a “lei da Primeira Emenda” (SEDLER, 2016, p. 91).

A igualdade, os direitos à honra, à privacidade e à dignidade quase não aparecem nas decisões da Suprema Corte dos EUA. Pouco se falou em relação ao combate ao racismo. Pelo que se pode observar, a Primeira Emenda possui maior valor constitucional do que a Décima Quarta Emenda, pela qual todas as pessoas nascidas e naturalizadas são consideradas cidadãs estadunidenses. Ainda que não haja concordância entre as opiniões, prevalece o direito de serem ditas e a preservação de um mercado livre de ideias.

A ordem constitucional estadunidense é modulada pelas decisões da Suprema Corte. O liberalismo do século XIX foi marcado pelas reivindicações por liberdades individuais. O resultado foi um governo limitado e menos interventor. Porém, o liberalismo contemporâneo reconhece o papel do Estado de assegurar não só a liberdade, como também a igualdade.

Não é tarefa fácil preferir a liberdade de expressão em desfavor de outros contravalores. “O esforço de situar o elemento discursivo fora do discurso de incitação ao ódio e da pornografia desafia o entendimento comum do que é discurso” (FISS, 2005, p. 44).

Há duas grandes concepções sobre as liberdades de expressão e de imprensa no direito estadunidense. A “teoria libertária”, que protege o autor da mensagem, seja ele um artista, escritor, jornalista, ou qualquer sujeito que expresse suas ideias. Por essa teoria, a Primeira Emenda protege a autonomia privada e o direito à expressão do pensamento sem interferências externas. É uma emanção da personalidade individual defendida da intervenção estatal (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 6).

De outro ponto de vista, a “teoria democrática” considera a Primeira Emenda um instrumento de autogoverno. A preocupação central é com o receptor das mensagens, diferentemente da “teoria libertária”, em que a exaltação é com o emissor. De acordo com a “teoria democrática”, os cidadãos são livres para formar suas convicções se forem livremente informados sobre assuntos de interesse geral (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 6).

Ao permitir que o Estado regule a liberdade de expressão, automaticamente, o discurso público passa a ser regido por regras. O Estado exerceria um papel regulador da qualidade dos discursos e ainda pode interferir na formação da opinião do indivíduo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56088.

BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de jurisdição constitucional: As lições de Marbury v. Madison. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. In: FISS, OWEN. *A ironia da liberdade de expressão – Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: uma leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução: Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FISS, Owen M. *A ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Tradução Gustavo Binbenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OYEZ. *Brandenburg v. Ohio*. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1968/492>. Acesso em: 14 jul. 2021.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEDLER, Robert A. Um ensaio sobre a liberdade de expressão: Os Estados Unidos versus o resto do mundo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Liberdade de expressão no século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SELEPAK, A.; SUTHERLAND, J. The Ku Klux Klan, Conservative Politics and Religion: Taking Extremism to the Political Mainstream. *Politics, Religion & Ideology*, [s. l.], v. 13, n. 1, p. 75-98, 2012. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=94381326&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 8 maio 2020.

TERRA, F. Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte-americano. *Universitas Jus*, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 163-187, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/unijus.v27i1.3551>. Acesso em: 30 mar. 2020.

U.S SUPREME COURT. *Brandenburg v. Ohio, 395 U.S 444 (1969)*, 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

UNITED STATES. Supreme Court. *U.S. Reports: Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444*. Library of Congress, 1968. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep395444/>. Acesso em: 25 maio 2020.

Recebido/Received: 14.07.2021.

Aprovado/Approved: 15.07.2021.

LINHA DE PESQUISA: ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

Não se pode conceber contemporaneamente a identidade entre esfera pública e Estado. A esfera pública “compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. v. 2, p. 99 e seguintes).

O centro da esfera pública política, por sua vez, compõe-se, ainda, de outros “subsistemas” funcionais, cada um representando o seu papel dentro do sistema político, tais como o sistema administrativo, o complexo parlamentar, o sistema judiciário e a opinião democrática formada pelas eleições e pelos partidos políticos. No momento contemporâneo, os espaços da esfera pública ganham mais amplitude e dinamismo na busca de meios coletivos de construção de identidades plurais. Não é mais entre os poderes de Estado ou em razão da pertença a comunidades historicamente situadas, mas entre as diferentes fontes de integração social, que um novo equilíbrio deve ser perquirido.

O objeto de estudo desta linha visa reconstruir as clássicas abordagens acadêmicas do direito público, centradas na ótica do Estado e da Administração Pública, a partir de dois instrumentos do processo de integração social: legitimidade e controle.

Data de Início: 01/01/2010

<http://ppg.fumec.br/direito/linhas-de-pesquisa/>

1. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA NO ÂMBITO DE EVENTOS PRIVADOS

BRENO BARBOSA ITAMAR DE OLIVEIRA

OLIVEIRA, Breno Barbosa Itamar de. **A (in)constitucionalidade da taxa de segurança pública no âmbito de eventos privados**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito). Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2021.

Defesa em 23 de fevereiro de 2021.

Sala virtual na plataforma digital “zoom”.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade do Estado cobrar taxas de segurança pública em eventos privados. A pesquisa visa trazer disposições gerais e específicas acerca do tributo taxa, na modalidade taxa de segurança pública e, a atuação de servidores públicos nestes eventos. Tendo em vista que, em eventos privados, sejam eles esportivos, musicais ou culturais, o particular geralmente cobra um valor a título de bilheteria, formando-se uma relação de consumo. Nesses eventos é comum o Estado empregar suas forças de segurança para atender às necessidades de organização e segurança de seus participantes. Dessa forma, as forças policiais são deslocadas para atuar em um local, onde estão presentes interesses privados. O objetivo da pesquisa será analisar uma possível lesão ao interesse público, quando não há contraprestação por parte do particular no tocante a segurança do evento. Através de pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais, legislativas, dissertações e artigos científicos abordaremos o tema utilizando o método hipotético dedutivo.

Palavras-chave: Taxa de Segurança Pública. Serviço Público. Interesse público. Evento Privado.